

MÁRCIA REGINA CLAUDINO UHLEIN

**UM PARALELO ENTRE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E A PRISÃO  
PREVENTIVA: A FALÁCIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovado em 22 de dezembro de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon – PUCRS

---

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli – PUCRS

---

Prof. Dr. André Luis Callegari – UNISINOS

---

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

**U31p**

Uhlein, Márcia Regina Claudino

Um paralelo entre a internação provisória e a prisão preventiva: a falácia da proteção integral. / Márcia Regina Claudino Uhlein. – Porto Alegre, 2009.

190 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Internação Provisória. 4. Prisão Preventiva. 5. Proteção Integral. I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila. II. Título.

**CDD 341.43**

**Bibliotecária Responsável**

Anamaria Ferreira

CRB 10/1494

## RESUMO

A dissertação está inserida na área de concentração Sistema Penal e Violência, vinculada à linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, traça um paralelo entre a medida de Internação Provisória de adolescentes infratores e a medida processual análoga destinada a adultos, no caso a prisão preventiva. O objetivo maior é o de verificar a conformidade dessa medida socioeducativa com preceitos de garantia previstos na legislação penal adjetiva e na Constituição, com enfoque no preceito constitucional da proteção integral. Para isso, a prisão preventiva serve tanto de parâmetro comparativo, como de auxílio na busca de possíveis propostas de melhorias no sistema jurídico-infracional contemporâneo, caso de extensão de garantias destinadas a adultos. Como forma de complementar o trabalho, procedeu-se à pesquisa junto à FASE – Fundação de Atendimento Sócio-Educativo, permitindo constatar que, efetivamente, a questão objeto da dissertação é problemática e a Proteção Integral, como preconizada na Constituição, uma falácia. Isso em razão do grande número de adolescentes internados provisoriamente em condições precárias e da ausência de motivação baseada em fatos concretos.

Palavras-chave: Internação provisória. Prisão preventiva. Proteção integral. Extensão de garantias. Motivação.

## **RESUMEN**

La disertación se insiere en el área de concentración Sistema Penal y Violencia, vinculada a la línea de investigación Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos, traza un paralelo entre la medida de Internación Provisoria de adolescentes infractores y la medida procesal análoga destinada a los adultos, en el caso la prisión preventiva. El objetivo mayor es comprobar la conformidad de esa medida socioeducativa con preceptos de garantía previstos en la legislación penal adjetiva y en la Constitución, con enfoque en el precepto constitucional de la protección integral. Para tanto, la prisión preventiva sirve tanto de parámetro comparativo, como de auxilio en la búsqueda por posibles propuestas de mejorías en el sistema jurídico-infraccional contemporáneo, caso de extensión de garantías destinadas a los adultos. Como forma de complementar el trabajo, se hizo una investigación junto a la FASE – Fundação de Atendimento Sócio-Educativo, permitiendo constatar que, efectivamente, la cuestión objeto de la disertación es un problema y la Protección Integral, como preconizada en la Constitución, una falacia. Ello en razón del gran número de adolescentes internados provisoriamente en condiciones de precariedad y de la ausencia de motivación basada en hechos concretos.

Palabras-clave: Internación provisoria. Prisión preventiva. Protección integral. Extensión de garantías. Motivación.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO .....   | 13        |
| <b>CAPÍTULO I</b>  |           |
| <b>INTERNAÇÃO PROVISÓRIA .....</b>   | <b>17</b> |
| 1.1 ASPECTOS GERAIS .....  | 18        |
| <b>1.1.1 Breve Histórico da Criança e do Adolescente como Pessoa em Desenvolvimento</b><br>..... | <b>18</b> |
| <b>1.1.2 Internação Provisória e Proteção Integral .....</b>                                     | <b>27</b> |
| <b>1.1.3 Conceitos .....</b>   | <b>33</b> |
| <b>1.1.4 A <i>Imputabilidade</i> do Adolescente Autor de Ato Infracional .....</b>               | <b>38</b> |
| 1.2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS .....  | 44        |
| <b>1.2.1 Proteção Especial .....</b>   | <b>44</b> |
| <b>1.2.2 Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento .....</b>                                | <b>47</b> |
| 1.3 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PROCEDIMENTAIS DA INTERNAÇÃO<br>PROVISÓRIA .....                   | 50        |
| <b>1.3.1 Procedimento .....</b>  | <b>50</b> |
| <b>1.3.2 Requisitos de Excepcionalidade e Brevidade da Internação .....</b>                      | <b>53</b> |
| 1.4 EFEITOS NEGATIVOS DA INTERNAÇÃO .....  | 57        |
| <b>1.4.1 Efeitos Subjetivos .....</b>  | <b>58</b> |
| <b>1.4.2 Efeitos Objetivos .....</b>   | <b>60</b> |

## **CAPÍTULO II**

|  |    |
|--|----|
| <b>PRISÃO PREVENTIVA</b> .....   | 64 |
| 2.1 ASPECTOS GERAIS .....  | 65 |
| <b>2.1.1 Breve Histórico da Prisão Preventiva</b> .....                            | 65 |
| <b>2.1.2 A Liberdade Pessoal</b> .....   | 68 |
| <b>2.1.3 Limitações da Liberdade e <i>Estado de Emergência</i></b> .....           | 71 |
| <b>2.1.4 Natureza Jurídica e Finalidade da Prisão Preventiva</b> .....             | 73 |
| 2.2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS .....  | 76 |
| <b>2.2.1 A Estrita Legalidade</b> .....  | 79 |
| <b>2.2.2 Presunção de Inocência ou Princípio da Não-Culpabilidade</b> .....        | 81 |
| 2.3 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PROCEDIMENTAIS .....                                 | 83 |
| <b>2.3.1 Pressupostos processuais</b> .....  | 84 |
| 2.3.1.1 Prova da existência do crime .....   | 84 |
| 2.3.1.2 Indício suficiente de autoria .....  | 86 |
| 2.3.1.3 Sobre o <i>periculum libertatis</i> e o <i>fumus comissi delicti</i> ..... | 86 |
| <b>2.3.2 Requisitos processuais</b> .....  | 87 |
| 2.3.2.1 Conveniência da instrução criminal .....                                   | 88 |
| 2.3.2.2 Garantia da aplicação da lei penal .....                                   | 89 |
| 2.3.2.3 Garantia da ordem pública .....  | 90 |
| 2.3.2.4 Garantia da ordem econômica .....  | 92 |
| 2.4 EFEITOS NEGATIVOS DA PRISIONIZAÇÃO .....                                       | 93 |
| <b>2.4.1 Sistema Penitenciário e Subjetivação</b> .....                            | 93 |
| <b>2.4.2 Estigmatização</b> .....  | 98 |

## **CAPÍTULO III**

|  |     |
|--|-----|
| <b>PARALELO ENTRE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E A PRISÃO PREVENTIVA</b><br>.....                         | 102 |
| 3.1 A ESCOLHA DA PRISÃO PREVENTIVA COMO PARÂMETRO DE<br>COMPARAÇÃO COM A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA ..... | 103 |

|   |            |
|---|------------|
| 3.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E A PRISÃO PREVENTIVA .....          | 107        |
| <b>3.2.1 Críticas pontuais à Internação Provisória .....</b>                                | <b>117</b> |
| <b>3.2.2 Projetos de Lei para Alterações no Estatuto .....</b>                              | <b>120</b> |
| 3.3 QUADRO COMPARATIVO ENTRE A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E A PRISÃO PREVENTIVA .....            | 122        |
| <b>3.3.1 Internação Provisória e Prisão Preventiva .....</b>                                | <b>125</b> |
| 3.4 REFLEXOS NEGATIVOS DO ENCARCERAMENTO NO ADOLESCENTE E NO ADULTO .....                   | 132        |
| <br><b>CAPÍTULO IV</b>  |            |
| <b>ATUALIDADE DA FASE .....</b>   | <b>136</b> |
| 4.1 ANTECEDENTES LEGAIS DA FASE .....   | 137        |
| 4.2 O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NA FASE .....                                 | 146        |
| <b>4.2.1 Pesquisa de Campo .....</b>  | <b>152</b> |
| 4.3 ESTUDOS DE CASOS .....  | 157        |
| 4.4 UMA MOTIVAÇÃO CONCRETA COMO PRESSUPOSTO DE FUNDAMENTAÇÃO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA ..... | 163        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>171</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>178</b> |
| <b>ANEXOS .....</b>   | <b>188</b> |

## INTRODUÇÃO

A dissertação se insere na área de concentração Sistema Penal e Violência e está vinculada à linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

O direito fundamental à liberdade pessoal é um dos pilares básicos da sociedade democrática e do Estado de Direito. No entanto, a própria lei respalda algumas restrições em prol dessa mesma sociedade. O problema reside justamente quando a interpretação da norma legal, no momento da restrição da liberdade, possa trazer margem a alguma dúvida ou, até mesmo, ser utilizada de forma contrária à finalidade originária da lei.<sup>1</sup>

Em sendo a medida socioeducativa de Internação Provisória justamente uma restrição da liberdade de caráter cautelar, sem maiores aprofundamentos no mérito, pois anterior à sentença, existe a hipótese de ser nociva e até considerada contrária ao preceito constitucional de Proteção Integral. Principalmente, considerando a prisão preventiva como parâmetro.

---

<sup>1</sup> *Los conceptos utilitarios de 'renta', 'eficacia', 'eficiencia' entre otros, estimulados por la nueva forma de psicosis social que algunos denominan globalización, atizan más y más en una angustiada incertidumbre a los ciudadanos de este mundo descontrolado. Entre los males que engendra tal patología societaria, la justificación de instrumentos legales que por su objetivo pragmático se apartan del contenido moral en la función legislativa, acudiendo a ficciones o sofismas que están poniendo en crisis las reglas lógicas y los fines éticos, verbigracia, el fantasioso engendro de la verdad 'consensuada' en menoscabo de la verdad 'real', constituye un ejemplo.* CASTEX, Mariano. *Prólogo*, p. 3, in RENÉ MARTÍNEZ, Víctor. *Acerca de algunos temas de derecho procesal penal en conflicto con derechos humanos*. Buenos Aires: Estudio Sigma, 2000.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente mencione expressamente a excepcionalidade dessa medida socioeducativa, ela vem sendo intensamente utilizada pelos magistrados, não raro de modo a contrariar o Preceito máximo Constitucional da Proteção Integral, tratando de forma diferenciada e mais severa o menor inimputável em comparação com o adulto imputável (sujeito à Prisão Preventiva). Além disso, a realidade institucional se contrapõe ao protecionismo fundante do Estatuto e seu ideal “educativo”.

Portanto, o primeiro Capítulo é pautado por uma preocupação voltada à eventual falta de critérios dos operadores jurídicos ao limitar o direito constitucional da liberdade pessoal.<sup>2</sup> Para isso e, com base na premissa de as ciências sociais serem vulneráveis à influência historicamente condicionada das ideologias,<sup>3</sup> contextualizou-se a criação dos direitos da criança e do adolescente a partir de breve histórico.

Após essas referências históricas de base para maior compreensão do processo de reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, em especial o surgimento do preceito da Proteção Integral, procedeu-se ao estudo específico sobre a Internação Provisória e seus aspectos gerais como conceitos, a imputabilidade do adolescente e procedimentos, bem como, alguns preceitos constitucionais referentes ao adolescente infrator e seu direito à liberdade e, finalizando o Capítulo, com uma análise sobre os efeitos negativos subjetivos e objetivos desta internação.

Depois de tratar das linhas gerais sobre a Internação Provisória, de modo a propiciar o paralelo com a prisão preventiva, foi esta estudada no Capítulo II, através da análise também dos aspectos gerais envolventes e considerações sobre a liberdade pessoal, além da natureza jurídica e finalidade desta prisão cautelar, procurando atualizar seu significado perante o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>2</sup> *Las utopías son buenas como la estrella que marca rumbos en el devenir histórico, pero el exceso utópico, es como intentar el descenso del cielo a la tierra, lo cual, nos ha llevado (y aún hoy) a catastróficos fundamentalismos en detrimento de la condición, dignidad y libertad humana, cual dañado efecto de ideologías intolerantes. Asumir una actitud crítica de las clásicas instituciones jurídicas de hoy, no significa, ni autoriza sacrificarlas con el hipotético, fantástico y temerario pretexto de un futuro esplendoroso, pues nada justifica hacer experimentos con la historia de los pueblos. Siempre hubo ideas, o novedades incompatibles entre ellas, o que se refutan entre sí, como los diversos sistemas filosóficos, ej. Idealismo vs. Realismo, por ser evidente que el error va ínsito en la personalidad humana, luego, es necesaria la actitud tolerante mediante la admisión de la diversidad de concepciones; si negáramos esta realidad, significaría ignorar que el ser humano es una entidad de carne y hueso, con vicios y virtudes, olvidando que no somos ángeles celestiales.* RENÉ MARTÍNEZ, Víctor. Op. cit., p. 50.

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 3.

Aqui, os preceitos constitucionais foram direcionados para o estudo específico da prisão preventiva e suas implicações, passando pelo aspecto da legalidade e da presunção de inocência ou não-culpabilidade. No aspecto processual, buscou-se o Código de Processo Penal, a jurisprudência e a doutrina para fundamentar a análise dos requisitos e pressupostos procedimentais. Finalmente, os efeitos negativos da prisão preventiva foram expostos no último item desse segundo capítulo, a partir da doutrina e de averiguação da situação atual da prisão cautelar, com a conseqüente estigmatização do encarcerado e seus reflexos sociais.

Estudados os tópicos comuns a ambas as medidas cautelares, no Capítulo III, efetuou-se um paralelo entre a internação provisória e a prisão preventiva, iniciando-se pela exposição dos motivos que levaram à escolha da cautela preventiva como parâmetro de comparação com a provisória.

Algumas considerações são importantes e não poderiam escapar neste cotejo operado entre a medida socioeducativa e a prisão cautelar para adulto. Daí a necessidade de se falar sobre as tutelas do processo penal e da proteção integral, onde se buscou integrar a prisão preventiva como parâmetro limitador da internação provisória, com o fito de aprimorar o sistema jurídico-infracional contemporâneo. Nesse sentido, portanto, foram feitas críticas à internação provisória, inclusive com menção de projetos de lei para alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de importantes considerações sobre a necessidade de extensão dos requisitos cautelares para decretação da prisão preventiva à medida socioeducativa de internação provisória.

Nesse mesmo Capítulo III, aprofundou-se o estudo da Constituição como base limitadora dessas cautelares de restrição da liberdade, de forma a buscar uma maior efetivação de direitos dos adolescentes, partindo-se de garantias destinadas aos adultos imputáveis. Inclusive, com referências aos Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil, referentes ao objeto de estudo.

A análise da realidade vivida por cada instituto na atualidade e a feitura de um quadro legislativo comparativo entre essas medidas, buscou demonstrar a disparidade de garantias para a prisão preventiva em detrimento dos direitos assegurados na internação provisória.

Para encerrar esse penúltimo capítulo, estudos filosóficos e psicológicos foram utilizados como apoio e confirmação a todo o material exposto nessa dissertação sobre os reflexos negativos do encarceramento no adolescente e no adulto, considerando o fator tempo e os marcadores da atualidade da vida no cárcere.

A atualidade da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo foi estudada no Capítulo IV, perpassando pelos antecedentes legais até os dias atuais e o efetivo cumprimento das medidas socioeducativas, com estudo específico no Centro de Atendimento Sócio-Educativo Feminino e no Centro de Internação Provisória Carlos Santos, a partir de suas rotinas, estruturas e exposição de fotos de cada unidade. Foi feita e descrita a pesquisa de campo referente ao número de internações provisórias decretadas nos meses de março até junho/2009, com análises estatísticas e confecção de gráficos comparativos.

Os dados foram retirados de trinta e dois processos com trâmite na 3ª Vara da Infância e da Juventude, mediante autorização expressa dos Juízes titulares, com referências ao tipo de infração, idade, grau de escolaridade, quantidade de processos que ultrapassaram o prazo máximo de internação provisória de quarenta e cinco dias, permitidos pela lei, além de críticas pontuais.

Por último, falou-se sobre uma motivação das decisões judiciais como pressuposto de fundamentação da internação provisória, com aptidão para concretizar, na prática, todo o material estudado e o primado maior constitucional da proteção integral do adolescente. Essa motivação é dita concreta e não pode ser enquadrada nos parâmetros já existentes, sequer com relação à prisão preventiva, pois se trata de uma fundamentação efetivada a partir da concretude do fato, quer dizer, uma tentativa de conformação com o primado da proteção integral onde a decretação de internação provisória deve ser baseada em fatos concretos, quando de sua análise.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Diante da complexidade atual, inserido em um contexto de Estado Democrático e Social de Direito, o Poder Judiciário, através do magistrado, deve estar consciente da necessidade de um enfrentamento interdisciplinar de problemas carentes de solução legislativa, tornando-se um Juiz ativo e criativo, onde sua preocupação não deve cingir-se só com a defesa do cidadão perante a ingerência indevida do Estado na sua vida (possível também em uma ordem democrática que não deixa de ser exercício de poder de homens sobre homens), mas também com os direitos sociais fundamentais; a garantia de condições mínimas de sobrevivência dos cidadãos; e, especialmente, com os vazios de poder, os homens da "vida nua", invisíveis, sem direitos constitucionais mais comezinhos e com as novas formas de violência;<sup>4</sup>*

A dissertação partiu da problemática sobre o adolescente infrator, onde sua realidade somada aos apelos da *mass media*, retratam um paradoxo entre o atual protecionismo legal e o afastamento social do *inconveniente*<sup>5</sup> autor de ato infracional. São dois extremos traduzidos no problema nuclear: a execução da medida socioeducativa de internação provisória de adolescentes (a partir, também, de pesquisa na FASE) com o sujeito envolto na proteção integral, está em conformidade com as garantias constitucionais de limitação da restrição da liberdade, aplicáveis a presos preventivos?

---

<sup>4</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Op. cit., 2005. p. 391.

<sup>5</sup> A expressão *inconveniente* é utilizada para chamar a atenção a dois aspectos, tanto pela estigmatização da delinquência, de *per se*, quanto pela função utilitarista da exclusão social do infrator, como uma forma de afastamento dos males sociais, de acordo com os estudos de autores como GOFFMAN, Erving. Op. cit. 1988, p. 2, BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 183, FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 224, TRINDADE, Jorge. Op. cit. p. 136, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manoel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997. p. 355, entre outros.

Para responder a questão, foi necessária a utilização de um estudo interdisciplinar tanto com relação aos campos do conhecimento científico, quanto no tocante aos operadores do direito envolvidos. Pois, estudar o adolescente infrator é, naturalmente, fazer uma abordagem interdisciplinar, como bem assinalou Jorge Trindade:

*Ponto sobre o qual parece não haver divergência entre os autores é que o fenômeno da delinquência juvenil, como conhecimento, integra mais de uma ciência, e, como fato, vem crescendo em todos os países, principalmente nos em desenvolvimento.*<sup>6</sup>

A importância do tema é refletida nos diversos seguimentos dos operadores da legislação da infância e da adolescência, como advogados, policiais, delegados, promotores, juízes, conselheiros, monitores, psicólogos, psiquiatras, médicos, enfermeiros, professores, etc. É imprescindível haver inter-relação entre órgãos de aplicação e órgãos de execução das medidas, sob pena de as decisões judiciais ficarem sem controle e sem eficácia. É dizer, a interdisciplinaridade serve para um maior alcance do todo. Quando se simplifica se perde o todo, a visão fica restrita.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, afirma Ruth Gauer: *Toda e qualquer forma de ilícito pode ser considerado um fenômeno complexo, e, portanto, impossível de ser explicado sob o olhar de uma só ciência com base na 'verdade' absolutizada e na imparcialidade do julgador.*<sup>8</sup>

Portanto, buscou-se a interdisciplinaridade, ao longo da dissertação, unindo história, legislação, prática forense, doutrina e jurisprudência, na tentativa de compreender o fenômeno social para buscar alternativa de aprimoramento do sistema jurídico infracional-contemporâneo.

O processo histórico de reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente foi e é muito lento e doloroso. A história demonstra a sujeição dos jovens ao poder familiar total e irrestrito, sendo considerados objeto de tratamento desumano e, inclusive, de tortura:

---

<sup>6</sup> TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 47.

<sup>7</sup> Sobre o assunto, Jacinto Coutinho, ao trabalhar o texto de Francesco Carnelutti, salienta a dificuldade de os operadores jurídicos se darem conta da *importância dos estudos interdisciplinares, multidisciplinares e transdisciplinares*, as vezes necessitando de uma vida inteira para isso. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito*. São Paulo: Revista de Estudos Criminais, n. 14, p.77-94. p. 79.

<sup>8</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. no texto sobre *A Ilusão Totalizadora e a Violência da Fragmentação*. Op. cit., p. 13.

*Durante séculos o menor tem sido considerado propriedade exclusiva dos pais, parte integrante e subalterna de uma unidade familiar totalmente dependente do pater familias. Até final do século passado eles tem sido vendidos, encarcerados, torturados e utilizados para trabalhos duríssimos nas minas e nas fábricas, como consequência do processo de industrialização. Nessa época, aparece a concepção do menor como sujeito digno de proteção, feito que representa um grande avanço à situação anterior.*<sup>9</sup>

Inclusive, para a concretização dos valores e preceitos instituídos pela legislação internacional de proteção aos adolescentes, há a necessidade de uma mudança cultural, pois a sociedade é o filtro primeiro de contato com os jovens nesse processo educativo. A decisão considerada recente na história, do ano de 1998, Caso A. versus Reino Unido, salienta o afirmado:

Uma criança de seis anos de idade costumava ser gravemente espancada por seu padeiro com um pedaço de madeira e uma espécie de cano de jardim, tipo bambu. Mesmo a perícia tendo constatado as lesões praticadas com força considerável, A foi inocentado com a justificativa de que os castigos infligidos eram razoáveis e, portanto, não constituíam ilícito penal. Então, o caso foi julgado pelo TEDH que considerou o tratamento como desumano e degradante, condenando o Reino Unido a pagar indenização à vítima e a adotar medidas no sentido de alterar a legislação doméstica.<sup>10</sup>

Ainda assim, nos dias atuais, há muita discussão sobre os castigos, qual a melhor maneira de educar, como ressocializar e outras inúmeras dúvidas com relação a esse público tão particular como é o adolescente.

Ao contrário de leis para redução da menoridade penal, a solução do problema da delinqüência juvenil será muito mais próxima quando houver uma mudança no pensamento da sociedade. Assim já se manifestava, no século XVIII, Cesare Beccaria, em sua obra clássica e revolucionária - *Dos Delitos e das Penas*:

O rigor das penalidades deve estar em relação ao estado atual do país. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo. Contudo, à medida que as almas se tornam

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Francisco de Asís. *Antecedentes y Nuevo Enjuiciamiento de Menores*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 25.

<sup>10</sup> A. vs. The United Kingdom – 100/1997/884/1096 – Strasbourg, 23/09/1998. in FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 109-110.

mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se desejar conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas.<sup>11</sup>

A implementação dos regramentos estatuídos no Estatuto, ainda estão longe de efetivação concreta e, talvez, se as medias socioeducativas fossem adequadamente postas em funcionamento, dariam *a resposta de responsabilização compatível aos jovens em conflito com a lei e se revelariam remédios eficazes diante de atos infracionais praticados*.<sup>12</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro impõe a interpretação nos limites constitucionais, devendo o magistrado adequar seus atos à Constituição, pois se esta *diante da atividade de julgar, humana e, portanto, restrita ao percebido*.<sup>13</sup>

Embora o fim da política de proteção integral seja a de defesa do adolescente, protegendo e auxiliando-o, para que tenha um desenvolvimento sadio e completo de sua personalidade, de modo a possibilitar a sua (re)inserção no contexto social, após uma socioeducação institucional, a pesquisa empírica demonstrou a existência de paradoxo.

Na prática, verificou-se a utilização massiva dessa medida cautelar de internação provisória, além da escusa de internação para proteção do adolescente, demonstrando haver uma banalização dessa internação, pois, por ser uma medida de urgência, não pode ser decretada em qualquer situação, somente quando for demonstrada a real necessidade da medida. E, principalmente, o magistrado deve fundamentar racionalmente a decisão decretadora, com fulcro no artigo 108, do ECA.

A liberdade do ser humano é um bem supremo e sua restrição deve estar envolta em legalidade e legitimidade, ainda mais em se tratando de adolescentes, por estarem em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

---

<sup>11</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. p. 61.

<sup>12</sup> *Importa destacar aqui, até mesmo diante de críticas endereçadas ao Estatuto, é que na maioria das vezes sequer estas medidas são implementadas, seja por órgãos do próprio Judiciário, seja pelos agentes do Poder Executivo nas diversas instâncias organizacionais do Estado brasileiro.* in SARAIVA, João Batista da Costa. Op. cit., 1999, p. 114.

<sup>13</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Sistema Penal e Violência. A crise do Conhecimento Moderno e a Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Fundamental*. (coord. Ruth Gauer) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 233.

Portanto, todos aqueles direitos processuais penais atinentes ao adulto imputável, devem ser direcionados a ele, com todas as garantias legais:

*Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.*<sup>14</sup>

O princípio da motivação das decisões judiciais, com a amplitude legal e constitucional preconizadas, vem ao encontro de outros preceitos constitucionais, inclusive dos especificamente aqui analisados, como a proteção integral, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e a proporcionalidade no processo penal.

O fundamento do processo penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano; as leis do processo são leis complementares das garantias constitucionais. Então, o processo penal impõe limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição.<sup>15</sup> Significa dizer, o processo penal é o instrumento de efetivação das garantias constitucionais.<sup>16</sup>

Existem normas específicas sobre a imprescindibilidade de motivação da decisão dessas cautelares, tanto no Código de Processo Penal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, é clara a sua ineficácia prática, pois não existe recurso específico para a análise da motivação nestas medidas, somente pode a parte ingressar com *Habeas Corpus* e, nesse Remédio Constitucional, não há análise de provas – por expressa jurisprudência, impossibilitando a eficácia da garantia na grande parte das vezes. Daí a jurisprudência cingir-se a tornar nula a falta de fundamentação,<sup>17</sup> tão-somente, não entrando em seu mérito motivacional.

Não obstante, os inúmeros argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência na tentativa de demonstrar, através da tutela da dignidade humana, a necessidade de proteção aos direitos dos adolescentes, conclui-se que ainda há a presença de decisões e entendimentos violadores desse valor. Mas, um Estado de base em seu ordenamento, na

<sup>14</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso. Op. cit., 2003. p. 1-2.

<sup>15</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Op. cit., p. 3-4.

<sup>16</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Op. cit., 2008. p. 7.

<sup>17</sup> Cita-se como exemplo: TJPR, HC20.546-7, j. 23/04/92; STF, RHC 58.434-9-SP, j. 11/11/80; STF, RHC 63.339-1-PR, j. 20/09/85. in CÂMARA, Luiz Antônio. Op. cit., p. 61

dignidade humana, não pode agir de forma negativa, deixando de reconhecer direitos através de argumentos frágeis e insuficientes.

Partindo-se, então, do Princípio da Igualdade, efetuou-se um cotejo entre a prisão preventiva e a internação provisória, para que a medida preventiva servisse como parâmetro limitador da provisória, a fim de se buscar alternativas de aprimoramento do sistema jurídico-infracional contemporâneo. Dessa forma, entende-se ser os requisitos essenciais de decretação da prisão preventiva os mesmos a serem respeitados quando da análise e decretação da internação provisória, mas somente os considerados efetivamente garantidores da instrumentalidade do processo, quais sejam: conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. E também deveriam servir de base somente os tipos penais referidos no Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva: crimes dolosos – apenados com reclusão, com condenação anterior; violência contra mulher (para garantir a proteção de urgência ou garantir a execução).<sup>18</sup>

Assim, a premissa maior é a de deslegitimação do poder de punir, a legitimação do valor liberdade, com a restrição da liberdade, através da internação, como uma efetiva exceção.

A pesquisa serviu, ainda, para testar tanto os efeitos negativos da internação provisória, trazendo a atualidade da execução da medida socioeducativa, quanto para demonstrar os excessos e a falta de critérios do julgador, com ampla discricionariedade de atuação para decretação dessa cautelar.<sup>19</sup>

Ainda, não basta a existência de políticas ou leis, mas estas devem ser efetivamente implementadas para a consolidação de valores essenciais da pessoa.<sup>20</sup> Acredita-se na

---

<sup>18</sup> Aqui tampouco se considera válida a determinação legal de prisão preventiva em crimes de detenção se considerado vadio ou dúvida na identificação.

<sup>19</sup> Assim não fosse, não seria decretada medida de internação provisória em casos de atos infracionais de ameaça e furto.

<sup>20</sup> *É preciso superar a tradicional unidimensionalidade dogmática, o binômio delito-pena, pois o fenômeno da delinquência juvenil reclama um redimensionamento global do pensamento (jurídico), que deve estender seu campo de investigação para além das normas legais e adentrar a epistemologia multifatorial da complexidade interdisciplinária, em que a família é o ponto de intersecção maior.* TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 75.

necessidade de revalorização de velhos princípios, por mais basilares, mas, inefavelmente, intrínsecos à qualidade de ser humano.<sup>21</sup>

Diante da constatação da realidade institucional e da intenção legislativa, a proteção integral é uma *falácia*, quando comparada com a prisão preventiva.<sup>22</sup>

A forma de se aprimorar o sistema jurídico-infracional contemporâneo, portanto, de modo a concretizar o primado constitucional da proteção integral, onde a interpretação da lei deve se dar sempre voltada à condição especial de desenvolvimento do adolescente, de forma a intervenção estatal ser mínima, dá-se pela aplicação dos requisitos objetivos da prisão preventiva em respeito à proporcionalidade e adequação de medidas, conforme parágrafo único do artigo 100, do ECA.

Para isso, será essa proposta de motivação a forma mais aproximada de se garantir a implementação da proteção integral, pois baseada em fatos concretos, objetivos, considerando a pessoa do adolescente como em condição especial de desenvolvimento, com todas as peculiaridades inerentes, no exato momento da aferição da necessidade pedagógica de internação X requisitos legais objetivos possibilitadores de decretação de internação provisória.

---

<sup>21</sup> *Com efeito, a humanização da execução da pena é o pressuposto da reeducação do preso e sua reinserção social, consistindo na erradicação das condições subumanas das prisões, no contato do preso com a sociedade e na formação contínua do pessoal penitenciário.* ALBERGARIA, Janson. *Direito Penitenciário e Direito do Menor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 67.

<sup>22</sup> Inclusive, ao se constatar a falta de requisitos objetivos para a decretação da internação provisória, em comparação com a prisão preventiva, é a medida socioeducativa mais arbitrária ou abrangente do que a preventiva, quando deveria ser ao contrário.

