

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Marina Francio

INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DE ADOLESCENTES: PROTEÇÃO
INTEGRAL OU VIOLAÇÃO DE DIREITOS?

Porto Alegre

2023

MARINA FRANCIO

**INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DE ADOLESCENTES: PROTEÇÃO INTEGRAL OU
VIOLAÇÃO DE DIREITOS?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta
Costa.

Porto Alegre

2023

MARINA FRANCIO

**INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DE ADOLESCENTES: PROTEÇÃO INTEGRAL OU
VIOLAÇÃO DE DIREITOS?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Aprovada em 13 de abril de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa (Orientadora)

Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari Gonçalves

Prof. Dr. Orlando Faccini Neto

AGRADECIMENTOS

Finalizo esse ciclo com muita gratidão e orgulho. Essa vitória não é só minha, mas de todas as pessoas que participaram da minha vida de alguma forma e colaboraram para meu progresso. A mensagem é simples, mas sincera. Agradeço à Rachel, minha mãezinha querida, que sempre me apoiou e me motivou a ser ambiciosa e independente. Ao meu paizinho Werner, que me incentivou a acreditar no meu potencial e sempre fica empolgado por mim. Aos meus tios Beto e Rosângela, sem os quais não existiria a possibilidade de estudar na UFRGS, obrigada por me acolher durante cinco anos e ser família. À minha prima Tati, que me inspirou a cursar direito, ensinou a gostar de vinho seco, e é companhia para todas as horas. Ao meu parceiro Emanuel, que acompanhou o processo de escrita deste trabalho, teve paciência comigo e secou minhas lágrimas com carinho e compaixão. Aos meus gatos Ivy, Yumi e Kiki, que ficaram tantas noites ao meu lado. Aos meus amigos e colegas de faculdade que participaram da minha trajetória acadêmica, em especial Brenda, que esteve comigo desde o começo do curso e me ajudou de tantas formas. A minha amiga de longa data, Dani, que sempre, sempre acreditou em mim. A todos os meus amigos, antigos e novos, que me encorajaram a continuar me esforçando. Àqueles que colaboraram para o meu desenvolvimento profissional, chefes e colegas nos estágios que realizei, principalmente Edgar, por me ensinar a escrever melhor, e Abner, pela confiança e pela oportunidade de trabalhar em conjunto. Aos professores que inspiram, principalmente minha orientadora, Ana Paula, espero conseguir ser um pouquinho como vocês. E Deborah, por toda a ajuda. Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se a internação provisória é aplicada de forma mais gravosa, numa perspectiva de reconhecimento de garantias processuais, aos adolescentes acusados da prática de um ato infracional do que seria a prisão preventiva para os adultos nas mesmas condições. Esse questionamento se deve a partir do pressuposto que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que os direitos dos adolescentes devem ser protegidos com prioridade absoluta, logo, em um procedimento de apuração de ato infracional, eventual restrição desses direitos deve ser feita de acordo com os princípios da proteção integral. No entanto, devido à ambiguidade e à abertura das normas relativas à internação provisória na legislação estatutária, que delegam excessiva discricionariedade ao juiz, a internação provisória pode ser decretada de forma arbitrária e sem observar as garantias processuais penais relativas à defesa, que não são reconhecidas, em sua integralidade, aos acusados da prática de um ato infracional. Igualmente, através desses espaços de discricionariedade refletem-se concepções menoristas, visto que a internação provisória é determinada sem critérios definidos e como resposta genérica à suspeita de cometimento de um ato infracional. Metodologicamente, realizou-se discussão teórica a partir de uma pesquisa bibliográfica acerca de como esse instituto se configura no direito penal juvenil e se equipara com a prisão preventiva dos adultos. Além disso, a fim de ilustrar o cenário atual quanto à restrição de direitos constatada a partir da aplicação generalizada dessa medida excepcional, realizou-se pesquisa jurisprudencial exploratória e quantitativa dos Habeas Corpus de internação provisória julgados pelo TJRS nos últimos três anos. A partir do debate e dos dados concretos coletados na pesquisa, concluiu-se que a internação provisória é aplicada de forma discricionária, reproduzindo uma lógica tutelar, e impõe injustificada restrição de garantias processuais penais aos adolescentes acusados de cometer atos infracionais, que não tem respeitada a condição de pessoa em desenvolvimento e implica em tratamento processual mais gravoso que o existente para a prisão preventiva de adultos.

Palavras-chave: internação provisória, Estatuto da Criança e do Adolescente, doutrina da proteção integral, direito penal juvenil, prisão preventiva.

ABSTRACT

The present work aims to analyze whether provisory internment is applied more severely, in a perspective of recognition of procedural guarantees, to adolescents accused of committing an infraction than would be preventive detention for adults under the same conditions. This questioning is due to the assumption that the Brazilian Statute of the Child and Adolescent determines that the rights of adolescents must be protected with absolute priority, therefore, in a procedure for investigating an infraction, any restriction of these rights must be made in accordance with the principles of integral protection. However, due to the ambiguity and openness of the rules relating to provisional detention in the statutory legislation, which delegate excessive discretion to the judge, provisory internment can be ordered arbitrarily and without observing the criminal procedural guarantees related to the defense, which are not recognized, in its entirety, to those accused of committing an infraction. Likewise, through these spaces of discretion, minorist conceptions are reflected, since provisory internment is determined without defined criteria and as a generic response to the suspicion of committing an infraction. Methodologically, a theoretical discussion was carried out based on a bibliographical research about how this institute is configured in juvenile criminal law and is equated with the preventive detention of adults. In addition, in order to illustrate the current scenario regarding the restriction of rights found from the generalized application of this exceptional measure, an exploratory and quantitative jurisprudential research was carried out on the provisory internment Habeas Corpus judged by the TJRS in the last three years. From the debate and the concrete data collected in the research, it was concluded that the provisory internment is applied in a discretionary way, reproducing a guardianship logic, and imposes unjustified restriction of criminal procedural guarantees to the adolescents accused of committing infractions, which has not been respected the condition of a person in development and implies a more severe procedural treatment than the existing one for the pre-trial detention of adults.

Keywords: provisory internment, Brazilian Child and Adolescent Statute, doctrine of integral protection, juvenile criminal law, preventive detention.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

HC - Habeas Corpus

MP - Ministério Público

MSE(s) - Medida(s) Socioeducativa(s)

ONU - Organização das Nações Unidas

OEA - Organização dos Estados Americanos

SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

LISTA DE FIGURAS

Tabela 1. Quadro comparativo entre Internação Provisória e Prisão Preventiva

Gráfico 1. Comparação do número total de Habeas Corpus referentes à internação provisória julgados no TJRS, na Sétima e na Oitava Câmaras Cíveis durante o período de 2020 a 2022

Gráfico 2. Principais atos infracionais atribuídos aos adolescentes submetidos à internação provisória conforme decisões do TJRS no período de 2020 a 2022

Gráfico 3. Antecedentes dos adolescentes submetidos à internação provisória no TJRS

Gráfico 4. Garantia da ordem pública como fundamento para a manutenção da internação provisória e critérios para a sua aferição de acordo com o TJRS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE CAUTELAR NO SISTEMA PENAL ADULTO SOB A ÓTICA GARANTISTA	14
1.1 Requisitos para a aplicação da prisão preventiva e a necessidade de fundamentação das decisões que a determinam	22
1.2 Direitos e garantias processuais penais aos presos preventivamente	32
2 A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA NO SISTEMA PENAL JUVENIL CONFORME A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	41
2.1 Passado não-tão-distante: a doutrina da situação irregular e a restrição de direitos dos adolescentes em conflito com a lei	48
2.2 No limiar da discricionariedade: a abertura textual e a ambiguidade das normas sancionatórias do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à apuração do ato infracional atribuído a adolescente	55
3 COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA PRISÃO PREVENTIVA E DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA: HÁ UMA RESTRIÇÃO DE DIREITOS MAIOR NO CASO DOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO?	64
3.1 Análise jurisprudencial das decisões do TJRS que determinam a internação provisória na apuração de atos infracionais entre o período de 2020 a 2022	72
3.2 A manutenção da lógica tutelar e a necessidade de reconhecimento do direito penal juvenil e das garantias processuais penais aos adolescentes em conflito com a lei	84
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

A concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e merecem tratamento jurídico adequado à sua faixa etária, embora pareça óbvio, não foi sempre observado juridicamente, especialmente quando se trata de juventude e criminalidade. Na verdade, durante um longo e infeliz período da história da infância e da juventude, a especificidade da criança e do adolescente eram desconsideradas no ordenamento jurídico, pois eram consideradas pessoas incompletas, cuja finalidade era vir a ser adulto. Como ainda não eram pessoas ou tinham valor social, não faziam parte da sociedade como uma categoria própria. Isso se refletia, no direito, pelo não reconhecimento de direitos a essa parcela da população, que era vista pela ótica da incapacidade, inferioridade e de um objeto a ser protegido e controlado, estigmatizada pelo termo “menor”.

Nesse sentido, foram criados os Códigos de Menores, que visavam reger as questões relativas às crianças e aos adolescentes que não correspondiam ao modelo social desejado e representavam problemas para o Estado. Isso acontecia quando se constatava violação de direitos contra a criança e o adolescente ou quando estes praticavam atos de desvalor social (PAULA, 2006), o que caracterizava uma “situação irregular”. Fossem vítimas ou ofensores, a solução para a “regularização” das crianças e adolescentes era sempre a mesma: afastamento do convívio comunitário através da internação em “instituições de menores” que, na prática, assemelhavam-se a prisões (RIZZINI, 2004). A simples constatação da situação irregular autorizava o acionamento do aparato repressivo do Estado, visto que a legislação menorista não subsidiava critérios definidos para o que constituía uma “situação irregular”, dando amplo poder aos juízes, que aplicavam a internação indiscriminadamente, privando de liberdade crianças e adolescentes de forma arbitrária (SPOSATO, 2013). Esse sistema, chamado de doutrina da situação irregular, vigorou no ordenamento jurídico brasileiro desde 1927, com o primeiro Código de Menores, até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, ou seja, longos 61 anos de violação dos direitos, hoje reconhecidos, da infância e juventude.

Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana adolescente, isso é, o respeito à individualidade e especificidade particular do adolescente (COSTA, 2012),

começou a ser reconhecida juridicamente no Brasil somente com a constitucionalização dos direitos fundamentais dos cidadãos em 1988 e com a consagração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, a partir da adoção da doutrina da proteção integral. A proteção integral, numa perspectiva de afirmação constitucional de direitos, outorga o *status* de sujeitos de direitos às pessoas menores de 18 anos de idade, que então passam a integrar a categoria social de crianças e adolescentes. Além dos direitos de dignidade da pessoa humana, comuns a todos, essa categoria social merece direitos específicos, visto que se diferenciam dos adultos na medida em que ainda estão vivendo um processo de crescimento e desenvolvimento da identidade. Nesse sentido, a proteção integral também assegura que os direitos da criança e do adolescente, agora reconhecidos, sejam salvaguardados pelo Estado, pela família e pela sociedade, a fim de que possam crescer e desenvolver suas potencialidades com igualdade, liberdade e dignidade (BRASIL, 1990).

Assim, a partir da democratização, as crianças e os adolescentes efetivamente tornaram-se cidadãos dignos de direitos e, como reflexo, também de obrigações e responsabilidades, estas proporcionais à sua faixa etária. Nessa toada, a Constituição Federal, ao estabelecer no artigo 228 que os cidadãos menores de 18 anos de idade são inimputáveis, direcionou a responsabilidade dos adolescentes a uma legislação especial - o ECA. Desse modo, os adolescentes que praticam atos que contrariam a lei penal não respondem criminalmente pelos seus atos, mas isso não é sinônimo de impunidade, pois são imputáveis ao sistema penal juvenil previsto no Estatuto (SPOSATO, 2013).

Observe-se que as normas penais aplicáveis ao adulto o são também para o adolescente, mas essas são adaptadas à sua condição de pessoa em desenvolvimento e aprendizagem, que o diferencia do adulto. Assim sendo, o modelo de responsabilidade juvenil garante que a apuração de responsabilidade do adolescente seja proporcional e adequada à sua etapa de desenvolvimento, assegurando a proteção integral de seus direitos. Ainda, no olhar da proteção integral e da consideração do adolescente como pessoa em condição especial de desenvolvimento, as sanções aplicáveis aos adolescentes que praticaram condutas delitivas também devem ser adaptadas à sua idade e capacidade de cumpri-las. As sanções do sistema de responsabilidade juvenil são chamadas de medidas

socioeducativas (MSE), pois possuem caráter retributivo e educativo, isto é, visam responsabilizar o adolescente pelo dano cometido contra a sociedade e direcionar o seu comportamento para a conduta social desejada. Entre as MSE previstas no ECA, a mais grave é a internação, pois impõe a restrição de liberdade do adolescente em um espaço separado da sociedade, similar ao que ocorre com o adulto cumprindo pena de reclusão. Outrossim, de forma análoga à prisão preventiva no sistema adulto, o ECA também prevê a possibilidade de restrição de liberdade no curso do processo através da medida de internação provisória, objeto do presente estudo.

Se a privação de liberdade processual é o último recurso no sistema penal dos adultos, sopesando a primazia do princípio da presunção da inocência, no sistema penal juvenil é medida ainda mais excepcional, visto que os direitos do adolescente devem ser protegidos com prioridade absoluta. Por isso, a internação provisória somente pode ser aplicada em casos específicos, previstos em lei, adotando-se todas as garantias e benefícios do direito penal adulto, primordialmente aquelas que asseguram a defesa do direito à liberdade do acusado, mais as garantias específicas do modelo de responsabilidade juvenil, respeitando-se as especificidades da adolescência.

Todavia, o legislador estatutário, ao redigir as normas relativas à internação provisória, o fez de forma muito aberta e vaga, deixando vários espaços de discricionariedade e interpretação subjetiva. Diante disso, e considerando o grande legado de internações sem critério deixado pela doutrina da situação irregular, possibilita que os juízes continuem aplicando a medida, que deveria ser excepcional, de forma excessiva e arbitrária, de encontro com a proteção integral dos direitos do adolescente. Com isso em mente, levantou-se o seguinte problema de pesquisa: “em que medida o ECA permite uma restrição de direitos maior aos adolescentes sujeitos à internação provisória do que o direito penal aos adultos em prisão preventiva?”.

Para responder a essa pergunta, será abordada a discussão teórica, através de uma pesquisa bibliográfica, sobre a necessidade de fortalecimento de um direito penal juvenil e dos entraves que a legislação estatutária impõe para o reconhecimento das garantias processuais penais dos adolescentes internados provisoriamente. Para enriquecer o debate e ilustrar o cenário atual da decretação

da internação provisória, demonstrando-se que a discussão teórica quanto à gravidade do tratamento jurídico conferido aos adolescentes está baseada em dados concretos, serão analisados, de forma exploratória e quantitativa, os Habeas Corpus (HC) julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) nos últimos três anos, buscando-se ao final realizar uma análise qualitativa dos possíveis significados destes resultados. Ao final, fazendo uso do método indutivo, com base na discussão doutrinária abordada e nos dados coletados, será feita uma análise crítica da internação provisória, a fim de verificar a existência de um tratamento mais gravoso ao adolescente, especialmente se em comparação à prisão preventiva, seu análogo no sistema penal adulto.

No primeiro capítulo, será apresentado como se delinea a privação de liberdade cautelar no sistema penal adulto, abordando os requisitos para determinação da prisão preventiva e as garantias processuais penais relativas à defesa do direito fundamental à liberdade do acusado preso preventivamente que devem ser observadas. No segundo capítulo, será analisado o instituto da internação provisória conforme os ditames da proteção integral e como ela se situa no direito penal juvenil, refletindo-se sobre o longo histórico tutelar que, embora contradizendo o modelo de responsabilidade adotado pelo ECA, ainda está presente na prática jurídica da atualidade. Em sequência, será explicado como a abertura textual e ambiguidade das normas estatutárias sobre internação provisória permitem que se reproduzam arbitrariedades e interpretações neomenoristas, restringindo-se o direito à defesa dos adolescentes. Por fim, no último capítulo, será comparada a privação de liberdade provisória no sistema penal adulto e juvenil, demonstrando, através da jurisprudência do TJRS, que a internação provisória é aplicada de forma genérica e a partir de concepções menoristas, dispensando-se ao adolescente tratamento processual mais gravoso que ao adulto sujeito à prisão preventiva.

Entende-se que a análise crítica é fundamental ao desenvolvimento de uma prática jurídica voltada à proteção de direitos de adolescentes em conflito com a lei. Esta pesquisa parte de referenciais teóricos e críticos e dirige-se à identificação das problemáticas existentes na efetivação da doutrina da proteção integral, a partir da análise de espaços de discricionariedade judicial que deveriam ser utilizados como forma de garantir direitos, porém acabam dando margem à manifestação de interpretações menoristas e em desacordo com o ordenamento jurídico atual. Este

trabalho teve como inspiração a observação dos processos judiciais na prática jurídica cotidiana da pesquisadora, que deu impulso à busca por uma pesquisa capaz de avaliar o tratamento processual dispensado a adolescentes privados provisoriamente de sua liberdade. A discussão teórica apresentada traz os motivos pelos quais a prisão preventiva e internação provisória se assemelham, e também as razões pelas quais existe um histórico menorista no Brasil capaz de se infiltrar nas lacunas da legislação estatutária ainda hoje. Não ignorando o fato de que existem magistrados que decidem em conformidade com a doutrina de proteção integral, é importante notar, pela pesquisa jurisprudencial realizada e pela análise crítica proposta, que o processo penal juvenil está cheio de contradições e limites, de influências do contexto social e político, que dificultam a garantia de direitos de adolescentes que estejam sendo acusados da prática de ato infracional.

1 A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE CAUTELAR NO SISTEMA PENAL ADULTO SOB A ÓTICA GARANTISTA

O Brasil é um dos países que mais prendem no mundo, com uma taxa de 392 encarcerados a cada 100 mil habitantes (BRASIL, 2022), e o terceiro no ranking mundial de países com o maior número de pessoas aprisionadas (STATISTA, 2023). Segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, programa vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualmente há no Brasil um total de 818.278 presos e, dentre estes, 301.471 estão reclusos de forma cautelar, valor que representa 36.8% da população carcerária (BRASIL, 2023). Adicionando-se a essa conta o número de presos em execução provisória da pena, ou seja, cumprindo decisão judicial condenatória não transitada em julgado, a quantidade sobe para 492.811, totalizando 60,2% dos cidadãos privados de liberdade. Percebe-se, assim, que há uma preferência jurisdicional pela reclusão cautelar no direito brasileiro, circunstância que se mostra evidente na análise do instituto da prisão preventiva. De acordo com informações do CNJ, a maioria dos casos examinados em audiências de custódia resulta em prisão preventiva: até junho de 2017 foram realizadas 258.485 audiências de custódia¹ no país e em 142.98 delas foi determinada a manutenção do

¹ A audiência de custódia consiste em uma breve apresentação da pessoa que foi presa em flagrante ao juiz, que analisa se houve alguma ilegalidade ou irregularidade na prisão. Após a manifestação do

indivíduo em aprisionamento através da prisão preventiva, valor que representa 55,32% do total de casos levados à juízo (BRASIL, 2017). Considerando esses números, é verossímil afirmar que grande parte das prisões no Brasil é preventiva, o que faz questionar o uso do instituto, que deveria ser aplicado apenas em casos excepcionais.

O aprisionamento cautelar é um dos temas mais controversos do processo penal, na medida em que a restrição de liberdade aplicada antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória afronta os princípios democráticos do Estado de Direito (SANGUINÉ, 2014), principalmente o da presunção da inocência, basilar na área criminal. O argumento que pauta a aplicação de medidas cautelares penais durante a investigação criminal ou no curso do processo penal é a urgência de, em alguns casos, restringir a liberdade de um indivíduo a fim de garantir a efetividade da persecução penal. Isso pode se dar através de uma das espécies da prisão cautelar: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, a última objeto de análise neste capítulo. Como a prisão cautelar confronta direitos fundamentais, que devem ser protegidos de qualquer maneira, a necessidade de assegurar o funcionamento da administração penal somente se sustenta se a medida for empregada de forma excepcional, em conformidade com os preceitos constitucionais, autorizada por lei e isenta de abusos.

No Brasil, a prisão cautelar é delimitada pelas normas da Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, especialmente o Código de Processo Penal (CPP), que prevê, no artigo 282², a possibilidade de medida cautelar penal nos casos em que esta for imprescindível para a investigação e a instrução do processo-crime. No que se refere às normas constitucionais, consigne-se que o artigo 5º da CF, que sabidamente dispõe sobre os direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, eleva o direito à liberdade a um direito inviolável, de modo que a sua restrição apenas ocorrerá em casos especificados em lei. Nessa toada, a prisão no decorrer do processo é permitida pela Lei Maior, de forma excepcional, desde que

Ministério Público e da Defensoria Pública, o juiz poderá determinar a liberação do sujeito, que responderá o processo em liberdade, a sua prisão preventiva ou outra medida cautelar.

² “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” (BRASIL, 1941).

mediante decisão judicial escrita e fundamentada³. Frisa-se que a motivação das decisões é dever constitucional⁴ e, em se tratando de uma restrição grave do direito fundamental à liberdade como a medida cautelar penal, esse dever deve ser rigorosamente cumprido. Ademais, ainda que permitida a reclusão cautelar, esta deve ser preterida sempre que houver a possibilidade de manutenção do cidadão em liberdade⁵. Para além disso, as diretrizes constitucionais mais importantes no que se refere à limitação da intervenção estatal na liberdade individual são a presunção da inocência, a legalidade, a proporcionalidade e a submissão à jurisdição (estes últimos, princípios implícitos no texto constitucional e decorrentes de um Estado de Direito).

A Constituição Federal estabeleceu o princípio da presunção da inocência no inciso LVII do artigo 5º, que dispõe que nenhuma pessoa será considerada culpada e privada de sua liberdade sem o prévio trânsito em julgado de uma sentença penal que lhe condene à reclusão, fazendo uma clara opção pelo garantismo penal, protegendo todos os inocentes, ainda que sob o custo de manter livre um culpado. Nessa linha, assinala Ferrajoli (2002) que a pessoa sujeita à prisão cautelar é presumidamente inocente até que se prove o contrário. Elabora o doutrinador italiano que, sendo a pessoa inocente, é a culpa que deve ser comprovada, requerendo-se, para a formação da convicção do juízo e possível condenação, a submissão das partes à jurisdição, mediante atividade jurisdicional idônea e o devido contraditório. No caso da privação de liberdade provisória, o princípio da submissão à jurisdição e da presunção da inocência são flexibilizados, porquanto o instituto é utilizado sem que anteriormente a acusação demonstre a prova da culpa. À vista disso, não pode haver uma presunção de culpa ou periculosidade do acusado, de modo que a prisão cautelar deve cumprir um fim devidamente fundamentado e, havendo dúvida quanto à necessidade de restringir a liberdade do indivíduo, a cautelar deve ser afastada ou revogada pelo juiz de imediato.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXI Ninguém será preso se não em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

⁴ “Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL, 1988).

⁵ “Art. 5. [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, afirma Odone Sanguiné (2014) que a única maneira da prisão cautelar coexistir com os direitos fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito é a imposição de rigorosos limites à intervenção estatal para evitar que a medida se torne uma pena antecipada. Nesse sentido, a observância, pelo juiz, dos princípios da legalidade e da tipicidade processual das normas cautelares penais, cujo rol é taxativo, é condição imprescindível para que a prisão cautelar seja legítima. Cabe mencionar que não existe um poder geral de cautela do juiz penalista, como ocorre no processo civil⁶, devendo o magistrado optar por uma das modalidades previstas na legislação penal - prisão temporária ou preventiva, dado que a prisão em flagrante é reservada à autoridade policial. O princípio da legalidade da repressão estatal está expresso no inciso XXXIX do artigo 5º da CF⁷, o qual prevê que, para que uma conduta seja considerada ilícita e punível, é necessário que haja uma lei escrita, prévia e certa que assim a defina e autorize o sacrifício do direito fundamental à liberdade individual, especificando em quais condições específicas isso pode acontecer⁸. Levando em conta os ensinamentos de Sanguiné, pode-se postular que a norma constitucional restringe o âmbito de aplicação da prisão cautelar na medida em que delimita o alcance da intervenção estatal repressora, de modo que o instituto apenas poderá ser utilizado na forma e nas circunstâncias previstas na Constituição e legislação infraconstitucional. Sob essa luz, o princípio da legalidade na seara penal exige que a norma penal que prevê medida cautelar penal estabeleça com precisão quais são os casos e as circunstâncias em que a medida pode ser aplicada, estar voltada à proteção dos direitos constitucionais e ser proporcional.

⁶ A existência do poder geral de cautela é aferida a partir do disposto nos artigos 297 e 301 do Código de Processo Civil, os quais possibilitam que o juiz aplique medidas diversas das previstas no Código, desde que idôneas, para assegurar a tutela do direito.

⁷ “Art. 5º. [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988),

⁸ O princípio da legalidade é de suma importância no direito penal, eis que a reserva legal delimita o poder punitivo do Estado e incide, igualmente, nas modalidades de aprisionamento provisório. Sobre o tema, discorre Odone Sanguiné: “Tal como sucede com qualquer intervenção do poder público no âmbito dos direitos fundamentais e liberdades públicas, a decretação da prisão provisória ao incidir diretamente no direito à liberdade pessoal exige, como primeiro pressuposto de legitimidade, que haja sido autorizada por uma disposição legal e que a norma legal habilitadora da ingerência reúna as condições mínimas suficientes de segurança jurídica, para aportar ao indivíduo uma proteção adequada contra a arbitrariedade. A aplicação desse pressuposto à prisão provisória exige, não só, que esta medida se instaure e se regule mediante uma lei federal, mas também que somente possa ser decretada nos estritos casos previstos que justificam o sacrifício deste direito fundamental” (SANGUINÉ, 2014, p. 64).

A observância do princípio da proporcionalidade é requisito de análise para todas as medidas restritivas de liberdade em que há conflito entre direitos fundamentais do Estado de Direito, no caso, o direito à liberdade individual e o direito à segurança da sociedade (SANGUINÉ, 2014). Aplicando-se o postulado da doutrina alemã, a decisão que determina a prisão provisória deve conformar com os subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2005). Para verificar se a medida cautelar penal é proporcional, analisa-se, em primeiro lugar, se a restrição de liberdade provisória é meio adequado para atingir o fim pretendido; em seguida, se não há outro meio menos lesivo a direitos fundamentais capaz de atingir o mesmo fim; e, por último, se a lesão de direitos causada pela prisão cautelar é mais gravosa para o acusado do que o ganho do bem protegido - grosso modo, fazer um balanço das perdas e ganhos. Dessa forma, ao se cogitar a decretação de prisão cautelar, é imprescindível averiguar se a intervenção estatal é idônea ou pode ser concretizada de forma a impor menor restrição aos direitos fundamentais do inocente, caso contrário, será considerada excessiva ou demasiado gravosa. Além disso, considerando que a proporcionalidade é a relação entre a medida e o fim que se pretende alcançar, é imprescindível que o fim seja precisamente determinado, uma vez que, sendo vago, conseqüentemente não será possível verificar se a medida é adequada para atingi-lo (ÁVILA, 2005).

No que tange à duração da prisão provisória, o princípio da proporcionalidade suscita que o tempo de reclusão do acusado não poderá ser superior ao tempo máximo de cumprimento da pena cominável pela prática do crime a ele atribuído (SANGUINÉ, 2014). As medidas cautelares penais devem ser breves e durar apenas o tempo estritamente necessário para a perseguição do fim pretendido, não sendo admitido que um cidadão inocente fique preso injustificadamente até a prolação de uma sentença penal - esta, sim, poderá atribuir culpa ao acusado e, em consequência, condenar-lhe à pena de prisão. Dessa forma, a prisão cautelar é tolerada na ordem jurídica tão somente enquanto executa a sua função instrumental-cautelar, que justifica a sua razão de ser. Alterando-se a situação que provocou a necessidade de decretá-la, é imperativo que a cautelar seja revogada,

diante do caráter provisório imposto por lei⁹ (LOPES JR., 2022).

Não obstante a delimitação constitucional e legal para a determinação da reclusão cautelar no Brasil, é cediço que a maioria das decisões que aplicam a prisão preventiva o fazem de forma discricionária, desrespeitando os preceitos constitucionais que pregam a excepcionalidade da medida, dado o alto índice de pessoas presas preventivamente, conforme exposto no início deste capítulo. Por conta disso, defende a doutrina garantista que, nesses casos, a intervenção estatal na liberdade individual do acusado é ilegítima. Ferrajoli (2002), fundador da teoria do garantismo penal, aponta que a salvaguarda da persecução penal não justifica uma restrição tão grave de direitos quanto a prisão sem processo, pois pode ser alcançada com medidas alternativas, as quais são mais eficazes e devem ser sempre preferíveis. Sobre esse ponto, cabe referir, o Código de Processo Penal brasileiro prevê uma série de medidas cautelares diversas da prisão¹⁰ com os mesmos fins que a reclusão cautelar, mas infelizmente parece haver uma predileção pela prisão preventiva entre os promotores e juízes. Defendendo o uso das medidas alternativas à prisão, o doutrinador provoca os juristas a questionarem se existe mesmo uma necessidade instrumental-cautelar que justifique a prisão preventiva, ou se trata-se de mera conveniência da justiça penal. Para Ferrajoli, a prisão provisória não pode ser pensada como um mal necessário, pois isso reflete uma visão inquisitória do processo penal, que mantém o acusado em uma posição inferior à acusação, castiga-lhe com uma pena exemplar e, embora se declare o contrário,

⁹ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941).

¹⁰ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica” (BRASIL, 1941).

presume-o culpado. Conclui, então, que a prisão preventiva tornou-se um instituto banalizado, sobretudo diante do seu uso excessivo, porque faz do acusado um bode expiatório que pode ser submetido a uma pena antecipada sem julgamento.

De fato, o abuso da prisão preventiva foi denunciado inclusive no cenário internacional. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas (CIDH, 2017), assinalou que o excesso de prisões preventivas, seguidamente aplicadas de forma arbitrária e ilegal, resulta em uma presunção de culpabilidade do acusado e o cumprimento de pena antecipada. Esse mal uso do instituto retrata a disfuncionalidade da justiça penal, pois além de ser em si um problema crônico, acarreta outras complicações no sistema criminal, como a piora na qualidade da condução da justiça penal, má gestão penitenciária e superlotação dos presídios. Nesse sentido, abusar do uso da prisão preventiva para determinar a reclusão de pessoas inocentes quando sequer há espaço ou condições para alocar todos os detentos já existentes no sistema carcerário contribui negativamente para a violação de outros direitos fundamentais dos prisioneiros e para a piora na administração penal, que não dá conta de gerir adequadamente o sistema carcerário. Já a superlotação nos presídios é um problema estrutural no país e já foi definida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como um “estado de coisas inconstitucional”, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/05. Além disso, manter uma pessoa encarcerada é custoso para o Estado: cerca de R\$ 1 800,00 mensais por cada preso, o que totaliza em média R\$ 14,7 bilhões por ano para a manutenção de toda a população carcerária (CNJ, 2022).

No sistema de responsabilidade juvenil, o cenário é o mesmo. De acordo com o Levantamento Anual do SINASE de 2019, referentes ao ano de 2017, haviam 26.109 adolescentes em atendimento socioeducativo no país, sendo que desses, 17.811 (68,2%) cumpriam medida socioeducativa de internação, 2.160 (8,3%) estavam em regime de semiliberdade e 4.832 (18,5%) estavam internados provisoriamente (BRASIL, 2019), dados que, somados, representam 95% das MSE aplicadas, confirmando o uso abusivo da restrição de liberdade em detrimento de medidas alternativas. Ademais, o elevado número de reclusos no país muitas vezes ultrapassava a capacidade dos centros de socioeducação, sendo constatada, à época, a superlotação das unidades em nove estados da Federação - entre eles, o

Rio Grande do Sul, com taxa de ocupação de 150% da capacidade máxima -, o que motivou o ajuizamento de Habeas Corpus coletivo n.º 143.988 (BRASIL, 2020). No julgamento, o STF apontou que a taxa de ocupação das unidades superior à capacidade projetada viola os direitos fundamentais dos internos, cuja tutela tem prioridade absoluta pelo Estado, e que os adolescentes privados de liberdade têm direito à qualidade na socioeducação, sendo imprescindível, para tanto, a promoção de um espaço que proporcione condições para que eles desenvolvam os seus projetos de vida. Assim sendo, o STF determinou que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação do adolescente não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista e indicou critérios a serem observados pelos magistrados para acabar com o problema da superlotação nos espaços de atendimento socioeducativo em todo o país. Com efeito, depois dessa importante decisão, o número de adolescentes internados diminuiu consideravelmente¹¹, conforme constatado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022 (BRASIL, 2022). Contudo, a quantidade de internações provisórias segue constante¹² no Rio Grande do Sul: de 370 vagas ocupadas, 68 (18%) são para adolescentes internados provisoriamente (RIO GRANDE DO SUL, 2023), o que indica que ainda há um uso excessivo da medida, pelo menos, no estado gaúcho.

Como corolário, admitindo que a restrição no direito de ir e vir de uma pessoa considerada inocente é a forma mais grave de intervenção estatal na esfera das liberdades individuais, o excesso de decretação de prisões preventivas afronta os princípios democráticos do Estado de Direito (SANGUINÉ, 2014). Como foi demonstrado, o abuso desse instituto deflagra a crise da jurisdição penal, que “administraliza” o processo penal e degenera o poder punitivo estatal, tornando a privação de liberdade provisória, medida que deveria ser excepcional, em mera estatística. Em contraponto, para que a prisão preventiva seja medida legítima no sistema de justiça penal, é fundamental que a sua aplicação no caso concreto esteja em harmonia com os direitos fundamentais e os princípios constitucionais balizadores do processo penal, com estrita observância de seus requisitos legais.

¹¹ Outro fator que colaborou para a queda nas internações, de acordo com o Anuário, foi a Recomendação n. 62 do CNJ, que instituiu diretrizes para a decretação da medida socioeducativa de internação durante a pandemia do vírus COVID-19.

¹² Não foi realizado novo Levantamento Anual do SINASE com análise estatística, de modo que os dados referentes a 2017 são os mais recentes, o que impossibilita a verificação de possível diminuição nos números de internações provisórias decretadas após a decisão do HC coletivo.

1.1. Requisitos para a aplicação da prisão preventiva e a necessidade de fundamentação das decisões que a determinam

Consoante explicitado no tópico acima, a prisão preventiva é medida cabível quando a liberdade do acusado representa risco para o adequado funcionamento da persecução penal. A medida, por representar a forma mais grave de intervenção estatal na esfera das liberdades individuais do cidadão inocente, possui aplicabilidade restrita, sendo exigido que se adeque aos requisitos e hipóteses legais para que possa ser imposta.

A lei penal reserva a possibilidade de aprisionamento preventivo ao cometimento de certos crimes, restringindo ainda mais a possibilidade de intervenção estatal na liberdade do acusado. Como condicionante preliminar, o artigo 313 do CPP prevê como delitos passíveis de encarceramento preventivo: os crimes dolosos cuja pena máxima cominada em abstrato é superior a quatro anos, crime doloso que implique reincidência¹³ e crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança ou adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência - nesta hipótese, visando assegurar a execução de medidas protetivas de urgência. A lei também prevê a possibilidade de prisão preventiva quando houver dúvida quanto à identificação civil de um adulto e este não logre êxito em saná-la, devendo ser liberado imediatamente após a efetivação da identificação ou mantido preso se houver cabimento da preventiva por outra hipótese. Por fim, a legislação processual esclarece que a medida nunca poderá ser decretada se o fato for praticado em condições em que se aplicam as hipóteses excludentes de ilicitude. Aliás, cumpre destacar que a prisão preventiva jamais poderá ser decretada para garantir a integridade física do imputado - ao contrário da internação provisória (ver tópico 2.2.) -, mas apenas mediante a prática de crime dentre as hipóteses previstas no artigo 313.

Respeitados os requisitos legais, a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, mediante requerimento do MP, querelante ou assistente da acusação, bem como por representação da

¹³ A reincidência ocorre quando há recidiva por um sujeito da prática de um crime pela qual ele já foi condenado anteriormente, desde que o intervalo entre o cometimento do novo delito e o trânsito da sentença anterior não ultrapasse o período de cinco anos, após o qual não será mais considerado reincidente.

autoridade policial. Frise-se que, após a reforma da Lei n.º 13.964/2019, conhecida como a Lei Anticrime, não é mais possível a decretação da preventiva de ofício pelo juiz no curso da ação penal, devendo a aplicação da medida ser provocada de forma prévia e formal pela acusação ou autoridade policial, já estando esse entendimento pacificado na jurisprudência do STJ e STF¹⁴. Além disso, importante mencionar que, embora seja possível prender preventivamente o acusado durante a investigação policial, essa prática é incomum, dado que o instituto que melhor se adequa a essa hipótese é a prisão temporária¹⁵ (NUCCI, 2013). É no contexto da instrução criminal que a preventiva melhor se insere, tendo em vista o interesse em garantir a produção da prova da culpabilidade do réu. Repise-se que, não havendo mais a necessidade cautelar, pois verificado que não mais persiste o perigo na liberdade do acusado ou o fim a que ela se propôs já foi alcançado, a medida deve ser afastada pelo juiz, (LOPES JR., 2022) ante a provisoriedade da medida e excepcionalidade da intervenção estatal na liberdade individual do inocente.

O Código de Processo Penal não fixou prazo de duração máximo para o aprisionamento preventivo, por isso, o tempo de prisão no curso do processo pode variar de acordo com as circunstâncias do caso e a linha decisória do juiz - ao contrário da internação provisória, que tem prazo fixado em 45 dias, ao cabo do qual deve ser realizada instrução e julgamento. Todavia, a prisão preventiva não pode ser decretada por prazo indeterminado, devendo ser revista a cada 90 dias, podendo ser renovada por igual período se ainda persistirem os motivos que justificaram a sua decretação. Além disso, o tempo de duração da instrução do processo com réu preso deve respeitar os princípios constitucionais da duração razoável do processo, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, evitando que a reclusão se estenda por tempo além do necessário para o alcance do fim instrumental-cautelar a que se propôs para não causar constrangimento ilegal. Diante disso, o STJ já firmou entendimento, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n.º 153.214, que a prisão preventiva de réu por tempo desproporcional em função da letargia no andamento do processo constitui coação ilegal, determinando o relaxamento da prisão preventiva de um acusado que ficou recolhido no cárcere por seis anos e seis

¹⁴ Esse posicionamento está contido nos acórdãos dos Habeas Corpus n.º 687.583 e n.º 188.888, respectivamente.

¹⁵ A prisão temporária foi a última prisão cautelar criada e está regulamentada pela Lei n.º 7.960/89. Tem prazo definido de 5 dias e visa garantir o andamento das investigações do inquérito policial.

meses sem previsão para o julgamento de seu caso. Assim, ainda que não haja um limite máximo para a prisão preventiva, o tempo de duração da medida deve ser razoável, lembrando-se que a prisão processual sempre pode ser substituída por medida cautelar alternativa e até decretada mais de uma vez, se necessário.

Outrossim, sendo o crime suscetível de decretação de preventiva, para que a medida seja decretada, é imprescindível a presença concomitante de seus pressupostos probatórios legais, inscritos no artigo 312 do CPP, e do perigo que a liberdade do acusado representa ao processo e à sociedade, o que dá fundamento à aplicação da medida. Clarifica Aury Lopes Jr. (2022) que o requisito legal para aplicação da prisão preventiva é a presença de indicativos de que o acusado cometeu um fato punível, ou seja, quando há prova da materialidade do crime e fortes indícios de autoria - o *fumus commissi delicti*, a “fumaça do delito”. A materialidade do delito deve ser incontestável para se cogitar a preventiva, de modo que as provas do crime não deixem nenhuma dúvida acerca do seu acontecimento - por exemplo, em um homicídio, a certidão de óbito da vítima ou a declaração de óbito pelo Instituto Médico Legal. Por outro lado, quanto à autoria, a lei não exige comprovação absoluta da culpa do acusado, pois isso nem seria possível na fase instrutória do processo-crime, contudo, deve haver evidências fortes o suficiente para indicar desconfiança genuína de que o acusado seja o autor do crime. Sublinhe-se que os indícios da autoria são provas indiretas¹⁶, não podendo consistir em mera conjectura, mas sim em uma suspeita fundada, baseada em evidência sólida (NUCCI, 2013). Um exemplo de indício de autoria confiável seria a pessoa acusada de cometer um homicídio aparecer em um vídeo gravado por câmera de segurança passando pelo local do crime com uma arma em mãos, o que indicaria grande probabilidade de que ela praticou o crime.

À soma disso, aponta Lopes Jr. (2022), a manutenção do acusado em liberdade deve representar risco para a sociedade e para o processo, face a possibilidade de fuga, reiteração delitiva, destruição da prova ou o manifesto perigo à vítima e a outros sujeitos processuais - o *periculum libertatis*, ou o perigo na liberdade do autor. Ainda, segundo o mesmo autor, o princípio da atualidade do perigo determina que o perigo na liberdade do acusado deve ser atual, presente,

¹⁶ “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941).

não passado e tampouco futuro e incerto. Ou seja, é indispensável que a decretação da prisão preventiva esteja embasada na existência de fatos novos ou contemporâneos que a fundamentem. Porque a prisão preventiva é sustentada por uma situação fática, ela pode ser modificada no curso do processo. A medida deverá ser imediatamente revogada, caso ausentes o *fumus commissi delicti* e/ou o *periculum libertatis*, sob pena de estar sendo legitimada uma prisão ilegal. Também poderá ser retomada ou substituída por uma das medidas alternativas à prisão, caso constate novamente a presença de seus requisitos legitimadores.

O perigo na liberdade do réu está relacionado com os pressupostos cautelares da preventiva, aludidos no artigo 312, quais sejam, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, risco à ordem pública e econômica. Assim, para que haja preventiva, deve haver prova razoável de que a manutenção do acusado em liberdade simboliza risco a pelo menos um desses elementos e, repise-se, que o perigo seja fundamentado, atual e real. Todavia, os pressupostos cautelares da prisão preventiva possuem conceito vago e aberto, viabilizando larga margem de interpretação e, por isso, dependem de valoração axiológica. Em vista disso, importa especificá-los de acordo com a doutrina penalista.

Os pressupostos que visam acautelar o processo penal e, portanto, são legitimadores da prisão preventiva, são a conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. A conveniência da instrução criminal diz respeito à tutela da prova, nas hipóteses em que há evidente risco para a instrução, nas hipóteses de: destruição de documentos; transfiguração do local do crime; ameaças, constrangimentos, ou suborno de testemunhas, vítimas ou peritos; ameaças e/ou intimidação do juiz ou promotor (LOPES JR., 2022). Dessa forma, visa assegurar que a instrução do processo penal ocorra de forma imparcial, com equilíbrio entre as partes. Em sequência, assegurar a aplicação da lei penal é garantir a consolidação do poder punitivo do Estado, mormente nos casos em que há risco de fuga, o qual deve estar embasado em provas concretas, e não ser somente presumido (NUCCI, 2013; LOPES JR., 2022). A aplicação da lei penal também é fundamento para decretar a preventiva nas hipóteses de descumprimento de outras medidas

cautelares, como no caso de liberdade provisória em prisão em flagrante¹⁷. Contudo, sopesando a excepcionalidade da prisão cautelar e a existência de medidas alternativas que cumprem com a mesma finalidade, reitera-se, a prisão preventiva sob tais pressupostos deve ser o último recurso, utilizado apenas em casos de extrema gravidade.

O risco à ordem econômica está previsto como pressuposto cautelar no CPP por força da Lei n.º 12.529/11, conhecida como a Lei Antitruste, que visa assegurar a livre concorrência de mercado, no entanto, possui pouca utilização - sobretudo porque os acusados de cometer crimes de colarinho-branco possuem condições financeiras para pagar a fiança e não cumprir prisão preventiva. Por isso, e porque não há correlação com o direito penal juvenil, esse pressuposto não será trabalhado com maior rigor neste trabalho.

Por sua vez, o risco à ordem pública é possivelmente o mais utilizado e o mais problemático pressuposto para a decretação da prisão preventiva, diante de sua fragilidade conceitual, genérica e desprovida de sentido. O pressuposto tem a sua definição na construção jurisprudencial, sendo lido recorrentemente como sinônimo de clamor público e remete à gravidade ou brutalidade do delito e à necessidade de se preservar a credibilidade das instituições jurídicas e policiais (LOPES JR., 2022). A doutrina, como tentativa de conceituar o que significa risco à ordem pública, elencou quatro sub-pressupostos que justificam a decretação da prisão preventiva sob esse fundamento: a repercussão social, a gravidade do fato, a probabilidade de reiteração e a periculosidade do acusado (NUCCI, 2013; SILVEIRA, 2015), contudo, adianta-se, não merecem prosperar, pois igualmente subjetivos e não visam acautelar o processo penal.

A constatação da "desordem" que um crime causa na sociedade é tarefa completamente subjetiva, dado que todo crime passível de prisão preventiva é intrinsecamente torpe, posto que envolve violência ou grave ameaça à pessoa, e, por conseguinte, resulta comoção social. Ademais, não deve a justiça penal curvar-se ao sentimento de vingança popular e aos apelos midiáticos, utilizando o aprisionamento de um inocente como solução para reafirmar a crença social no

¹⁷ A Lei n.º 12.403/11, que reformou os dispositivos do CPP relativos às medidas cautelares, prevê no artigo 310 a possibilidade do juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder ao acusado a liberdade provisória. No entanto, se o réu que estava em liberdade provisória deixar de comparecer aos atos processuais, o juiz poderá revogá-la.

aparelho estatal repressor, mas desempenhar a atividade jurisdicional de forma imparcial, respeitando os princípios constitucionais que regem o processo penal, especialmente o contraditório e a presunção da inocência. Para mais, conjecturar que uma pessoa reiterará uma conduta delitativa ou, pior, que é perigosa, torna-a indigna e representa uma regressão ao direito penal do autor, o que não pode ser admitido em um Estado de Direito. Por conta disso tudo, a abertura do termo ordem pública permite que o conceito seja manipulado de acordo com o momento histórico, interesses políticos e visão pessoal do julgador, o que é extremamente perigoso para a liberdade do acusado, que fica à mercê do arbítrio judicial (SILVEIRA, 2015). Basta que o aplicador do direito tenha boa retórica para justificar a prisão preventiva sob fundamento de risco à ordem pública, o que, em contramão, será muito difícil para a defesa refutar, sobretudo diante da imutabilidade de tal fundamento (como provar que o sujeito em liberdade não irá mais afrontar a ordem pública?). Assim é que, no tópico anterior, argumentou-se que há uma presunção de culpabilidade do preso preventivo, que passa a cumprir uma pena antecipada.

A carência de uma definição técnica e delimitação legal para o pressuposto de risco à ordem pública é fator que desvirtua a prisão preventiva decretada sob esse fundamento, pois não possui finalidade eminentemente cautelar, mas serve a fins estranhos ao processo penal. E se a prisão não possui fim cautelar, só pode ser punitiva e retributiva (FERRAJOLI, 2002). Todavia, a prisão preventiva não pode ser aplicada buscando a justiça, a pacificação do clamor social ou a consolidação na crença da efetividade do aparato estatal repressivo, mas somente a consecução de um fim instrumental, sendo adequada apenas quando a sua aplicação serve à instrução do processo penal. Nesse sentido, fundamentar a necessidade da prisão preventiva no risco à ordem pública é inconstitucional, conforme a doutrina garantista, visto que corrompe a finalidade cautelar da medida e, logo, viola o princípio da presunção da inocência (LOPES JR., 2022). Além disso, ofende o princípio da legalidade pois possui conteúdo indeterminado, sem especificar com precisão o que é proibido e permitido, o que é vedado em matéria de restrição de liberdade (SILVEIRA, 2015). Dessa forma, o risco à ordem pública deve ser afastado como fundamento da prisão preventiva.

Cabe adiantar que na internação provisória, diferentemente, não há previsão legal de requisitos e pressupostos cautelares para a decretação da medida conforme

disposto no artigo 312 do CPP. Esse aspecto, aliado aos demais preceitos da proteção integral e do ECA, já demonstra a dificuldade de fundamentar a necessidade de uma medida excepcionalíssima como a internação provisória aos adolescentes acusados da prática de um ato infracional, ainda mais a partir de pressupostos vagos como o risco à ordem pública. Se o sistema adulto requer rigorosidade na fundamentação dos requisitos necessários para aplicação da prisão preventiva, sendo crucial a vinculação dos pressupostos cautelares com as circunstâncias fáticas do caso concreto, o que diminui a possibilidade de incidência do aprisionamento cautelar, a ampliação dos pressupostos do CPP para o direito penal juvenil é reservada. Nessa senda, o direito penal juvenil deve, para ser mais garantista e protetivo, adotar as garantias do direito penal adulto - mas sem importar os seus malefícios, como o pressuposto da garantia da ordem pública, visto que trata-se de adolescentes em condição peculiar de desenvolvimento e aprendizagem que estão submetidos a uma sistemática de sanção distinta e adequada à sua idade.

O último requisito para a aplicação da prisão preventiva é a motivação e fundamentação das decisões judiciais. Conforme explicado no tópico anterior, a obrigação de motivar e fundamentar as decisões que aplicam medidas cautelares advém de previsão constitucional e, tratando-se de prisão preventiva, está regulamentada pelo artigo 315 do CPP. Embora essas duas funções sejam similares, cabe primeiramente diferenciá-las para compreender com maior clareza as condições que devem ser observadas na decisão que decreta a prisão preventiva. A motivação está relacionada com os motivos, ou os elementos de fato e direito, que convenceram o juiz a decidir desta ou daquela maneira; enquanto a fundamentação é a razão suficiente de decidir, a adequação finalística da motivação por meio de argumentos e retórica que se mostrem suficientes para a concretização da solução jurídica imposta (SOUZA, 2006). Sublinhe-se que o dever de motivar e fundamentar as decisões toma especial destaque quando versa sobre a prisão provisória um inocente, pois, como tem se defendido neste trabalho, essa é a mais grave e excepcional forma de intervenção estatal na esfera das liberdades individuais, o que exige, em resposta, uma justificação meticulosa e de maior qualidade.

Nesse diapasão, a motivação da decisão que decreta a prisão preventiva, deve ser, impreterivelmente, a constatação da necessidade cautelar da medida, sem a qual a medida torna-se uma pena antecipada, o que não é admitido no

ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. A fundamentação, por sua vez, deve obedecer aos critérios legais impostos pelo artigo 315 do CPP, a partir dos quais pode-se concluir ser imprescindível que a decisão que decreta a prisão preventiva demonstre o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, motivando a necessidade dessa medida cautelar e não de outra alternativa menos restritiva de direitos, expondo as razões jurídicas de forma objetiva, circunstanciada e personalizada, sempre com base nos fatos concretos narrados no processo. Da mesma forma, igualmente fundamentada deve ser a decisão que restabelece ou mantém a segregação cautelar do acusado, de acordo com os elementos do caso concreto e com a individualização da medida.

Tamanha importância tem o dever de fundamentação das decisões que decretam o aprisionamento preventivo, o legislador descreveu expressamente, no parágrafo 2º do artigo 315¹⁸, o que configura uma decisão não fundamentada. Destarte, são inadmissíveis as fundamentações que: a) são genéricas e abstratas; b) limitam-se a fazer menção à norma legal que proíbe a liberdade provisória do réu; c) utilizam de conceitos abertos e apócrifos como a gravidade abstrata do delito ou a sua repercussão social; d) são implícitas a outro ponto da decisão judicial, omitindo a argumentação quanto ao perigo na liberdade e à necessidade da prisão cautelar; ou e) remetem à argumentação de outra decisão do processo, sem explicitar as questões que justificam a medida (SANGUINÉ, 2014). Deduz-se, então, que como ponto principal, as decisões que determinam o aprisionamento preventivo devem fundamentar a necessidade cautelar em fatos novos ou contemporâneos. Inclusive, a indispensabilidade de fatos concretos na fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva já foi afirmada pelo STJ, de modo que, sem embasamento fático, a segregação preventiva do réu não é permitida (BRASIL, 2022), estando tal entendimento pacificado na jurisprudência daquela corte.

¹⁸ “Art. 315, § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 1941).

Em síntese, a prisão preventiva deve ser decretada com motivação cautelar, observando as condições do artigo 315 do CPP, e fundamentação concreta em um dos pressupostos do artigo 312 do CPP. Ademais, deve o juiz ter precaução para não utilizar conceitos abertos como pressuposto da ordem pública como fundamento e, se o fizer, que seja de forma racional e com amparo nos fatos narrados no processo. Do contrário, isto é, se a fundamentação restringir-se a argumentos genéricos, aplicáveis a qualquer caso, com retórica vaga (LOPES JR., 2022), a fundamentação será insuficiente e não comprovará a necessidade cautelar, o que torna a prisão preventiva manifestamente ilegal e conduz à nulidade absoluta da decisão, por força dos artigos 93, inciso IX, e 5º, inciso LXI, da CF e artigo 564, inciso V, do CPP¹⁹. Aliás, ressalta Odone Sanguiné (2014), a decisão que decreta a preventiva sem fundamento não é nula apenas porque não obedeceu aos critérios legais do CPP, mas porque viola sem justificativa o direito à liberdade pessoal. Adverte o autor que a falta de motivação e fundamentação insuficiente torna impossível o exercício da ampla defesa, especialmente quando a decisão é fundamentada no risco à ordem pública, frustrando o acesso à tutela judicial efetiva e a segurança jurídica. Assim, a concretização do dever de motivação e fundamentação permite o controle de legalidade das decisões, pois possibilita que os argumentos jurídicos sejam verificáveis ou refutáveis pelas partes, que através da decisão devidamente motivada e fundamentada poderão constatar a imparcialidade e conhecimento do juiz acerca do caso concreto. Ademais, deve-se destacar que a garantia de motivação e fundamentação da decisão não é apenas destinada ao acusado, mas a toda comunidade, sendo fundamental para a aferição de sua legitimidade jurídica e democrática (FERRAJOLI, 2002).

Sobre esse ponto, cabe mencionar que a legislação estatutária não estabelece critérios de decidibilidade tal como faz o CPP, de modo que não há, no direito penal juvenil, uma exigência de fundamentação mais apurada, necessária para a decretação de medida excepcional e gravíssima como a internação provisória. Considerando a restrição legal para a restrição de liberdade provisória no sistema adulto, conforme exposto, é de se questionar a idoneidade dessa modalidade de intervenção estatal no direito fundamental à liberdade do

¹⁹ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] V - em decorrência de decisão carente de fundamentação” (BRASIL, 1941).

adolescente, cuja inocência é presumida e tutela de direitos merece prioridade absoluta.

Finalmente, tem-se que a prisão preventiva é medida cabível para uma gama seleta de crimes (crimes dolosos cuja pena máxima cominada em abstrato é superior a quatro anos, crime doloso que implique reincidência e crime que envolva violência doméstica e familiar) e, para que seja determinada, deve-se constatar, primeiro, a presença de seus pressupostos probatórios legais (prova da materialidade e indícios de autoria do delito) e cautelares (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal) que evidenciem perigo na liberdade do acusado e da necessidade cautelar de se empregar a medida. Presentes todos os requisitos, a decisão que decreta a prisão preventiva deverá ser motivada na necessidade cautelar, obrigatoriamente, não podendo ser imposta a medida com fim diverso, e suficiente fundamentada, baseando-se em fatos concretos, individualizando a medida e obedecendo aos critérios do artigo 315 do CPP, sendo inadmissíveis fundamentações genéricas, vagas ou padronizáveis.

Não obstante, em que pese a delimitação legal estrita, verifica-se uma banalização do instituto, que se sustenta a partir da falta de definição técnica e abertura de certos pressupostos cautelares, principalmente o risco à ordem pública, cujo sentido é abstrato e se molda à vontade do aplicador do direito e, em consequência, torna-se de difícil confirmação ou impugnação pela defesa. A partir disso, se constata um desvirtuamento da finalidade cautelar-instrumental do aprisionamento preventivo, que passa a se tornar uma modalidade de pena antecipada.

Conforme se verá mais à frente, considerando a estrutura da prisão preventiva, é possível equipará-la à medida de internação provisória imposta a adolescentes, que também possui natureza cautelar penal e se configura de forma muito similar à prisão preventiva. Por esse ângulo, se há uma banalização do aprisionamento preventivo dos adultos, haverá também uma aplicação trivial da internação provisória?

1.2. Direitos e garantias processuais penais aos presos preventivamente

As garantias processuais são instrumentos assecuratórios de direitos que visam proteger o jurisdicionado em relação ao Estado e a terceiros. Os direitos individuais, por si sós, são apenas bens declarados, mas tornam-se reais no plano fático a partir do estabelecimento das garantias, que efetivam a fruição desses bens, promovendo segurança jurídica. Logo, os direitos são principais e as garantias acessórias, de modo que a garantia sempre vai existir em relação a um direito a ser defendido e fomentado. Nessa linha, os direitos fundamentais são tutelados a partir das garantias fundamentais que, pela força atribuída pela Constituição, regem o funcionamento do Estado, dentro dos limites estipulados. Adotando esse entendimento, tem-se que, no processo penal, as garantias são meios de defesa do réu em relação ao juiz e à acusação, cujas atuações devem ser guiadas a partir dessas garantias (FILHO, 2005). No que se refere à prisão preventiva, as garantias processuais penais asseguram que a medida seja aplicada de forma excepcional, sem abusos ou arbitrariedades por parte das autoridades judiciárias, respeitando as delimitações legais. Nessa linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê um rol exemplificativo²⁰ de garantias aos adolescentes privados de liberdade, sendo inferível que as garantias do sistema adulto possam ser a eles estendidas.

Há uma série de garantias mínimas inerentes ao devido processo penal decorrentes das previsões constitucionais, não cabendo listar todas neste trabalho, dada a vasta extensão do tema. Visando abordar de forma comparativa a prisão preventiva e a internação provisória, sopesando a banalização do caráter provisório e excepcional das medidas e a importância que a atividade defensiva possui nesse contexto, restringir-se-á a análise das garantias que se mostram mais pertinentes à defesa do acusado, quais sejam: o acesso à justiça criminal; o tratamento paritário entre os sujeitos parciais do processo penal; a plenitude da defesa; e a não incriminação, abordadas a seguir.

²⁰ “Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento” e “ (BRASIL, 1990).

A garantia de acesso à justiça criminal desdobra-se em dois pontos: a acessibilidade econômica e a acessibilidade técnica. Quanto à acessibilidade econômica, todos aqueles que forem comprovadamente pobres e não possuem recursos financeiros para arcar com as custas do processo penal serão favorecidos com gratuidade judiciária, assim como será assegurada assistência jurídica gratuita e qualificada ao réu pobre através da nomeação de membro da Defensoria Pública para defendê-lo, por força dos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da CF²¹ e artigo 263 do CPP²². No tocante à garantia de acessibilidade técnica, esta de maior relevância no que se refere à defesa de preso preventivamente e adolescente internado provisoriamente, eis que é imprescindível que, para que seja assegurado o direito fundamental à liberdade e à igualdade, seja possibilitado ao réu a defesa durante todo o transcorrer do processo por um procurador devidamente habilitado e com conhecimentos técnicos que tutele os seus direitos e interesses (TUCCI, 2009). É papel do juiz assegurar que haja paridade de armas entre as partes no processo penal, não apenas nomeando um defensor para o réu carente, mas também garantindo que, em todos os momentos do processo, esteja em posição de igualdade com a acusação, podendo defender-se de forma efetiva por meio de seu procurador constituído, inclusive durante a fase de investigação. Nesse sentido, critica-se a ausência de defesa técnica ao adolescente a quem foi atribuída a prática de ato infracional durante a investigação policial, oitiva informal com o Ministério Público (MP) e, no caso de delitos leves, até a audiência de apresentação, conforme se verá no próximo capítulo, podendo-se inferir que, no caso do cidadão menor de 18 anos, a garantia de acessibilidade técnica em processo penal é mitigada pela falta de exigência legal expressa quanto à presença de defensor/advogado nesses momentos, e pela prática institucional.

Além disso, a garantia de acessibilidade técnica também é afirmada no artigo

²¹ “Art. 5º. [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, e “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988).

²² “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” (BRASIL, 1942).

5º, inciso LXIII, da CF, o qual prevê que o réu preso deverá ser sempre informado de seus direitos, inclusive o de permanecer silente quando lhe convir, sendo assegurada a assistência de sua família e de advogado (ou de Defensor Público, se for pobre). Ressalte-se que a assistência técnica não é meramente um acompanhamento do procurador nos atos processuais, mas uma atuação profissional efetiva, intervindo nos atos processuais de forma a proteger os direitos do acusado ou réu, fazendo perguntas durante a fase investigatória, requerendo diligências e impugnando atos policiais ou judiciais quando entender necessário. Logo, motivado pela atividade do advogado/defensor público, o eventual indeferimento de tais diligências pela autoridade competente deverá se dar sempre de forma fundamentada, o que reforça a garantia do direito à defesa, eis que impeditiva de arbitrariedades.

Novamente fazendo um paralelo com o direito penal juvenil, adianta-se que a garantia da defesa técnica segue em sentido contrário ao sistema penal adulto, visto que a atuação do advogado, em muitos momentos processuais importantes, limita-se a um acompanhamento do adolescente nos atos processuais, não havendo uma defesa do direito à liberdade eficiente (SPOSATO, 2013). Particularmente, a condição de pessoa em desenvolvimento deve atuar em favor da defesa, a qual, por sua vez, deve contemplar a realidade vivida pelo acusado, seu contexto familiar e cultural, incluindo a sua versão dos fatos no pleito pela manutenção em liberdade, sopesando os interesses do acusado e a excepcionalidade da internação provisória (LAZAROTTO *et al*, 2014). Nesse sentido, deve ser construído um plano de responsabilização que atenda aos interesses e direitos do adolescente possa ser por ele cumprido.

De qual maneira, tem-se que a garantia de acesso à justiça criminal abrange a oferta de condições para que o réu tenha meios para defender-se em igualdade com a acusação, através da isenção ao pagamento das custas processuais e assistência judiciária gratuita, mas principalmente a certificação de que será favorecido com uma atuação profissional efetiva mediante defesa em juízo e nos momentos pré-processuais, com consultoria e orientação técnicas (TUCCI, 2009).

A garantia de tratamento paritário entre as partes autora e ré não está expressa no texto constitucional, mas possui seu corolário nos princípios da igualdade e da isonomia processual, previstos no artigo 5º, *caput*, da CF. A

igualdade e a isonomia reproduzem a concepção de que todos são iguais perante a lei e a justiça, logo, não pode uma das partes receber tratamento discriminatório ou privilegiado (apenas nos casos expressamente previstos em lei), devendo o tratamento jurídico ser equitativo para todos. Registre-se que, para que haja paridade de armas, faz-se necessário primeiro reconhecer as desigualdades e diferenças funcionais e institucionais existentes entre autor e réu, sem o que não é possível um tratamento jurídico igualitário. Veja-se, o acusado da prática de um crime está em evidente desvantagem em relação à acusação, seja porque o réu e o seu procurador (advogado ou defensor) não possuem as prerrogativas funcionais que o Ministério Público possui na qualidade de órgão da acusação, especialmente os poderes de investigação; seja porque o réu pode ter os seus direitos fundamentais restringidos no curso e ao fim do processo penal. Portanto, quando se fala em igualdade, leia-se equidade, visto ser impossível igualar partes desiguais, devendo ser considerada a condição de desigualdade do réu para conferir-lhe um tratamento jurídico equitativo e proporcional, a fim de que possa competir com o autor de forma equivalente (TUCCI, 2009; WELTON, 2011).

Sob essa perspectiva, o criminalista Roberto Welton (2011) afirma em sua tese que a garantia de paridade de armas influencia diretamente no direito de defesa do réu, pois permite o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo condição sem a qual é impossível pensar um processo justo. Em complementação, a sua inobservância implicaria num eminente desequilíbrio entre as partes autora e ré, favorecendo o direito de punir do Estado em relação ao direito à liberdade do acusado, de modo que constitui um elemento essencial para o garantismo penal e, mais, uma condição de validade do processo-crime. Assim, a paridade de armas opera como um parâmetro para aferição da correspondência entre direitos e deveres e garantias e ônus das partes, ou seja, que estejam em equilíbrio as prerrogativas nos papéis de acusar e de defender. Outrossim, consoante a tese do autor, essa garantia regulamentadora deve estar presente desde o primeiro momento em que há risco de restrição de direitos fundamentais dos cidadãos, pautando a atuação do Estado a todo tempo, inclusive durante a investigação criminal, devendo ser anulado o procedimento que desrespeita essa garantia caso haja prejuízo comprovado.

No tocante, registre-se que, no âmbito da justiça penal juvenil, as desigualdades e vulnerabilidades em relação ao réu adolescente são maiores, dado

que é pessoa em condição de desenvolvimento e aprendizagem e, conseqüentemente, possui menor entendimento e capacidade de autodefesa que o adulto, motivo pelo qual deve receber tratamento jurídico mais favorável e ter seus direitos individuais - incluindo-se o de liberdade - tutelados com prioridade absoluta. No entanto, o sistema de justiça adultocêntrico não reconhece as potencialidades e especificidades do adolescente, nem o enxerga como parte equânime, mas, muitas vezes, como um objeto de proteção (COSTA, 2012). Por conseguinte, considerando a mitigação do direito à defesa e ao contraditório no processo de apuração de ato infracional e a posição excessivamente vantajosa e desigual que ocupa o órgão ministerial, o que será arguido com maior minúcia no capítulo seguinte, não é possível afirmar que aos adolescentes é assegurada de forma plena a paridade de armas frente à acusação.

Em seqüência, a garantia de plenitude da defesa compreende o direito ao contraditório e o direito à ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da CF, assegurando que o réu poderá dispor de todos os meios e recursos necessários à sua defesa. Mais, o inciso LIV do artigo 5º já indica que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, o que explicita a conexão entre a restrição de um direito fundamental e a necessidade de que, para que o processo seja válido e a intervenção estatal legítima, seja antes possibilitado ao acusado a oportunidade de defender-se. Nessa perspectiva, assevera-se que a plenitude de defesa não pode ser apenas formal e passiva - limitando-se à citação para resposta e a nomeação de defensor, por exemplo, com a mera presença e acompanhamento do advogado durante os atos processuais. Deve ser também material, isto é, o defensor deve poder atuar de forma efetiva, ativa e plena, pautando-se pelo interesse de liberdade do ofendido (TUCCI, 2009). Em outras palavras, deve o procurador da defesa participar dos atos processuais com capacidade de afetar o processo, em equilíbrio com a acusação. Ademais, conforme explicitado acima, a plena defesa assegura que o contraditório seja exercido em todos os momentos do procedimento criminal, sob pena de nulidade do ato (GIACOMOLLI, 2016). Essa assertiva já foi objeto da Súmula 523 do STF, que orienta que, no processo penal, a ausência de defesa implica nulidade absoluta e a deficiência na defesa poderá gerar nulidade relativa, esta mediante comprovação do prejuízo. Dessa forma, é primordial que seja assegurado o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa e, mais, que

sejam dadas condições para que a atividade defensiva seja suficiente e efetiva.

O direito ao contraditório tem sua origem no princípio do devido processo legal e na democracia processual. Pressupõe que haja uma co-participação das partes no processo, com paridade de armas, de modo que a atuação defensiva do réu possa influir no destino do processo e nas decisões judiciais. Assim, toda matéria de fato e direito será objeto do contraditório, garantindo-se que as partes tenham acesso às informações e às provas veiculadas no processo e direito de ciência, contradição e resposta face às alegações da parte contrária, mantendo-se o equilíbrio entre a defesa e a acusação. No que se refere ao réu, o direito ao contraditório efetivo é indisponível, visto que igualmente indisponível o seu direito à liberdade, que é objeto de discussão em uma ação penal (TUCCI, 2009). Por isso é que, como regra geral, o réu deve ser intimado da decisão que decreta a prisão preventiva ou internação provisória para defender-se com todos os meios possíveis, de forma plena, visando a salvaguarda do seu direito de liberdade. Discorrendo sobre o contraditório, Giacomolli (2016, p. 178) sublinha que o fato de a imputação do fato delituoso e o julgamento da ação serem realizados por autoridades públicas não significa que o espaço compartilhado do processo seja reservado a elas, devendo ser respeitada a posição e equidade do réu no processo acusatório, de outro modo “desnatura-se o processo e adentra-se no campo minado das patologias processuais”. Em última análise, o desrespeito ao contraditório implicaria numa ocupação do ângulo processual da acusação pelo juiz, o que resultaria em um sistema penal inquisitivo, desautorizado num Estado de Direito democrático. Como conclusão, tem-se que o efetivo contraditório garante que seja respeitada a geometria processual e a concretização do devido processo penal.

A esse respeito, é importante consignar a proibição de acusação genérica e ausência ou insuficiência de motivação e fundamentação no ato decisório. É imprescindível que, para viabilizar o contraditório e a refutação dos fatos narrados na acusação, a suposta conduta delitiva do réu seja individualizada e a descrição dos fatos seja feita de forma concreta, precisa e minuciosa, delimitando os elementos fáticos e temporais objetivamente. Da mesma maneira, deve a fundamentação da sentença condenatória ou decisão que aplica a cautelar argumentar e justificar com clareza a razão de decidir, obedecendo aos critérios do artigo 315 do CPP rigorosamente, sob risco de limitar as condições para o réu defender-se e, como

consequência lógica, tornar ilegítima a intervenção estatal no direito fundamental à liberdade. Ao contrário, sendo a acusação ou a fundamentação genérica, contraditória, obscura ou viciada, dificultando a compreensão das causas que a motivaram, resultará na ausência ou deficiência da defesa (como defender-se de uma acusação ou insurgir-se quanto a uma decisão que não traz elementos verificáveis ou falseáveis?), prejudicando a plenitude defensiva (GIACOMOLLI, 2016).

Em contraste, a redação do ECA quanto aos requisitos necessários para a representação é muito menos exigente²³, demandando apenas a contextualização dos fatos e a qualificação do ato infracional. Nesse cenário, e levando em conta que o ECA não estabelece previamente qual ato infracional é punível com qual medida socioeducativa, delegando o encargo para o juiz na análise do caso concreto, a qualificação do ato infracional e a descrição pormenorizada dos fatos tomam especial importância no (in)deferimento da medida restritiva de direitos solicitada pela acusação. Por conta disso, é dever da acusação, especialmente no que tange o pedido de restrição de liberdade provisória, respaldar a necessidade da medida com base em fatos concretos, possibilitando a refutação pela defesa do adolescente.

Dando seguimento, faz parte do conteúdo da ampla defesa uma gama de direitos específicos relativos ao exercício da atividade defensiva no processo penal, como o direito à informação, direito de ser ouvido em juízo, direito à intérprete para falantes de idiomas estrangeiros ou libras, entre outros. Contudo, especificamente no que se refere ao direito penal juvenil, cabe destacar dois, devido à sua importância e, em muitos casos, inobservância no procedimento de apuração de ato infracional.

O primeiro é o direito de estar presente nos atos processuais, que qualifica a ciência do acusado. Embora não esteja expressamente previsto na legislação nacional, o direito de estar presente é uma decorrência de normativas internacionais de direito penal que foram ratificadas pelo Brasil²⁴. O réu deve ser intimado para

²³ “Art. 182. [...] § 1º A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária” (BRASIL, 1990).

²⁴ Como exemplo, cita-se a disposição do artigo 8, 2, alíneas ‘d’ e ‘f’ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (direito do acusado de defender-se pessoalmente) e do artigo 14, 3, alínea ‘d’, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (toda pessoa acusada de um crime terá direito de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha).

comparecimento na audiência de instrução e julgamento e acompanhamento da realização de perícias determinadas pelo juízo, mas não é apenas isso, pois o direito de estar presente não se limita à observação dos momentos processuais, mas a completa ciência e compreensão do ato que está sendo praticado, com capacidade de autodefesa e intervenção (GIACOMOLLI, 2016). No caso do adolescente acusado da prática de um ato infracional, não é exigido que a defesa esteja presente em todos os atos processuais, na verdade, o ECA dispõe que a defesa técnica será obrigatória tão somente na audiência de apresentação, se o ato infracional for passível de aplicar MSE restritiva de liberdade. Nessa linha, admitindo-se que é admissível que o adolescente acusado não receba orientação técnica até esse momento, podendo não compreender as etapas do procedimento, e que, por outro lado, a acusação dispõe de um momento prévio para interrogar o adolescente na audiência preliminar, em que tenta obter a confissão da prática do ato infracional, há uma limitação do direito à autodefesa e indagação dos acontecimentos. Assim, a falta de defesa em todos os momentos processuais reflete o adultocentrismo do processo de apuração de ato infracional, dado que o adolescente não consegue se afirmar como parte contestante, em igualdade com a acusação, sobretudo porque se cultiva a censurável ideia de que o adolescente não é cidadão, não é um sujeito inteiro em si mesmo e, no processo, não é parte, e sim objeto da tutela do Estado. Outrossim, se para o réu adulto devem ser dados esclarecimentos e condições para que exerça o direito de estar presente, para o réu adolescente, esse direito deveria ser tutelado com maior cuidado.

O segundo direito relativo à ampla defesa que deve ser sublinhado é o direito à entrevista prévia e reservada com o defensor, previsto no artigo 185, § 5, do CPP²⁵. A orientação do réu pelo seu procurador poderá ocorrer antes de qualquer espécie de procedimento e interrogatório criminais e assegura que o imputado tenha conhecimento acerca das consequências de suas declarações, a fim de não prejudicar a sua defesa (GIACOMOLLI, 2016). Essa garantia se faz ainda mais importante quando o acusado é assistido pela Defensoria Pública, visto que o

²⁵ “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. [...] § 5 Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso” (BRASIL, 1941).

contato com o órgão de defesa é mais limitado do que seria com advogado particular, sopesando a grande demanda e entraves funcionais da Defensoria. Na mesma lógica do parágrafo anterior, quando o réu é adolescente essa garantia deve ser levada à risca, sopesando a condição de pessoa em desenvolvimento e aprendizagem. Mais adiante, esse assunto ressurgirá na crítica que se faz da ausência de advogado na oitiva informal com o MP, violação gravíssima da garantia da plenitude da defesa.

Por último, resta abordar a garantia da não auto-incriminação, a qual está implícita no artigo 5º, inciso LXIII, da CF²⁶, que atesta o direito ao silêncio. Numa perspectiva mais ampla, também decorre dos direitos fundamentais da ampla defesa e presunção da inocência. A garantia determina que nenhum acusado pode ser forçado a depor contra si mesmo e autoincriminar-se, podendo manter silêncio sem que isso o prejudique. Considerando que quando o Estado toma conhecimento da prática de um crime, o suspeito é logo chamado para pronunciar-se e explicar a sua versão dos fatos à autoridade pública, a garantia da não-incriminação constitui-se como a base fundamental da defesa do réu (SANGUINÉ, 2014). Em relação ao réu adolescente, a garantia de não-incriminação merece atenção especial das autoridades que exercem o interrogatório, visto que o acusado menor de dezoito anos é mais vulnerável e fácil de ser manipulado, não podendo essa característica inerente a essa etapa da vida atuar em seu desfavor.

Deve-se observar, por fim, que a Carta Constitucional impede, em cláusula pétreia, a supressão de garantias e direitos individuais²⁷, o que revela a importância conferida a elas, sobretudo aquelas referentes ao processo penal. Algumas garantias e direitos, no entanto, podem ser flexibilizados quando deparados com interesses tão importantes quanto. Como foi visto anteriormente, é essa flexibilização que justifica a possibilidade de aplicação da prisão preventiva em detrimento do princípio da inocência, que conflitua com o direito à persecução criminal do Estado. Elementar que, havendo conflito entre garantias, é imperioso aplicar o princípio da proporcionalidade e sopesar as perdas e ganhos com a

²⁶ “Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

²⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

limitação de cada direito. Assinale-se que as garantias relativas ao direito à defesa podem ser flexibilizadas em casos muito singulares, expressamente previstas por lei (por exemplo, o uso de interceptação telefônica na investigação policial), e, de modo geral, não comportam mitigação.

Em virtude disso, se há uma supressão ou mitigação injustificada das garantias que asseguram o direito de uma defesa ampla, com paridade de armas e contraditório efetivo em todos os procedimentos penais, esta certamente é inconstitucional e ilegítima será a intervenção estatal no direito à liberdade do cidadão. Mais ainda, se as garantias processuais penais não estão sendo reconhecidas ao acusado adolescente, é imperativo que lhes sejam estendidas, com prioridade máxima, em respeito à ordem constitucional.

2. A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA NO SISTEMA PENAL JUVENIL CONFORME A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral é um corpo de legislação internacional que consagra a universalidade de direitos da infância e juventude sob a ótica dos direitos humanos (SARAIVA, 2005). A necessidade de garantir políticas de atenção à população infantojuvenil foi fortificada na década de 80 e debatida em uma série de convenções internacionais. Entre elas, a mais importante foi a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança²⁸, cujo texto, planejado por cerca de dez anos, foi aprovado em 1989. Mais importante porque a Convenção logrou criar uma normativa internacional sobre o tema e foi subscrita por quase todos os países no mundo²⁹, orientando a atuação dos Estados na proteção dos direitos da criança.

Na América Latina, a Convenção foi um marco histórico em diversos ordenamentos jurídicos, pois motivou a superação da doutrina da situação irregular impressa nos Códigos de Menores e o início de reformas institucionais e legislativas

²⁸ De acordo com a referida normativa internacional, os Direitos da Criança abrangem as pessoas que possuem entre zero a dezoito anos incompletos, ou seja, crianças e adolescentes.

²⁹ Apenas os Estados Unidos da América não ratificaram a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2015/10/1526871#:~:text=EUA%20s%C3%A3o%20%C3%BAnico%20pa%C3%ADs%20que,Direitos%20da%20Crian%C3%A7a%207C%20ONU%20News>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2023.

que objetivavam promover uma mudança de perspectiva acerca da concepção da infância e da juventude (ZANELLA, 2019). Assim, a criança e o adolescente passaram a ser titulares de “direitos e obrigações próprios de sua condição de pessoa em desenvolvimento [...] abandonando[-se] o conceito de menor, como subcategoria de cidadania” (SARAIVA, 2005, p. 57), ficando responsáveis para a salvaguarda desses direitos a família, a sociedade e o Estado. Nesse sentido, a proteção integral nada mais é que possibilitar que as crianças e os adolescentes possam exercer a sua cidadania com dignidade (COSTA, 2012).

A partir da adoção da doutrina da proteção integral pela Constituição Federal da República de 1988, pela primeira vez na história brasileira, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos - isto é, indivíduos completos em si mesmos que, assim como os adultos, são titulares de direitos e obrigações. Tal conquista se deu em razão da participação do Brasil na construção da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 e ratificada pelo país em setembro de 1990, tornando-se norma com força de direito interno. Em decorrência, o novo texto constitucional, firmado na concepção da dignidade da pessoa humana, aderiu às diretrizes internacionais de direitos humanos, tendo positivado, nos artigos 227 e 228, os direitos fundamentais da criança e do adolescente (COSTA, 2012).

O sistema constitucional de garantias de crianças e adolescentes foi formulado em três níveis: o primeiro, de direitos de caráter universal, para todos os menores de idade; o segundo, de direitos de proteção especial, para as crianças e os adolescentes vítimas de violência - que não serão aqui abordados; e o terceiro, de direitos e deveres de responsabilização, para os adolescentes autores de atos infracionais (SARAIVA, 2006), estes, sim, abordados com maior profundidade no presente estudo.

Acerca dos direitos de caráter universal, a Constituição Federal declara que as crianças e os adolescentes são titulares de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, em pé de igualdade com os adultos, assim como de direitos de personalidade especiais (MACHADO, 2003), os quais devem ser protegidos com absoluta prioridade. A outorga de direitos exclusivos aos menores de idade se deve pelo reconhecimento constitucional de que diferentes sujeitos de direitos possuem necessidades diferentes e, por isso, devem ser tratados com equidade (COSTA,

2012). Nesse sentido, a Constituição preceitua que crianças e adolescentes são pessoas em condição de desenvolvimento, logo, mais vulneráveis, e precisam de um sistema de direitos exclusivo que lhes ampare e possibilite o crescimento e a formação da personalidade (MACHADO, 2003).

Desta feita, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, um ano após a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a fim de legislar acerca da proteção integral dos direitos fundamentais específicos à população infantojuvenil. Importante destacar que foi com o ECA que inaugurou-se a responsabilidade penal de adolescentes e o sistema de justiça e garantias relativo aos atos infracionais³⁰ no ordenamento jurídico brasileiro (MENDEZ, 2006). Destarte, declara o artigo 228 da Constituição Federal que todos aqueles que tiverem dezoito anos incompletos não serão imputáveis ao sistema penal adulto, mas estarão sujeitos ao sistema de responsabilização previsto no ECA (BRASIL, 1998), disposto a partir do artigo 103 do diploma legal, e que constitui um modelo de Direito Penal Juvenil³¹.

Nessa perspectiva, o direito à proteção especial, conferido a todas as pessoas menores de idade, possui enorme relevância no direito penal de adolescentes, pois restringe o poder punitivo do Estado ao assegurar garantias processuais ao adolescente que está sendo julgado pela prática de ato infracional. Consoante disposto no artigo 227, §3, inciso IV, da CF, no processo socioeducativo, ao adolescente deve ser garantida a ciência da atribuição do ato infracional, a igualdade na relação processual e a defesa técnica por profissional habilitado. Já no que se refere às medidas socioeducativas (MSEs), a Constituição estabeleceu no inciso V do §3 do mesmo artigo que todas as medidas privativas de liberdade impostas a adolescente devem ser pautadas pelos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 1988), motivos pelos quais sempre serão preferíveis as medidas em meio aberto.

³⁰ Atos infracionais são os atos tipificados como crime ou contravenção penal, cometidos por pessoas com idade entre 12 e 18 anos, consoante o artigo 103 do ECA.

³¹ A existência de um Direito Penal Juvenil é tema controverso na doutrina. Segundo os autores que defendem essa ideia - entre eles, Ana Paula Motta Costa, João Batista Costa Saraiva, Karyna Batista Sposato, Sérgio Salomão Shecaira, Paulo Afonso Garrido de Paula, Carlos Nicodemos, Emilio García Méndez - reconhecer um direito penal de adolescentes é assegurar que estes tenham as mesmas garantias penais que os adultos mais o direito à proteção especial, de modo a tratá-los com equidade.

Por conseguinte, os princípios da brevidade e da excepcionalidade atuam na limitação do controle social de adolescentes feito pelo maquinário estatal, dentro da ótica da proteção especial e da compreensão da condição de pessoa em desenvolvimento. A brevidade infere limite temporal: a privação de liberdade, cujo prazo máximo é de 3 anos, deve durar o menor tempo possível, seja porque a intervenção estatal deve ser reduzida, seja porque se deve respeitar o tempo do adolescente, que passa mais rápido que o do adulto. A excepcionalidade, por sua vez, relaciona-se com a concepção de que a privação de liberdade é o último recurso e só deve ser aplicada caso não haja nenhuma outra medida cabível (SARAIVA, 2006). Assim, as MSEs são respaldadas pelos princípios da brevidade e a excepcionalidade, que lhe atribuem o sentido de ser, porquanto a restrição de direitos de um grupo social a que é assegurada a proteção especial somente pode ser determinada quando não houver outra medida adequada e a situação for manifestamente grave (COSTA, 2012), sobretudo se a sanção aplicada for a segregação.

De outra banda, a responsabilidade do adolescente é derivada justamente do fato de ser “sujeito de direitos e titular de uma capacidade progressiva para exercê-los”, estando tal responsabilidade “condicionada à prática de um fato penalmente típico” (SPOSATO, 2013, p. 77). A capacidade progressiva de exercer direitos e cumprir deveres, entre eles, a responsabilização pela própria conduta, decorre, reitera-se, da condição de desenvolvimento das personalidade do adolescente. Efetivamente, “a responsabilidade é uma capacidade humana aprendida” (LAZZAROTTO *et al*, 2014, p. 234). Na infância, passa-se a compreender, por meio da socialização, o que significa ser responsável e, conforme se ganha autonomia, o senso de responsabilidade também aumenta. O adolescente, em sua vivência, já possui juízo crítico e, por isso, pode ser responsabilizado por sua conduta, de forma proporcional ao seu estágio de desenvolvimento.

Importante destacar que responder pelos próprios atos é um desdobramento da dignidade. Para Emilio García Méndez, a responsabilização penal de adolescentes é um elemento constituinte do direito à cidadania:

A responsabilidade - neste caso penal - dos adolescentes é um componente central de seu direito a uma cidadania plena. Pretender construir cidadania sem responsabilidade constitui um contra senso produto da ingenuidade ou da torpeza (MÉNDEZ, 2006)³².

Não obstante, é de se sopesar que nem sempre atos infracionais são cometidos com racionalidade e intencionalidade, como acontece com os adultos, visto que, muitas vezes, o adolescente apresenta condutas imprudentes e levianas em função do processo de formação de sua personalidade, que faz parte dessa fase da vida, cheia de transformações e marcada pela momentaneidade. Durante esse período, os adolescentes, que estão se descobrindo e afirmando a sua identidade, buscam referências em pessoas importantes em seu contexto social para se espelharem, refletindo modelos e valores sociais desse grupo (LAZZAROTTO *et al*, 2014; COSTA, 2012). Em adição, Valenzuela (2019) postula que a precarização da vida dos adolescentes periféricos e a falta de oportunidades para a juventude pauperizada motivam o imediatismo e a prática de atos infracionais a partir da perspectiva de que a vida é curta e nada importa ou que é mais vantajoso ter um momento como um rei e ser responsabilizado do que permanecer para sempre miserável.

Nessa linha, responsabilizar o adolescente que cometeu um ato infracional pode tomar a forma de MSEs menos graves, como a advertência, desde que proporcional ao dano social cometido, dada a previsão constitucional de excepcionalidade das medidas restritivas de liberdade. Conforme leciona Paulo Afonso Garrido de Paula (2006, p. 32), “responsabilizar significa impor resposta, determinar resultado como consequência jurídica de uma conduta, de modo que ausente, em sentido genérico, qualquer elemento indicativo de imposição de sofrimento ou aflição”.

O sistema de responsabilidade de adolescentes, expresso nas disposições do Título III e do Título IV, Seção V, do ECA (BRASIL, 1990), pressupõe a prática de ato infracional, definido como a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Em consequência dessa classificação, admite-se que as regras de interpretação do ECA

³² “La responsabilidad –en este caso penal- de los adolescentes es un componente central de su derecho a una plena ciudadanía. Pretender construir ciudadanía sin responsabilidad constituye un contrasentido producto de la ingenuidad o de la torpeza.” MENDEZ, Emílio. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia?. Em: Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006 (tradução livre da autora).

quanto ao ato infracional derivam-se do direito penal (VIDAL *apud* SHECAIRA, 2008), portanto, devem ser aplicadas aos adolescentes as garantias do sistema penal adulto. Também é por esse motivo que diversos autores defendem a necessidade de reconhecimento, pela doutrina brasileira, de um Direito Penal Juvenil, ramo do direito penal com garantias e direitos específicos dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais.

Karyna Batista Sposato (2013), uma das expoentes dessa área, sustenta que o fundamento de um Direito Penal Juvenil está no reconhecimento de uma responsabilidade penal especial dos adolescentes e na incorporação de garantias que limitam o poder punitivo estatal e direcionam a reação do Estado frente ao ato infracional à integração social e observância de direitos da juventude. Em que pese a autora aponte a existência de ambiguidades no sistema de responsabilidade do ECA, as quais serão expostas nos subtópicos adiante, a apuração do ato infracional e a aplicação de internação provisória seguem sendo feitas, bem ou mal, conforme indicado pelo Estatuto.

Os adolescentes apreendidos pela prática de ato infracional, seja por decisão judicial ou, mais comumente, em flagrante policial, deverão ser encaminhados à autoridade competente, a qual dará início aos procedimentos necessários à apuração do ato infracional. Na apreensão em flagrante, ainda que o crime tenha sido cometido em coautoria com adulto, o adolescente deverá ser encaminhado para repartição policial especializada, mas se não houver uma no Município, o adolescente deverá ser mantido em separado dos adultos, tudo a fim de proteger e resguardar os seus direitos.

Caso o ato infracional seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa - e essa é a hipótese de que se trata aqui -, deverá ser lavrado auto policial de apreensão em flagrante, sendo que, se os pais ou responsáveis do adolescente comparecerem na delegacia, ele deverá ser solto mediante termo de responsabilidade. No entanto, ele poderá não ser liberado caso a autoridade policial entender que o ato infracional e sua repercussão social são graves, e permanecer na delegacia ou em instituição de internação de adolescentes. Em seguida, o adolescente será encaminhado, imediatamente ou em até 24 horas, para o Ministério Público, que irá colher a sua oitiva informal, assim como a de seus pais e testemunhas, se possível, e poderá oferecer representação requerendo a internação

provisória.

Recebida a representação, a autoridade judiciária deverá designar audiência de apresentação e decidir, desde já, pela decretação ou manutenção da internação provisória. Nessa linha, sob a luz da doutrina da proteção integral, é indispensável que a decisão que determina a privação de liberdade de adolescente antes da sentença seja devidamente fundamentada, baseando-se em indícios de materialidade e autoria e demonstrando a necessidade imperiosa de aplicação desta medida, que é extrema e excepcional. Todavia, abre-se aqui um parêntesis: como precisar no caso concreto o que são “indícios” de materialidade e autoria?, e quando é que a internação provisória se mostra como uma “necessidade imperiosa”? Os requisitos da fundamentação da decisão que determina a segregação do adolescente estabelecidos pelo legislador estatutário são demasiado abertos e concedem ao aplicador do direito amplo espaço para interpretação subjetiva.

Não obstante, a internação provisória tem natureza de medida cautelar e, como regra geral, não deverá ser imposta a adolescente se este puder responder ao processo em liberdade (SARAIVA, 2006), em respeito ao dever de brevidade e excepcionalidade da segregação. Por fim, o Estatuto também estabelece que, em obediência ao princípio da brevidade, a internação provisória terá o prazo máximo e improrrogável de 45 dias, ao curso do qual deverá, igualmente, o processo ser concluído.

É de se ressaltar a importância de que todas as diligências supracitadas sejam realizadas com extrema celeridade, visto tratar-se de adolescente que deve ser protegido e ter sua dignidade e condição de pessoa em desenvolvimento respeitadas. Sobre esse ponto, cabe mencionar que a organização judiciária é um elemento importante na promoção da celeridade do processo socioeducativo e, conseqüentemente, da salvaguarda dos direitos dos adolescentes e redução de danos morais e psicológicos. Como exemplo, cita-se a experiência exitosa de Porto Alegre, que por meio do Centro Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente (CIACA) e do projeto Justiça Instantânea (JIN), em que há um trabalho conjunto entre a polícia especializada e os órgãos do judiciário, viabiliza a agilidade dos processos referentes a atos infracionais e a garantia dos direitos dos

adolescentes previstos no ECA³³.

Todavia, em que pese a intenção do legislador tenha sido a observação do princípio da proteção integral e o reconhecimento da condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento na aplicação das MSEs, a prática na área do direito penal juvenil revela que nem sempre isso é o que acontece, especialmente no que se refere ao instituto da internação provisória. O que se tem percebido é que os juízes e tribunais desconsideram o caráter excepcional conferido pelo legislador à internação provisória - cuja aplicação é restrita à hipótese de ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, obedecidos requisitos do artigo 174 do ECA -, e aplicam a medida como regra geral (LAZZAROTTO *et al*, 2014).

Quando se discute a internação provisória e sua pertinência, via de regra, utiliza-se do discurso da proteção do adolescente para sua decretação, operando profunda confusão entre seu caráter e eventual medida protetiva que se faça necessária para garantir a integridade do adolescente. A mesma situação jamais seria admitida na justiça penal comum, um adulto não seria submetido à prisão preventiva sob o argumento de necessitar de proteção. É evidente que em tal situação o adolescente é submetido a condições mais severas do que um adulto seria. (SPOSATO, 2013, p. 109).

O fenômeno da aplicação indiscriminada da internação provisória pode ser explicado, dentre uma série de causas, pela presença de resquícios do modelo tutelar no judiciário em detrimento da doutrina da proteção integral e pela ambiguidade e abertura textual do ECA no que tange esse instituto, deixando espaço para discricionariedade e interpretações minoristas da legislação estatutária.

2.1. Passado não-tão-distante: a doutrina da situação irregular e a restrição de direitos dos adolescentes em conflito com a lei

A adoção de um sistema garantista de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro instituiu importantes mudanças legislativas, no entanto, não foi capaz de, por si só, mudar por completo a lógica da doutrina da situação irregular enraizada nas práticas institucionais. Conforme referido no tópico acima, a noção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e merecem tratamento prioritário foi inaugurada com a

³³ CIACA é apresentado para equipe no CNJ. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/centro-integrado-de-atendimento-a-crianca-e-ao-adolescente-e-apresentado-para-equipe-do-cnj/>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

Constituição de 1988 e o ECA, os quais possuem pouco mais de 30 anos, isto é, são mudanças muito recentes se contrastadas com o longo histórico de negligência e violação de direitos pelo Estado.

A doutrina da situação irregular, também chamada de modelo tutelar ou menorista, pautava a Justiça Especializada de Menores e o seu respectivo sistema de responsabilização. Essa teoria definia, em síntese, que as crianças e os adolescentes que não se enquadravam ao padrão social desejado estavam em estado de patologia social, seja por causa de sua própria conduta (envolvimento com a criminalidade) ou de terceiros (maus tratos, abandono, negligência), tornando-se, em consequência, objeto da norma estatal repressiva (SARAIVA, 2005). Como regra geral, as legislações menoristas não definiam com precisão o que configurava uma situação irregular e não aplicavam distinções de tratamento entre o autor de ato infracional e a vítima de negligência, atribuindo responsabilidade para ambos por estarem em desacordo com o perfil esperado.

Nesse diapasão, Karyna Sposato (2013) afirma que o sistema tutelar de responsabilização de crianças e adolescentes fundamentava-se no correccionalismo e no positivismo jurídico, pois compreendia que aqueles “em situação irregular” eram inferiores, imorais e precisavam ser corrigidos, sendo a função do Direito ajudá-los e prevenir as condutas indesejadas por meio da restrição de liberdade. Sposato sintetiza as características básicas dos sistemas tutelares, indicando que todos possuem em comum a negação da natureza penal do modelo de responsabilidade, a indeterminação das sanções jurídicas, a ausência de garantias processuais para as crianças e adolescentes responsabilizadas, o arbítrio do Juiz de Menores e, por fim, a falta de critérios que definam a imputabilidade penal dos menores de 18 anos de idade. Assevera a autora que essas características implicam na afirmação de um direito penal da periculosidade (em oposição à culpabilidade) para os adolescentes, que, por serem inimputáveis no sistema penal adulto, não possuem garantias jurídicas que as protejam dos arbítrios judiciais e limitem a aplicação de sanções pelas suas condutas.

O surgimento do modelo tutelar ocorreu nos Estados Unidos com a criação do Tribunal de Menores de Illinois, Chicago, no final do século XIX, após a revolução industrial. A época era marcada por uma escancarada desigualdade social e econômica, empobrecimento da população, condições de trabalho precárias e, como

resultado, aumento da criminalidade. As crianças e os adolescentes que provinham de famílias proletárias tinham seu trabalho explorado e ficavam à margem da sociedade, sendo o crime uma das estratégias de sobrevivência possíveis. Aqueles que respondiam pela prática de delitos eram encarcerados junto com os adultos, visto que até então não havia diferenciação entre esses grupos sociais³⁴, o que motivou uma inicial conscientização acerca da necessidade de zelar pela integridade física e moral dos mais jovens (SPOSATO, 2013).

Nesse contexto, dissemina-se a concepção de delinquência juvenil, na qual vinculou-se à identidade do adolescente marginalizado o envolvimento com a criminalidade. Maria Nilvane Zanella (2019) explica que essa ideia surgiu a partir da tese da “adolescência problema”, elaborada por teóricos da Psicologia do Desenvolvimento, segundo a qual comportamentos socialmente inaceitáveis são propensos nessa fase da vida. Assim, justificava-se a aplicação de medidas restritivas de liberdade indeterminadas às crianças e aos adolescentes “em situação de risco”, visto que, se estes não delinquem, certamente passarão a fazê-lo. Embora essa teoria esteja hoje ultrapassada, os argumentos desenvolvimentistas ainda são aplicados para fundamentar a necessidade de medidas de socioeducação, conforme se verá adiante.

Prossegue a autora que, no intuito de conter a juventude delinquente e marginalizada, articulou-se o modelo tutelar que visava proteger e controlar a população infantojuvenil empobrecida por meio da institucionalização através da atuação de um Juiz de Menores, sendo a medida aplicada sem discriminação tanto para aqueles que praticavam infrações quanto para os que eram vítimas de abandono e maus tratos. De acordo com Zanella, o modelo tutelar foi importado dos Estados Unidos para a América Latina por influência da Doutrina Monroe, que objetivava a expansão do domínio estadunidense para a América do Sul. A política do governo norte americano acabou influenciando a construção da política da infância dos países latinos, que passaram a criar suas próprias legislações menoristas³⁵.

³⁴ O modelo tutelar substituiu a etapa penal indiferenciada, na qual crianças e adolescentes eram punidos nas mesmas condições que adultos.

³⁵ Embora o foco da análise aqui seja em relação ao Brasil e demais países da América Latina, registre-se que o menorismo não limitou-se a esse continente, podendo-se afirmar, aliás, que a doutrina da situação irregular foi um fenômeno global.

No Brasil, a doutrina da situação irregular estava contida no Código Mello Mattos de 1927 e posteriormente no Código de Menores de 1979, que substituiu o primeiro. A ideia central de ambos os códigos era de que os menores de dezoito anos em situação irregular estavam sujeitos à assistência, proteção e vigilância estatal. Veja-se que, no modelo tutelar, apenas os menores de idade em situação irregular eram detentores de direitos e tutelados pelo Estado, em outras palavras, a lei não era destinada para qualquer criança e adolescente, e sim para uma categoria determinada, qual seja, os menores. Para definir quem era o “menor”, utilizava-se figuras jurídicas em aberto, como “em situação irregular”, “em situação de risco”, “em perigo moral ou material” (BELLOFF, 1999). Na verdade, o que se pretendia era a detenção de crianças e adolescentes marginalizados, expostos à vulnerabilidade social, miserabilidade e abandono, que permaneciam institucionalizadas por tempo indeterminado. Sendo assim, o modelo tutelar é estigmatizante, pois os “menores” eram as crianças e os adolescentes pobres, que eram segregadas por pertencerem a famílias tidas como desestruturadas e por não se encaixarem no modelo social burguês (ZANELLA, 2019). Portanto, a criança e o adolescente não eram vistos como pessoas dignas de respeito, mas sob a ótica da incapacidade, de um objeto a ser tutelado, de um problema a ser resolvido, de uma irregularidade a ser sanada.

Por causa da condição individual em que se encontravam essas crianças e adolescentes, era-lhes atribuído o estigma de “menor” e, em consequência, estavam sujeitos a uma intervenção judicial coercitiva e discricionária. Nessa toada, adverte Mary Belloff (1999) que não se poderia falar em uma verdadeira proteção da infância, como acontece hoje com o modelo da proteção integral, pois a proteção para a doutrina da situação irregular frequentemente violava ou restringia direitos. Consoante Belloff, o Juiz de Menores, tencionando proteger a criança e o adolescente, assumia um papel paternalista, do bom pai que cuida e pune, e valia-se de poderes ilimitados para corrigir a conduta do jurisdicionado e de sua família, os quais, por outro lado, não possuíam garantias individuais contra os arbítrios do magistrado. O Juiz de Menores atuava sem restringir-se à lei, aliás, era esperado que ele fizesse isso, pois era necessário suprir a falta de políticas de assistência social para a população pobre e desamparada. Logo, o que se verificava nas legislações menoristas era uma concentração das funções estatais na figura do juiz e uma judicialização dos problemas sociais, fatores que promoveram uma

criminalização da pobreza no âmbito da justiça juvenil (COSTA, 2012; SARAIVA, 2005).

Salienta-se, sobre este último ponto, que se o Estado não logra êxito na promoção de condições para o exercício da cidadania a uma parte da população (neste caso, aos adolescentes), gera desigualdade, vulnerabilidade e pauperização, de modo que, para conter a pobreza, só lhe resta fazer uso do controle social autoritário e coercitivo. Nessa perspectiva, a juventude pobre, negra e periférica sempre foi alvo da repressão do Estado, que, na omissão de políticas públicas, favorece a precarização da vida dos jovens e fomenta o juvenicídio como processo de violência e morte:

O juvenicídio também se insere em políticas e lógicas de guerra utilizadas contra os jovens pobres e afrodescendentes, que inclui posições racistas, excludentes e autoritárias que frequentemente utilizam a violência e massacram jovens pobres afrobrasileiros. O extermínio de pessoas de certos grupos sociais e o uso da limpeza social são elementos que definem o juvenicídio em vários países latinoamericanos, como no Brasil onde se utiliza a criminalização da pobreza e o uso de grupos de extermínio que atuam contra os não cidadãos. (VALENZUELA, 2019, p. 63/64).³⁶

À vista disso, se os adolescentes autores de atos infracionais são inimputáveis ao sistema penal adulto e não há um sistema penal direcionado para suas especificidades, significa que lhes serão aplicadas medidas restritivas de liberdade sem que tenham um processo com garantias processuais penais, bastando que estejam expostas à uma situação de risco para que sejam segregadas. Por óbvio, o sistema de responsabilização menorista era mais gravoso e restritivo de direitos do que o sistema penal adulto, visto que a discricionariedade era necessária à promoção do “bem social”, não havendo parâmetros na atribuição de condutas delitivas aos “menores”, nem limites para o poder punitivo do Estado.

Como corolário, a doutrina da situação irregular provocou a criação de uma verdadeira política pública de institucionalização de crianças e adolescentes pobres

³⁶ “El juvenicidio también se inscribe en políticas y lógicas de guerra utilizadas contra los jóvenes pobres y afrodescendientes, que incluyen posiciones racistas, excluyentes y autoritarias que frecuentemente utilizan la violencia y masacran a jóvenes pobres afrobrasileños. El exterminio de personas de ciertos grupos sociales y el uso de la limpieza social son elementos que definen al juvenicidio en varios países latinoamericanos, como en Brasil donde se utiliza la criminalización de la pobreza y el uso de grupos de exterminio que actúan contra los no ciudadanos.” VALENZUELA, José Manuel Arce. Trazos de sangre y fuego: bionecropolítica y juvenicidio em America Latina. 1 ed. Centro Maria Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados (CALAS). Universidad de Guadalajara. 2019. (tradução livre da autora).

e marginalizados, legitimada pelo argumento de que eles estariam mais bem cuidados e protegidos em casas de recolhimento (MACHADO, 2003). No entanto, a realidade era outra: as instituições que recebiam as crianças e adolescentes “em situação irregular” assemelhavam-se mais a prisões, e não tinham o condão de auxiliar na “correção” dos “menores”. Os registros dessa época documentam que, entre os casos de internos da Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor (FEBEM), uma dessas instituições de recolhimento, estavam crianças que se perderam dos pais em rodoviárias, meninos que roubaram pela primeira vez para ajudar no sustento do lar, jovens com problemas psiquiátricos e adolescentes que transgrediram a lei; todos confinados em celas superlotadas, em condições precárias de higiene e ventilação, sem acesso ao banheiro, sofrendo castigos físicos imoderados e tortura pelos agentes da instituição e mantendo pouco ou nenhum contato familiar, motivo pelos quais foram equiparados, para ativistas dos direitos da criança, a campos de concentração³⁷.

Tais violências cometidas contra os internos não impressiona se considerarmos que o Brasil, historicamente, possui uma tradição de internação de crianças e adolescentes com uma intrínseca negação dos direitos da personalidade infantojuvenil. Consoante Irma e Irene Rizzini (2004), desde o período colonial, a intervenção reformadora estatal se valeu de colégios internos, seminários, reformatórios, asilos, etc, para educar, corrigir ou vigiar crianças e adolescentes longe do seio de suas famílias, cultura que se intensificou com o crescimento das cidades e da desigualdade social e a consequente representação da população infantojuvenil vulnerável como perigosa. Contudo, a internação como solução dos problemas relativos à infância e juventude gerou uma saturação do sistema da doutrina da situação irregular, visto que ele não deu conta de manejar a demanda que criou. Para ilustrar, Saraiva (2005) relembra que, quando foi implementado o Juizado da Infância e Juventude em Porto Alegre, em substituição ao Juizado de Menores, o Juiz incumbido da tarefa, Marcel Hoppe, encontrou mais de 25 mil processos em trâmite, sendo que, ao cabo de uma análise sob a ótica do novo sistema da proteção integral, sobraram pouco mais de 3 mil - feito que rendeu ao

³⁷ FEBEM, o começo do fim. Direção e Produção: Rita Moreira. YouTube. 21 de março de 2021. 34:58. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=LotiN1MX1NU&ab_channel=MsSergioroberto>. Acesso em: 29 de janeiro de 2023.

Magistrado o Prêmio Criança e Paz do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

A quantidade excessiva de processos nos Juizados de Menores, o tratamento sub-humano e objetificante que se dava às crianças e os adolescentes vulneráveis cumprindo internação, somados à perspectiva de que era dever do direito “corrigir” a natureza intrinsecamente infratora dos meninos e meninas pobres, corrobora o postulado de que se tratava de uma escolha do Estado por uma política higienista e punitivista. Em que pese se negasse o caráter penal do modelo de responsabilidade menorista (repisa-se, baseado no correccionalismo e na ideia de que o adolescente pobre possui natureza infratora, identificando-se com um direito penal do autor) e da medida de internação (que mais se assemelhava ao encarceramento), era evidente que o sistema tutelar tinha fortes inspirações penais (NICODEMOS, 2006).

Por conta do caráter penal da medida de internação é que se afirma que a falta de critérios rígidos de imputabilidade penal, fixada a partir dos 18 anos de idade pelo primeiro Código de Menores brasileiro e mantida pelo ECA, é estigmatizante e sujeita o adolescente ao controle social irrestrito pelo Estado. Isso porque, sem uma definição de que os adolescentes são imputáveis a um sistema diverso dos adultos, com normas específicas a eles, a prática de comportamentos proibidos ou inaceitáveis (a situação irregular, no sistema menorista) por quem ainda não possui 18 anos legitima respostas arbitrárias no processo judicial. Nessa perspectiva, o sistema da proteção integral perdeu a oportunidade de afirmar, de forma expressa, a imputabilidade dos adolescentes ao direito penal juvenil (NICODEMOS, 2006). Para Sposato (2013), a recusa da imputabilidade aos adolescentes é prova mais forte de que a lógica tutelar permanece no modelo de responsabilidade adotado pelo ECA, tese que será defendida no decorrer deste trabalho.

Assim sendo, ao se pensar na responsabilização de adolescentes que cometeram atos infracionais, especialmente pela internação, não se pode olvidar do caráter político que carrega a medida. Na doutrina da situação irregular, o adolescente pobre e marginalizado que praticava um ato infracional era categorizado como “menor” e, vez que era considerado pelo Estado como um sujeito incapaz e voltado à prática de infrações devido às suas características e ao seu contexto sociofamiliar, estava sujeito a um sistema marcado pela indeterminação (de conceitos jurídicos, de natureza penal do modelo de responsabilização, de garantias

processuais, do tempo de internação a ser cumprido) e amplo arbítrio judicial.

Ainda que o ECA tenha elegido a doutrina da proteção integral para pautar o modelo de responsabilização de adolescentes autores de atos infracionais, fato é que há resquícios do modelo menorista na legislação e nas práticas institucionais. Entre eles, a manutenção da ausência de critérios de imputabilidade penal aos menores de 18 anos, o não reconhecimento pelos aplicadores do direito da natureza penal da responsabilização pelo ato infracional e da aplicabilidade das garantias processuais penais aos adolescentes, a quase automática determinação da medida de internação, a possibilidade de internação provisória como forma de assegurar a proteção do adolescente prevista no artigo 174 do ECA e o descumprimento do período de três anos de restrição de liberdade estabelecido pelo art. 121, §3 e §4, do ECA (BRASIL, 1990).

Dessa maneira, em que pese o legislador estatutário tenha remetido o ato infracional ao Código Penal no art. 103 do ECA (BRASIL, 1990), faltou especificidade na definição de critérios que indiquem as hipóteses em que pode ser aplicada internação provisória, além de ambiguidade e incerteza jurídica acerca das delimitações deste instituto. Tais aspectos concedem ao Juiz discricionariedade nas decisões que deferem internações provisórias, dando espaço para interpretações menoristas do Estatuto.

2.2 No limiar da discricionariedade: a abertura textual e a ambiguidade das normas sancionatórias do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à apuração do ato infracional atribuído a adolescente

As normas sancionatórias do Estatuto, especialmente aquelas que dizem respeito ao processo de apuração do ato infracional e aplicação de internação provisória, objeto deste estudo, são caracterizadas pela abertura textual e ampla ambiguidade de sentido. O legislador provavelmente teve o intuito de, com isso, possibilitar que o juiz, ao adequar a norma ao caso concreto, o fizesse com base na doutrina da proteção integral e optasse pela medida menos restritiva de direitos ao adolescente a quem foi atribuída a prática de ato infracional. No entanto, o que tem se verificado desde a promulgação do ECA é que as brechas das normas sancionatórias se desdobram em ausência de garantias jurídicas aos autores de ato

infracional e possibilitam o amplo arbítrio dos juízes que conduzem o processo de responsabilização de adolescentes (SPOSATO, 2013). Esses fatores fazem com que a lógica tutelar, desmantelada na legislação estatutária, se mantenha viva nas práticas institucionais e jurisdicionais do modelo de responsabilização adotado pelo ECA.

O caráter genérico e aberto das disposições do Estatuto no que tange o direito penal juvenil revela-se notório com o instituto da internação provisória. Parece evidente a equiparação da internação provisória à prisão preventiva, dado que ambos institutos impõem a privação de liberdade no curso do processo de apuração da prática de conduta tipificada penalmente, fundamentada no risco que a liberdade do autor representa para sociedade ou para o processo, e que a remissão às normas de direito penal é permitida pelo artigo 103 do ECA. Não obstante, muitos juristas resistem em afirmar a natureza penal da medida, cujo conceito jurídico permanece indeterminado na jurisprudência. Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) já concluiu que a internação provisória se equipara à tutela antecipada do direito civil³⁸, o que transmite a errônea ideia de que a finalidade do processo de apuração do ato infracional é irremediavelmente a privação de liberdade (LAZZAROTTO *et al*, 2014) - procedimento que era padrão na época dos Juízos de Menores, mas já não é acolhido no sistema da proteção integral.

Nessa toada, numa análise do artigo 122 do ECA³⁹, que prevê as condições para determinação da medida de internação, Saraiva (2005) indica que não há uma definição dos conceitos de reiteração e ato infracional grave, ficando o sentido dessas palavras subordinado ao critério de cada julgador, o que, em última análise, representa uma concessão do legislador ao arbítrio e subjetivismo judiciais. Além disso, segundo o autor, o artigo 122, ao autorizar a internação em caso de violência à pessoa, permitiria a restrição de liberdade em casos de lesão corporal leve, por exemplo, colocando o adolescente em posição desfavorável ao adulto que comete o mesmo fato típico, dado que este responderia pela contravenção perante o Juizado

³⁸ Justifica-se a terminologia a partir dos artigos 198 do ECA e 520 do CPC e da crença de que a privação de liberdade não é sanção, mas uma forma de proteger e educar, ainda que contra a vontade do adolescente. Ver HC nº 338.475/SP e HC nº 346.380/SP.

³⁹ “Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta” (BRASIL, 1990).

Especial Criminal, que possibilita uma resolução do conflito de forma mais pacífica.

Além da abertura textual do artigo 122, outros dispositivos do ECA que tratam sobre a apuração do ato infracional, também abertos, podem ser interpretados de forma discricionária. Um exemplo polêmico é o artigo 179⁴⁰, que prevê a audiência preliminar de apresentação do adolescente ao representante do Ministério Público para uma escuta informal, na qual poderá o procurador arquivar os autos, aplicar remissão ou representar contra o adolescente. No exame do referido artigo, depreende-se que há uma dispensa da presença de defensor neste momento processual, embora o adolescente indubitavelmente fosse se beneficiar do auxílio de uma defesa técnica frente ao MP, já que, nessa ocasião, é interrogado pelo agente ministerial e frequentemente confessa a prática do ato infracional por não ter conhecimento suficiente do procedimento. Ora, se a oitiva do adolescente é elemento imprescindível para a convicção do MP⁴¹, podendo a sua versão dos fatos ser utilizada para embasar a representação, o que atuará em seu desfavor, é imprescindível a presença de um defensor desde o início. Mais do que isso, não havendo presença de advogado para defender o adolescente, é possível que o MP cometa abusos e aplique MSEs afora a remissão, extrapolando a sua competência, o que já foi registrado em julgados, inclusive, e rechaçado pela Súmula 108 do STJ⁴².

A dispensabilidade do defensor também é outorgada pelo ECA durante a audiência de apresentação do adolescente perante o juiz, outro momento processual importantíssimo na apuração do ato infracional. No artigo 186, *caput* e §2^o⁴³, o

⁴⁰ “Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas” (BRASIL, 1990).

⁴¹ A questão da imprescindibilidade da oitiva informal do adolescente para a convicção do MP é discutida na doutrina garantista. Os entendimentos mais apurados apontam que esse momento processual é inconstitucional e está em desacordo com o princípio da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, principalmente o da vedação ao tratamento jurídico mais gravoso que o conferido ao adulto. Disponível em: <https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/BOLETIM_DE_DIREITOS_DA_CRIANCA_E_D_O_ADOL.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2023.

⁴² “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz” (BRASIL, 1994).

⁴³ Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. § 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará

Estatuto dá a entender que somente será exigível a defesa por advogado na audiência de apresentação nos casos passíveis de aplicação de medida restritiva de liberdade. Isto é, o adolescente poderá ser ouvido perante o juiz e receber MSEs sem ser defendido por um profissional habilitado que o oriente e atue em seu favor, sendo-lhe garantido o direito de ser devidamente defendido somente se o ato infracional praticado puder ser punido através da internação. Dessa feita, embora a doutrina entenda que o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária se traduza numa escuta plena e assistida por um defensor constituído, sendo inadmissível a ausência de um defensor durante esse procedimento, a jurisprudência segue em caminho contrário (SHECAIRA, 2008), comprovando que a defesa em processos de apuração de ato infracional é meramente uma formalidade.

Ana Paula Motta Costa (2012) sintetiza a problemática da formalidade da defesa no processo de apuração de ato infracional a partir da ausência de reconhecimento do adolescente como sujeito de direitos individuais. Segundo a autora, a prática jurídica mostra que o advogado atua como um mero acompanhante da instrução processual, exercendo defesa técnica inconsistente, com conteúdo frágil, não havendo uma garantia efetiva de defesa. Além disso, há uma enorme dificuldade de acesso dos adolescentes autores de ato infracional à justiça, especialmente ao duplo grau de jurisdição e aos Tribunais Superiores, que contam com exígua jurisprudência sobre atos infracionais. Nesse sentido, ressalta que a ausência de um contraditório legítimo faz com que a apuração do ato infracional não seja um processo penal de partes, mas do autor, visto que, sem uma defesa, a condição peculiar de desenvolvimento do adolescente é pintada pelo MP como uma característica que atua em seu prejuízo, sobretudo a partir do uso da confissão em audiência preliminar como prova norteadora da condenação. Desta feita, não é possível afirmar que a igualdade na relação processual, direito do adolescente autor de ato infracional pelo artigo 111, II, do Estatuto, é de fato assegurada.

Outrossim, a abertura textual do Estatuto quanto à natureza das MSEs também conduz à ambiguidade de interpretações nas decisões judiciais. Não se olvida, neste trabalho, do caráter penal que permeia as medidas de socioeducação, que se justifica a partir do controle social pelo Estado de comportamentos

defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso” (BRASIL, 1990).

indesejados através da restrição de liberdade e da relação de especificidade do direito penal juvenil ante o direito penal dos adultos. Se o sistema de responsabilidade penal juvenil estabelecido pelo ECA, consoante com a Constituição Federal e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, prevê um sistema de sancionamento de adolescentes autores de atos infracionais articulado pelos princípios gerais do sistema penal e por princípios específicos a esse grupo limitadores da intervenção estatal, o entendimento de que as MSEs são sanções penais é meramente lógico.

Apesar disso, grande parte da doutrina e a maioria dos aplicadores do Direito acredita que as MSEs possuem intuito de política de bem-estar social em função do princípio educativo instituído pelo ECA, acreditando que elas teriam uma função pedagógica, e não retributiva. Visão inculta, visto que, quando se conhece o longo histórico tutelar do país, entende-se que a internação não é solução para a falta de políticas sociais para a infância e juventude. Ingênuo, também, pensar que o debate sociológico acerca da pena seja capaz de, por si só, solucionar a problemática que envolve a criminalidade e a responsabilidade penal juvenil (SARAIVA, 2005). É necessário separar o sentido de educação para a pedagogia e para o direito penal juvenil, visto que o intuito do princípio educativo é a ressocialização do adolescente e a sua educação para a vida em sociedade, isto é, o direcionamento do comportamento infrator ao comportamento legal socialmente esperado (SALAS, 2013).

Ainda no que tange a abertura das normas sancionatórias do sistema penal de adolescentes, surpreende que o artigo 121, §4, do Estatuto⁴⁴ facultou ao juiz a possibilidade de aplicação da medida de liberdade assistida ou semiliberdade após completado o prazo máximo de três anos de cumprimento da internação, sem impor qualquer critério ou limite decisório. Empregue essa norma, seria possível que o adolescente fosse punido pela prática do ato infracional por tempo superior ao limite estabelecido - três anos de internação e mais até três anos de liberdade assistida ou semiliberdade, soma que pode ultrapassar o tempo de prisão no sistema penal adulto (SARAIVA, 2006). Tal disposição autoriza que o Estado disponha de poder punitivo em excesso contra o autor do ato infracional, castigando-o de forma mais

⁴⁴ “Art. 121, § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida” (BRASIL, 1990).

austera do que faria com o adulto cometedor do fato delitivo em iguais condições, o que não procede, considerando que os direitos do cidadão com menos de 18 anos possuem prioridade absoluta e sua observância é obrigatória no momento da condenação.

Essa disposição tinha maior impacto antes do advento da Lei nº 12.594, sancionada em 2012 - isto é, 22 anos depois da promulgação do ECA -, a qual instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). A Lei do SINASE estipula regras específicas sobre o processo de execução de MSE⁴⁵ que orientam e limitam a atuação das autoridades, bem como princípios norteadores da atuação dos magistrados. Acerca da matriz principiológica, expressa no artigo 35 do diploma legal, destaca-se o princípio da legalidade, que prevê que nenhum adolescente poderá receber tratamento mais gravoso que o adulto, da proporcionalidade da ofensa cometida à sanção aplicada, da intervenção mínima e os princípios da brevidade e da excepcionalidade, que pautam todo o ordenamento infantojuvenil e foram aqui ratificados. Destarte, a Lei do SINASE pode ser analisada a partir de dois metaprincípios: a igualdade e a equidade (COSTA, 2013), que, grosso modo, significa que nenhum adolescente receberá sanção não prevista em lei e tratamento mais grave do que o conferido aos adultos, devendo a intervenção judicial ocorrer de forma individualizada conforme as suas circunstâncias pessoais.

Como corolário, pode-se deduzir que a aplicação do §4 do artigo 121 do ECA está vedada, pois vai de encontro com a legislação superveniente. Fazendo um paralelo com a prisão preventiva, a sanção cautelar só será justificada se não transgredir os princípios da proteção do adolescente, expressos no ECA e na Lei do SINASE, sob uma ótica do garantismo penal (SARAIVA, 2006). Infelizmente, muitos juristas da área da infância e juventude possuem dificuldade em compreender e aplicar a Lei nº 12.594/12, que é relativamente nova numa perspectiva legislativa e de mudanças institucionais (COSTA e RUDNICKI, 2016). De qualquer forma, o ordenamento infantojuvenil deve ser sempre interpretado no sentido de redução de danos e resguardo dos direitos da dignidade humana e cidadania dos adolescentes.

A ambiguidade da operabilidade do Estatuto diz respeito à dicotomia entre a

⁴⁵ Frisa-se que a execução da internação provisória se dá nos mesmos moldes que a medida definitiva, de modo que aos adolescentes sujeitos à internação cautelar são cabíveis as regras da Lei do SINASE.

doutrina da proteção integral e a postura tutelar enraizada no judiciário, especialmente na primeira e segunda instâncias (SHECAIRA, 2008), que resulta na dificuldade da doutrina e dos aplicadores do direito em perceber o sistema de responsabilização de adolescentes como penal. Os defensores da ambiguidade, amparados no direito civil, rejeitam o aspecto prisional da internação e postulam que a medida é um bem e protege os adolescentes, portanto, pode ser aplicada sem critérios rígidos, facilitando que esse “bem” chegue a todos os adolescentes pobres e marginalizados. Atendendo à essa lógica, os operadores do direito adeptos da ambiguidade aplicam a internação indiscriminadamente com base numa lógica tutelar, desvirtuando o sentido da proteção integral, e buscando a aplicação de medidas restritivas de direito - e até de liberdade - sob a justificativa de serem benéficas aos adolescentes.

A ambiguidade na apuração de ato infracional do ECA está relacionada com a permanência de resquícios da doutrina da situação irregular, o que conflitua com a proteção integral do adolescente e favorece o não reconhecimento do modelo de responsabilidade de adolescentes como penal. A maior evidência de ambiguidade, no que diz respeito à internação provisória, transparece no final do artigo 174 do Estatuto, que prevê a possibilidade de aplicação da medida para a garantia da segurança pessoal do adolescente, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária⁴⁶. Registre-se, de início, que tal regra está em total desacordo com as normativas internacionais sobre os direitos da criança e contradiz os princípios da proteção integral contidos em toda a legislação estatutária, principalmente o da intervenção mínima. Este princípio, implícito no sistema penal adulto, está expresso na Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁴⁷ e pauta todo o ordenamento infantojuvenil. Assim, apenas poderão ser punidos com restrição de liberdade os fatos típicos mais prejudiciais à sociedade, contanto que se enquadrem nas hipóteses do artigo 122 do ECA e não haja outra forma menos lesiva de controle social (SHECAIRA, 2008). Desse modo, a única forma de pensar a internação provisória é como um mecanismo cautelar de restrição do comportamento delituoso

⁴⁶ “Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1990).

⁴⁷ “Art. 37, ‘b’. Os Estados- partes assegurarão que: [...] nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança, será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado” (ONU, 1990).

que visa resguardar a segurança da sociedade - e não do adolescente, seja ele autor de ato infracional ou não.

Repare-se que, na perspectiva das liberdades individuais, na qual o adolescente é pessoa titular de dignidade e cidadania, não faz sentido algum que o Estado, sob a justificativa de protegê-lo, prive-o de sua liberdade (SARAIVA, 2006). Tendo em conta que o ECA remete as normas de direito penal juvenil ao ordenamento penal dos adultos, a segregação cautelar só será devida quando observados os critérios do artigo 312 do CPP - o que não ocorre na hipótese de internação para assegurar a segurança do adolescente. Igualmente, se a internação provisória é equivalente à prisão preventiva, não pode o cidadão menor de 18 anos ser punido por conduta que, cometida por adultos nas mesmas condições, não incorreriam em segregação (SHECAIRA, 2008).

O legislador, ao prever a possibilidade de internação provisória para garantir a segurança do adolescente, reforçou a concepção tutelar de que as MSEs possuem caráter social e pedagógico, e não aflitivo, como é na realidade, bem como refletiu uma ótica adultocêntrica do princípio do melhor interesse da criança, desprezando a vontade do adolescente - a qual, na hipótese de estar em perigo e precisar da proteção estatal, com certeza não é a restrição do seu direito de ir e vir. Jamais poderá ser determinada a reclusão de adolescente com o intuito de protegê-lo, eis que, para tanto, deve optar-se pelas medidas protetivas dispostas no artigo 101 do Estatuto. Assim, a previsão de segregação cautelar para a garantia da segurança do adolescente deve ser totalmente desconsiderada, interpretando-se o artigo 174 a partir da ótica da proteção integral e da Convenção dos Direitos da Criança.

Com efeito, a melhor doutrina já tem assinalado a sedimentação de uma crise de interpretação do Estatuto (MÉNDEZ, 2006), que se estrutura na leitura subjetiva e discricionária do sistema garantista previsto pelo ECA e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Tal crise se identifica justamente nas brechas do texto estatutário, que permitem leituras diversas do sentido garantista pretendido pelo legislador. Ora, se o texto do Estatuto é aberto e ambíguo, não há dúvidas que o intérprete, ao realizar a tarefa hermenêutica, fará uma análise da norma com base naquilo que quer compreender. Por isso é que se afirma, neste trabalho, que é através das lacunas do ECA que se introduzem discricionariedades e interpretações neomenoristas, e que esses espaços não servem ao intuito de permitir a aplicação

de medidas menos gravosas ao adolescente, pelo contrário.

Admite-se, sim, que o sistema jurídico não é capaz de limitar por completo a discricionariedade do intérprete da lei, visto que o juiz não é, como diria Montesquieu, mera “boca de lei”, e ao valorar a prova e fundamentar suas decisões, imiscui sua própria opinião e modo de pensar. Todavia, no caso do ECA, o legislador deixou muitos espaços de discricionariedade aos juízes, abrindo caminho para que depositem em suas decisões as próprias convicções a bel prazer, possibilitando análises antigarantistas da legislação e restrição de direitos dos adolescentes. Os juízes que reproduzem a lógica menorista utilizam critérios subjetivos em suas decisões em detrimento da previsão normativa como critério exclusivo e exaustivo.

Orienta Sposato (2013) que a subjetividade do juiz está contida em dois processos: primeiro, na definição dos indícios de autoria e materialidade dos fatos, que normalmente se baseiam na “personalidade delitiva” do autor, utilizando critérios como a periculosidade social do adolescente, suas condições pessoais e a reincidência; e, segundo, na fundamentação das decisões que aplicam medidas restritivas de direitos, que partem de uma análise valorativa, abarcando suspeitas e preconceitos. Assim, o juiz deixa de vincular-se ao dever de verificar empiricamente a ocorrência dos fatos do caso concreto e de julgar com base em critérios de qualificação penal definidos, sustentando sua atuação no próprio poder de autoridade judicial. Daí é que se diz que o juiz foge de sua competência estritamente jurídica para ser também o pai corretor, o pedagogo, o justiceiro social, assim como era no sistema da doutrina da situação irregular.

Em alusão aos ensinamentos de Ferrajoli, Sposato (2013, p. 100) descreve que o principal problema de um sistema garantista é estabelecer “técnicas de decidibilidade no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático-operacional”. Isto é, devem ser criadas condições para que as margens da discricionariedade permitidas pela legislação sejam limitadas a fim de que o juiz não as preencha com discricionariedade no campo da análise do caso concreto, vinculando-se à verdade material do processo.

Dessa forma, tendo demonstrado a abertura das normas estatutárias relativas à internação provisória e a ambiguidade de sentidos do sistema de responsabilidade juvenil, elementos que culminam nas lacunas textuais do ECA, por entre as quais se inserem discricionariedades e interpretações menoristas, passa-se à análise entre os

institutos da prisão preventiva, tema do capítulo anterior, e da internação provisória, aqui explicada em sua totalidade.

3 COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA PRISÃO PREVENTIVA E A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA: HÁ UMA RESTRIÇÃO DE DIREITOS MAIOR NO CASO DOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO?

A internação provisória aplicada a adolescentes no processo de apuração de ato infracional é equivalente à prisão preventiva decretada no processo penal, vez que ambas as medidas consistem na privação de liberdade do réu no curso do processo, possuem caráter provisório e excepcional e estruturas similares, acrescidas, na internação, as especificidades que adequam a medida à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do acusado menor de 18 anos. É de se lembrar que a Constituição Federal, o ECA e a Convenção dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, conferem a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, reconhecendo-lhes como sujeitos titulares de direitos, deveres e cidadania. Logo, são possuidores de direitos e garantias relacionados à dignidade da pessoa humana, comuns a todos, e de direitos específicos, relacionados à condição peculiar de desenvolvimento e aprendizagem inerentes a essa etapa da vida. No tocante ao modelo de responsabilidade juvenil, repise-se que o ECA autoriza a remissão à legislação penal, devendo as normas e garantias previstas na legislação penal adulta serem ampliadas aos adolescentes autores de atos infracionais, no que couber, sempre a fim de promover tratamento jurídico mais favorável, respeitados os princípios da proteção integral.

Contudo, o que se verifica é que a legislação estatutária, através das lacunas, da abertura textual e das disposições que reproduzem a lógica tutelar, restringe o alcance dos direitos e garantias processuais penais aos adolescentes, permitindo que na prática eles recebam tratamento mais gravoso do que recebem os adultos presos preventivamente, em sentido contrário à doutrina proteção integral. Igualmente, os espaços do Estatuto permitem uma exagerada margem de discricionariedade aos juízes, o que favorece a subjetividade do magistrado em detrimento de critérios normativos exaustivos para a aplicação da internação

provisória, possibilitando a propagação de interpretações minoristas e a banalização da medida, que é determinada como procedimento de praxe.

Além disso, embora haja um uso excessivo de ambas as medidas, é incontestável que os requisitos para decretação da prisão preventiva são mais restritos do que os que regulam a aplicação da internação provisória, o que possibilita que no sistema penal adulto haja uma proteção maior das garantias processuais penais que asseguram o direito à plena defesa do réu, as quais não são reconhecidas em sua integralidade aos adolescentes acusados da prática de ato infracional. Desta feita, passa-se à comparação de cada requisito necessário para a determinação das medidas restritivas de liberdade provisórias para adultos e adolescentes, como forma de diferenciar que o sistema de responsabilização juvenil confere tratamento mais gravoso aos adolescentes, quanto às garantias processuais, do que receberiam os adultos nas mesmas condições.

Retomando-se os conceitos trabalhados nos capítulos anteriores, repete-se, resumidamente, que as hipóteses em que é cabível a privação de liberdade processual em cada sistema, o artigo 313 do CPP é taxativo e específica, nos incisos I e III, em quais tipos de crimes é possível decretar a prisão preventiva (crimes dolosos puníveis com pena superior a quatro anos e que envolvam violência doméstica e familiar), enquanto o artigo 122 do ECA é abrangente e prevê, no inciso I, a internação para crimes com violência ou grave ameaça à pessoa. Veja-se, a disposição do ECA é mais restritiva de direitos na medida em que autoriza a aplicação da medida em crimes culposos, em oposição ao CPP, e, por ser genérica, possibilita a interpretação extensiva do conceito de violência para tipos penais que não possuem essa característica, como o tráfico de drogas, ampliando a incidência da norma. Nessa linha, já foi averiguada uma relativização do critério da violência ou grave ameaça à pessoa como requisito para determinação internação provisória em decisões do STJ e do TJRS, visando ampliar a incidência da norma para decretar a internação provisória de adolescentes acusados da prática de tráfico de drogas⁴⁸ (CORNELIUS, 2014).

Para mais, ambos os sistemas penais estabelecem a possibilidade de

⁴⁸ Embora a Súmula do 492 do STJ sustente que o tráfico de drogas não conduz necessariamente à MSE de internação, de acordo com a pesquisa mencionada, há divergência entre as decisões daquele Tribunal Superior, que não aplica a Súmula em todos os casos.

restrição de liberdade provisória quando há reiteração delitiva, no entanto, no direito penal adulto a reiteração deve ser de crime doloso apreciado em sentença condenatória já transitada em julgado, o que estreita a possibilidade de decretação da prisão preventiva sob essa hipótese. No direito penal juvenil a reiteração é de qualquer infração “grave”, ficando a avaliação da “gravidade” do ato infracional à cargo da subjetividade de cada juiz, visto que o ECA não especifica quais são os tipos penais considerados graves pelo legislador. Frise-se que esse critério é extremamente intangível e, algumas vezes, juízes menos preparados evocam a gravidade abstrata do delito para determinar a medida, o que é expressamente vedado pelo STJ, que demanda embasamento em fatos novos e contemporâneos para decretação de medida restritiva de liberdade⁴⁹. O Estatuto também não esclarece se a constatação de reiteração da conduta restringe-se a atos infracionais apurados em sentença condenatória transitada em julgado ou se também inclui registros policiais e representações.

Os pressupostos probatórios para determinação do aprisionamento provisório também são mais restritos no sistema penal adulto, porque a prisão preventiva exige prova da materialidade e indícios de autoria, e a internação provisória requer, tanto para a materialidade quanto para a autoria, meros indícios, conforme indicado no parágrafo único do artigo 108 do ECA. Ou seja, da leitura da norma pode-se inferir que o legislador autoriza que a medida seja aplicada ainda que haja dúvida quanto à existência fática do ato infracional, o que não possui o menor cabimento e induz à lógica do processo penal inquisitório⁵⁰, o que não se admite no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o CPP impõe como pressuposto probatório da prisão preventiva a comprovação de que a liberdade do acusado representa perigo para sociedade e para o normal andamento do processo penal, que é o que motiva e dá fundamento

⁴⁹ A título de exemplo, veja-se os julgados do STJ no HC n. 511993/SP, no AgRg no RHC 93649/SP, HC 420703/SP e HC 418654/SP, nos quais foi revogada a internação provisória decretada pelo juiz de primeira instância com base na gravidade abstrata do delito.

⁵⁰ O sistema processual penal inquisitório é aquele em que o juiz tem amplos poderes e exerce as funções de investigar, acusar e condenar, logo, não há imparcialidade, tampouco efetivo contraditório. Era presente na época da inquisição da igreja católica, com os tribunais eclesiásticos, e não condiz com um Estado Democrático de Direito. No sistema acusatório, as partes desempenham diferentes funções e o processo é angularizado (autor, réu e juiz), sendo o juiz a parte imparcial. O sistema adotado no Brasil, assim como demais países na atualidade, é o misto: durante a instrução, é inquisitivo, durante os debates, acusatório, sendo dominado em ambas as fases pelo princípio do livre-convencimento (FERRAJOLI, 2002).

às prisões cautelares. Ainda, o perigo na liberdade do acusado deve ser real, atual e vinculado a um dos pressupostos cautelares previstos no artigo 312, devendo tais requisitos constarem de modo concreto e objetivo na decisão que decreta a medida. Por outro lado, não há nenhuma previsão nesse sentido no ECA, que sequer exige motivação cautelar para aplicação da internação provisória.

Observe-se que o artigo 174 do Estatuto, que prevê a possibilidade de internação provisória, menciona apenas a verificação da “gravidade do ato infracional” e a sua “repercussão social” (BRASIL, 1990). A problemática da constatação da gravidade do ato infracional já foi criticada acima, de modo que se atentará para o preceito da repercussão social. Esse critério é totalmente desprovido de embasamento cautelar e, por isso, inconstitucional, visto que não é fundamento para a intervenção estatal no direito fundamental e inviolável à liberdade do inocente. Igualmente, porque presume que o sistema de justiça penal possa ser manipulado pela mídia e pelo desejo de vingança das massas, desvinculando, nessa hipótese, a intervenção estatal da adequação às diretrizes constitucionais e legais. Outrossim, essa concepção reproduz a ideia de que os adolescentes são os grandes responsáveis pela criminalidade, demonizando essa parcela da população, que está em perigo ou é perigosa (BUDÓ, 2013), como se eles devessem ser contidos a qualquer custo, inclusive mediante a violação da Constituição.

Salienta-se, ainda, que além da legislação estatutária não demandar a comprovação do perigo na liberdade do acusado, o artigo 174 do ECA elege como um dos preceitos para determinação da internação provisória a necessidade da manutenção da ordem pública - justamente o pressuposto cautelar mais vago e genérico do direito penal adulto que, conforme argumentado no primeiro capítulo deste trabalho, é ilegítimo para fundamentar a reclusão provisória de um inocente, dado que não possui finalidade cautelar e afronta, sem justificativa suficiente, os princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo penal.

O segundo preceito para a internação provisória do adolescente é a necessidade da medida para a garantia de sua segurança pessoal, hipótese intolerável no sistema penal adulto e que não possui nenhum amparo constitucional e legal. Inclusive, esse preceito está em desacordo com as demais normas do próprio Estatuto, que prevê, no artigo 110, que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal e lista, no artigo 101, uma série de

medidas protetivas para a criança e o adolescente cujos direitos forem ameaçados ou violados. A possibilidade de internação provisória para a proteção do adolescente concede ao Estado injustificado poder sobre a liberdade dos adolescentes que, na hipótese, deveriam ser beneficiados com a proteção estatal, e não serem privados, forçosamente, de exercer o direito de ir e vir. Conforme foi visto, esse é um dos piores resquícios da doutrina da situação irregular que persiste no sistema de responsabilização de adolescentes e dificulta o reconhecimento, pelos aplicadores do direito, do caráter penal da internação provisória.

Nessa toada, na medida em que o CPP é contundente em firmar a comprovação da necessidade cautelar-instrumental na decisão que decreta a prisão preventiva, o Estatuto não estabelece qual é a finalidade da internação provisória, limitando-se a indicar, vagamente, a viabilidade da medida quando houver uma “necessidade imperiosa” (BRASIL, 1990), novamente delegando ao juiz a tarefa de determinar os casos em que medida é necessária. Se a internação provisória não tem finalidade cautelar, o que fundamenta a intervenção estatal no direito fundamental à liberdade do adolescente? Parece que, sem a contraposição de um direito fundamental tão importante quanto, o qual só pode ser protegido com a restrição temporária e proporcional da liberdade do acusado, como é o direito à efetividade da persecução penal no sistema dos adultos, a internação provisória torna-se, na verdade, uma pena antecipada, como bem apontou Ferrajoli (2002).

É cediço que a prerrogativa do Estado de poder intervir nos direitos fundamentais dos cidadãos deve ser autorizada constitucionalmente, devidamente limitada por lei e respeitar os princípios constitucionais da presunção da inocência, legalidade e proporcionalidade, sob pena de ilegitimidade da intervenção estatal. No caso da internação provisória, pode-se interpretar que a intervenção afronta as limitações em questão, podendo ser considerada ilegítima, visto que o texto legal do ECA: a) não estabelece com rigor as hipóteses em que a medida é aplicável, b) não exige prova da materialidade do ato infracional; c) não fundamenta a possibilidade da medida na comprovação do perigo que a liberdade do acusado representa para o processo e para a sociedade, citando genericamente a gravidade e a repercussão social do ato infracional; d) baseia a hipótese da decretação da medida em preceitos inconstitucionais, como a manutenção da ordem pública e a garantia da segurança pessoal do adolescente; e e) não indica qual é a finalidade da internação provisória,

citando genericamente a constatação de ser imperiosa a necessidade da medida - elementos que não constituem limite suficiente à intervenção estatal nos direitos fundamentais do adolescente, que são objeto de proteção integral.

Nessa perspectiva, é incontestável que os requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva são mais específicos do que aqueles necessários para determinação da internação provisória, o que se confirma a partir do contraste entre os institutos, conforme discriminado na tabela abaixo.

Tabela 1. Quadro comparativo entre Internação Provisória e Prisão Preventiva

	Internação Provisória	Prisão Preventiva
Hipóteses	ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, reiteração de outras infrações graves ou o descumprimento reiterado e injustificado de outra MSE	crime doloso punível com pena superior a quatro anos; reiteração de crime doloso, crime que envolva violência doméstica e familiar e descumprimento de outra medida cautelar
Pressupostos probatórios	indícios de materialidade e de autoria	prova da materialidade e indícios de autoria
Preceitos x pressupostos cautelares	gravidade do ato infracional, repercussão social e necessidade de manutenção da ordem pública	conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, risco à ordem pública e à ordem econômica
Fundamento	necessidade imperiosa da medida	necessidade instrumental-cautelar

Fonte: elaborada pela autora

Desse modo, não resta dúvidas que o Estatuto, através dos dispositivos abertos, ambíguos e genéricos, permite ampla discricionariedade dos juízes na aplicação da internação provisória, o que, em última análise, favorece a privação de liberdade do inocente quando este ainda não atingiu a maioridade. Ainda que os espaços discricionários presentes no ECA foram pensados pelo legislador como forma de permitir ao juiz a aplicação de sanção menos gravosa diante do caso concreto, fato é que o histórico tutelar e menorista brasileiro favorece interpretações mais punitivistas. É indispensável frisar que a imprecisão dos requisitos no sistema

penal juvenil implica na menor cobrança de que as decisões sejam bem fundamentadas, o que também contribui para a banalização da internação provisória.

Veja-se, no sistema penal adulto, é requerido que as decisões que decretam a prisão preventiva conttenham motivação cautelar, demonstrando a prova da materialidade do crime, os indícios da autoria e evidências atuais que comprovem que manter o acusado em liberdade durante a fase de investigação ou instrução representa perigo real à sociedade e ao andamento do processo, por necessidade de assegurar a conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei penal, a ordem pública ou econômica. A necessidade do aprisionamento provisório deve ser fundamentada em fatos novos e contemporâneos, de forma objetiva, circunstanciada e personalizada, respeitados os critérios do artigo 315 do CPP, sob pena de nulidade. Ainda, de acordo com a legislação processual penal, o magistrado que decreta a prisão provisória deve justificar a necessidade dessa medida e não de uma medida cautelar alternativa, capaz de assegurar o fim instrumental-cautelar e menos restritiva de direitos.

Sob essa ótica, embora o dever de motivação e fundamentação das decisões seja imposto pela CF, tendo especial relevância na seara penal, a ausência de requisitos legais estritamente definidos que direcionem o ato de decidir é fator limitante ao fiel cumprimento desse encargo constitucional. Ademais, foi demonstrado, no decorrer do trabalho, que a exigência de motivação e fundamentação das decisões judiciais assegura o reconhecimento das garantias e dos direitos relativos à defesa do acusado, visto que é condição para que a matéria possa ser objeto do contraditório.

Nessa linha, para que o réu consiga efetivamente proteger o seu direito à liberdade, sujeito à limitação no aprisionamento provisório, devem ser observadas as garantias processuais penais relativas ao direito à defesa. À vista disso, o tratamento jurídico conferido às partes deve ser equitativo, garantindo-se que o réu seja assistido por defensor habilitado, com conhecimentos técnicos e que atue em todos os procedimentos de forma efetiva, ativa e plena, pautando-se pelo interesse de liberdade do ofendido, com capacidade de afetar o curso do processo e as decisões judiciais. Ademais, deve ser viabilizada a autodefesa do réu, garantindo-se a entrevista prévia com o defensor em todos os atos processuais e a obediência à não

autoincriminação. Repise-se que a ampla defesa do réu é condição da validade do processo penal, visto que a insuficiência ou ausência da defesa implica nulidade absoluta.

No entanto, como as hipóteses legais da internação provisória são amplas, isso permite uma fundamentação menos aprofundada sobre a necessidade imperiosa da medida pela acusação, de modo que a defesa tem prejudicada a sua capacidade de contrapor os argumentos. Outrossim, constatou-se que no direito penal juvenil não há um total reconhecimento das garantias processuais penais, sendo o direito à plena defesa do adolescente acusado da prática de um ato infracional mitigado. Em primeiro lugar, porque as disposições do ECA quanto à apuração do ato infracional são, *lato sensu*, genéricas, vagas e ambíguas, o que conduz a decisões insuficientemente fundamentadas e, por conseguinte, na minimização do contraditório e paridade de armas do réu adolescente. Em segundo, porque há previsões estatutárias que expressamente limitam o direito à defesa do acusado, como a dispensabilidade do defensor na oitiva informal com o MP e na audiência de apresentação de adolescente que praticou ato infracional em que não é autorizada MSE restritiva de liberdade, o que está em total desacordo com a doutrina da proteção integral e as garantias processuais penais. Por fim, esses fatores, somados à falta de reconhecimento explícito do caráter penal do modelo de responsabilidade juvenil e ao adultocentrismo no processo de apuração de ato infracional, que reduz o adolescente à posição de objeto de proteção, e não de réu em paridade com a acusação, tornam a atividade defensiva uma mera formalidade, e não um direito plenamente respeitado.

Por tudo isso, afirma-se que, considerando a legislação processual penal sobre privação de liberdade provisória nos sistemas adulto e juvenil, há um tratamento processual mais gravoso conferido aos acusados adolescentes. Não se desconsidera, neste trabalho, as importantes problemáticas que envolvem a prisão preventiva e a lógica punitivista do sistema de justiça penal como um todo, contudo, é notório que o CPP determina com maior precisão os limites da intervenção na liberdade do inocente e, conseqüentemente, proporciona uma defesa mais plena em comparação ao sistema de responsabilização juvenil. Diversamente, já foi demonstrado, a internação provisória não possui definição e delimitação concretas na lei estatutária, o que prejudica a paridade de armas, eis que há uma inegável

valorização da acusação em detrimento da defesa, e permite vasta discricionariedade dos juízes nas decisões que aplicam a medida. Visando corroborar essa perspectiva, no próximo tópico serão analisadas as decisões que aplicam a internação provisória no processo de apuração de ato infracional.

3.1 Análise jurisprudencial das decisões do TJRS que determinam a internação provisória na apuração de atos infracionais entre o período de 2020 a 2022

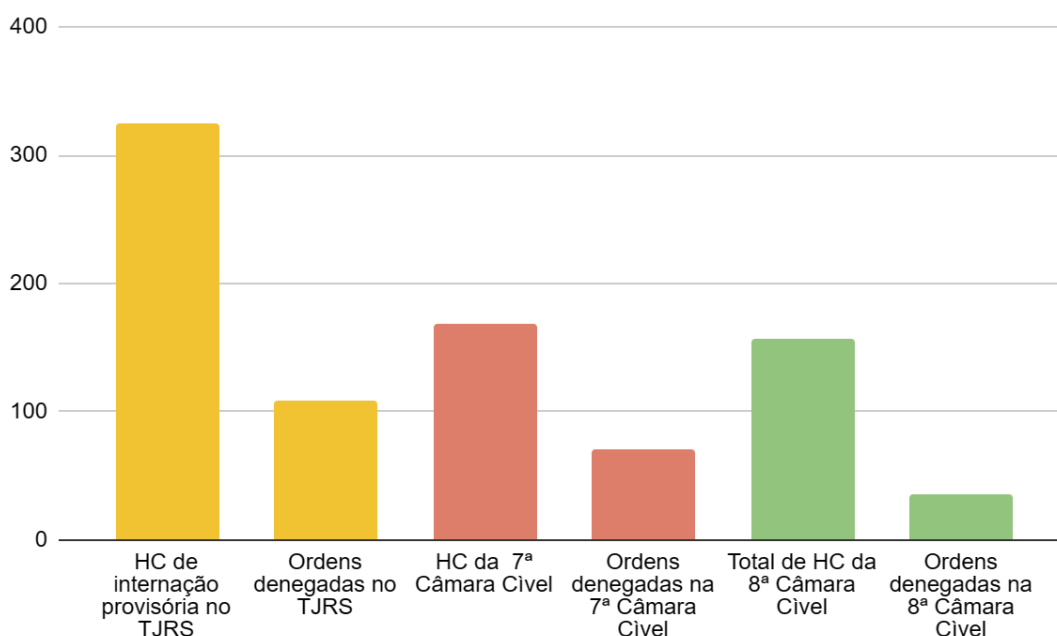
A pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho é exploratória e quantitativa. Objetiva descobrir quais são os casos em que a internação provisória é aplicada no Rio Grande do Sul, quais os requisitos que os julgadores selecionam para determinar a imposição da medida e os fundamentos que utilizam nas decisões, tendo em vista que o ECA pouco estabelece nesse sentido e concede ampla margem de interpretação para o julgador. Escolheu-se o período compreendido entre os anos de 2020 e 2022 como marco temporal, visando trazer dados recentes sobre internação provisória, sopesando que as informações nacionais sobre o número de adolescentes internados estão desatualizadas e não se encontrou um estudo particularizado sobre os julgados referentes à internação provisória no Rio Grande do Sul. Foram examinadas as decisões da Sétima e a Oitava Câmaras Cíveis do TJRS, responsáveis pelo julgamento de Habeas Corpus relacionados a atos infracionais no segundo grau de jurisdição no Estado do Rio Grande do Sul⁵¹. As palavras-chave utilizadas na pesquisa foram “internação provisória” e “denegada”, a fim de contabilizar a quantidade de HC referentes à privação de liberdade processual de adolescentes que foram julgados e em quantas decisões e acórdãos a ordem foi denegada pelos desembargadores, mantendo-se a medida.

No período estabelecido, foram encontrados no total 325 processos referentes a Habeas Corpus e internação provisória, sendo que em 108 desses a ordem não foi concedida (32,9%). Cumpre referir que houve diferença importante no número de recursos em que a internação foi mantida nas duas Câmaras Cíveis: na

⁵¹ A distribuição dos processos referentes à apuração de atos infracionais compete à organização judiciária de cada Tribunal, de modo que, no Brasil, conforme o Estado, o julgamento de recursos atinentes a essa matéria poderá ser feito por câmaras cíveis ou criminais.

Sétima, foram recebidos 169 Habeas Corpus e, desses, em 71 a ordem foi denegada (42,2%), enquanto na Oitava, de 157 Habeas Corpus, apenas 36 tiveram a ordem denegada (22,9%). Quanto aos Habeas Corpus cuja ordem não foi denegada, cabe destacar que em 119 deles (36,6%) - 65 e 54 na Sétima e Oitava Câmaras Cíveis, respectivamente - houve perda de objeto devido à decretação de MSE de internação em sentença condenatória, restando prejudicada a análise do recurso. Depreende-se, portanto, que menos da metade dos Habeas Corpus referentes à internação provisória julgados no TJRS revogaram a medida restritiva de liberdade.

Gráfico 1. Comparação do número total de Habeas Corpus referentes à internação provisória julgados no TJRS, na Sétima e na Oitava Câmaras Cíveis durante o período de 2020 a 2022



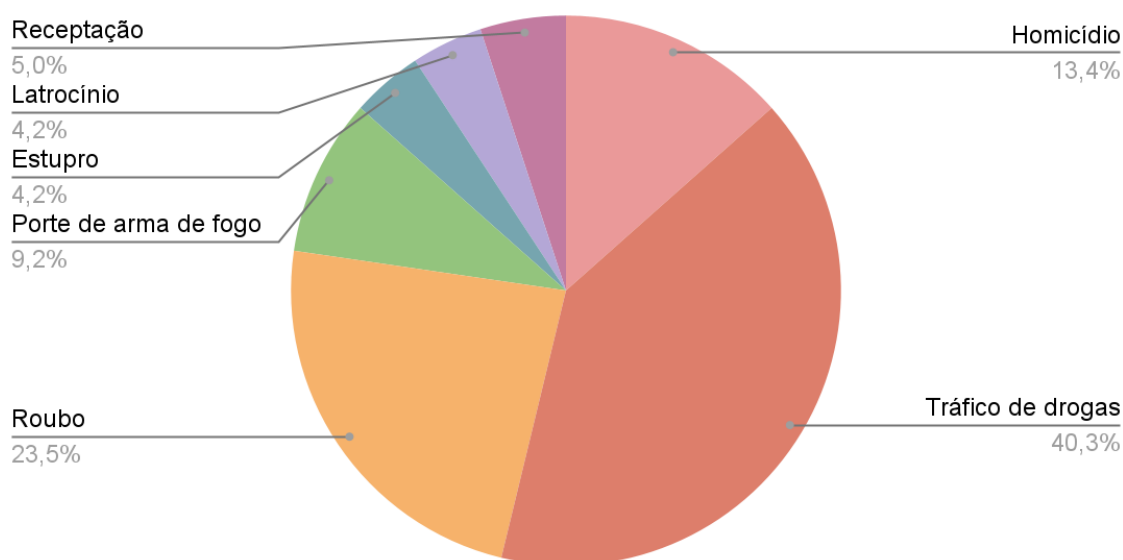
Fonte: elaborado pela autora

Entre as decisões que denegaram o Habeas Corpus, foram 40 decisões monocráticas e 61 acórdãos com decisão unânime, sendo que em apenas sete acórdãos o julgamento foi por maioria. A discordância foi entre os desembargadores da Oitava Câmara Cível: em cinco acórdãos o relator havia concedido a ordem de soltura, mas foi vencido, e em dois acórdãos houve voto divergente. Sem embargo, nota-se um número alto de decisões mantendo a internação provisória decretada na origem e pouca divergência entre os desembargadores, podendo-se concluir que há uma posição consolidada na Sétima e Oitava Câmaras Cíveis quanto aos critérios e

casos em que a medida é cabível.

Nessa linha, os principais atos infracionais⁵² atribuídos aos adolescentes internados provisoriamente foram tráfico de drogas (48 ocorrências), roubo (28 ocorrências), homicídio consumado e tentado (16 ocorrências), porte ilegal de arma de fogo (11 ocorrências), receptação (seis ocorrências), estupro (cinco ocorrências) e latrocínio consumado e tentado (cinco ocorrências). Outros atos infracionais, com menor incidência e que, portanto, não constam individualmente na tabela abaixo, foram ameaça (quatro ocorrências), lesão (três ocorrências), furto (duas ocorrências), direção sem habilitação (duas ocorrências), violação à domicílio (uma ocorrência), incêndio (uma ocorrência) e maus-tratos (uma ocorrência).

Gráfico 2. Principais atos infracionais atribuídos aos adolescentes submetidos à internação provisória conforme decisões do TJRS no período de 2020 a 2022



Fonte: elaborado pela autora

Surpreende que a internação provisória tenha sido mantida no segundo grau de jurisdição em casos em que os tipos penais atribuídos os acusados não são caracterizados pela violência ou grave ameaça à pessoa - ameaça, receptação, porte ilegal de arma de fogo, furto etc -, em que pese a clareza do inciso I do artigo 122, do ECA. Para mais, assombra que a grande maioria das internações

⁵² Incluiu-se, na conta, o concurso de atos infracionais (ex.: ameaça e lesão, receptação e porte de arma de fogo, etc), desconsiderando-se os atos infracionais majorados (ex. no caso de roubo com emprego de arma de fogo, considerou-se na conta apenas o roubo).

provisórias sejam determinadas a partir da suspeita de prática de tráfico de drogas, ato infracional com maior incidência entre a juventude brasileira, conforme o último Levantamento do SINASE (BRASIL, 2019) e que já foi considerado, pela Recomendação n. 182 Organização Internacional do Trabalho, uma das piores formas de trabalho infantil⁵³ (BRASIL, 2000). A alegação da gravidade abstrata do delito do tráfico de drogas é considerada insuficiente pelo STJ para decretar a privação de liberdade provisória no sistema penal adulto (BRASIL, 2022), o que também deveria ser aplicado em relação ao adolescente.

Infere-se, portanto, que o conceito de violência ou grave ameaça à pessoa foi ampliado em detrimento do réu, visando alcançar a medida excepcional além do que é permitido pela legislação estatutária, o que é absolutamente proibido em matéria penal. Reitera-se que, tratando-se de medidas de caráter penal e restritivas de liberdade, é imprescindível que o poder de interferência do Estado nos direitos fundamentais dos cidadãos seja restrito às hipóteses legais e as decisões que aplicam tais medidas conformem-se integralmente com os requisitos estabelecidos pela lei, sob pena de ilegitimidade da intervenção estatal. Tal deve ser cumprido com especial rigor quando a medida é imposta à pessoa que se encontra na fase peculiar de desenvolvimento e aprendizagem, cujos direitos devem ser tutelados com prioridade absoluta. Logo, considerando a legislação estatutária, estaria desautorizada a internação provisória de adolescentes acusados da prática de tráfico de drogas e demais atos infracionais que não sejam cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o que não foi estritamente observado pelos desembargadores da Sétima e Oitava Câmaras Cíveis do TJRS.

Deve-se atentar, ainda, que a internação provisória não pode ser aplicada quando as condições de cometimento do ato infracional não autorizam a imposição de medida socioeducativa de internação após a sentença condenatória, em consonância com o direito penal adulto. Veja-se, não é razoável que um inocente permaneça recluso durante toda a instrução processual para, depois, receber

⁵³ Não pode-se negar que o tráfico de drogas é um mercado que possibilita a circulação financeira e obtenção renda nas periferias. O aliciamento para o tráfico de drogas é extremamente danoso para a sociedade e a juventude pobre e preta, alvo da necropolítica, mas, por outro lado, possibilita que os adolescentes contribuam para a manutenção de suas famílias e tenham acesso a bens de consumo que não estariam disponíveis a eles. O dinheiro fácil vindo do tráfico de drogas é especialmente atrativo nessa fase da vida, marcada pela rebeldia, necessidade de reconhecimento dos pares e desejo por autonomia. Por isso, o entendimento internacional é de que visualize-se o tráfico de drogas também como uma forma de trabalho infantil.

remissão ou medida socioeducativa em liberdade, o que deve acontecer justamente nos atos infracionais menos lesivos - atente-se que, fosse o acusado adulto, o procedimento seria de competência do Juizado Especial Criminal, que propicia um tratamento menos severo. Nessa linha, o Estatuto impõe, no §2 do artigo 122 (BRASIL, 1990), que a internação jamais poderá ser aplicada quando for cabível outra medida socioeducativa, condicionando a intervenção estatal aos princípios da brevidade e excepcionalidade, o que não mostrou ser o caso nos julgados analisados, em que a internação provisória foi aplicada independentemente da gravidade do ato infracional, em flagrante desrespeito às normas estatutárias e processuais penais.

Verificou-se, assim, que não foi construído um critério jurisprudencial fidedigno para aferir a gravidade do ato infracional, dado que, para os desembargadores da Sétima e Oitava Câmaras Cíveis, todo tipo penal pode ser considerado ato infracional grave. Dessa forma, constata-se que houve uma mitigação dos requisitos do parágrafo único do artigo 108 do ECA na medida em que, presentes os indícios de materialidade e autoria, autoriza-se a aplicação da medida excepcional, independentemente do ato infracional praticado, visto que os demais requisitos - gravidade do ato infracional e necessidade imperiosa da medida - são subjetivos e moldáveis à vontade do juiz.

Nessa acepção, os fundamentos empregados pelos desembargadores para manter a internação provisória foram a necessidade de proteção do acusado (30 ocorrências) e de manutenção da ordem pública (65 ocorrências), nos termos do artigo 174 do ECA. Destaca-se que a justificativa de proteção da segurança pessoal adolescente, quando utilizada, foi concomitante com a manutenção da ordem pública. Foi encontrado um único acórdão em que a medida foi imposta e mantida com finalidade cautelar⁵⁴.

Já esclareceu-se, neste trabalho, a incompatibilidade da internação provisória com a necessidade de garantia da segurança pessoal do adolescente. O aprisionamento provisório possui caráter evidentemente cautelar-penal, visto que

⁵⁴ A cautelaridade da manutenção da internação provisória está evidenciada no acórdão, no qual consta que a decisão atacada pela defesa “determinou a inspeção das tatuagens do paciente, sob pena de ser ‘determinada a internação provisória para fins de garantia de instrução processual’”. Em seu voto, o relator denegou a ordem para permitir a inspeção judicial. Habeas Corpus Cível, Nº 50656445720218217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 07-10-2021” (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

consiste na intervenção estatal na esfera das liberdades individuais do sujeito diante da imposição de se assegurar a persecução penal, logo, é medida restritiva de direitos, e não protetiva de direitos. Outrossim, conforme mencionado anteriormente, há um rol de medidas específicas para proteger os direitos do adolescente, as quais são preferíveis, não tendo a internação condão para atingir esse fim. Aliás, foi defendido que a internação com finalidade protetiva é manifestamente inconstitucional, eis que afronta a garantia do devido processo legal e a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, impondo-lhe tratamento jurídico mais gravoso do que o conferido ao adulto nas mesmas condições, o que é inaceitável.

Ademais, é absurdo pensar que a privação de liberdade provisória possa ser determinada sob a justificativa de proteger a sociedade (garantia da ordem pública) e o adolescente (garantia da segurança pessoal), de forma concomitante, dado que essas ideias divergem entre si. Por um lado, a proteção do adolescente não pode passar pela sua privação de liberdade na esfera socioeducativa, visto que existem medidas protetivas próprias para isso, assim como programas para adolescentes em risco de morte. Por outro, a garantia da ordem pública, em que pese mencionada no artigo 174 do ECA, é um preceito extremamente genérico e, conseqüentemente, não possui força dialética suficiente para embasar a decretação de uma medida excepcional como a internação provisória contra adolescente, cujos direitos devem ser protegidos com prioridade por determinação constitucional. O direito penal juvenil é fundamentado na proteção integral dos direitos infantojuvenis e deve ser obrigatoriamente garantista, não podendo o magistrado se apoiar na vagueza das disposições do Estatuto em prejuízo dos direitos do adolescente. Igualmente, não é possível importar do direito penal adulto institutos que atuam em desfavor do réu, como acontece com o risco à ordem pública, mas sim as garantias, justamente para que os adolescentes tenham um tratamento mais benéfico.

Igualmente ilegítima é a adoção do pressuposto do risco à ordem pública no direito penal juvenil, visto que também não possui finalidade cautelar, a qual é condicionante da privação de liberdade processual. Sendo assim, a partir da utilização da garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da internação provisória há uma presunção de culpabilidade do adolescente, ao qual é imposta uma pena antecipada. Reitera-se que esse conceito é extremamente vago,

indeterminado e sugere a imutabilidade da situação que ensejou a determinação da medida, o que impossibilita o exercício da ampla defesa. Nesse sentido, a necessidade de manutenção da ordem pública foi moldada nos acórdãos conforme a visão pessoal dos desembargadores, majoritariamente punitivista, de maneira a expandir a intervenção do Estado sobre o direito do acusado em responder ao processo em liberdade, que restou subordinado ao arbítrio judicial. Destarte, o uso excessivo da justificativa de garantia da ordem pública nos julgados contradiz a proteção integral do ECA, pois estende a medida a casos em que ela não seria aceitável e implica na ingerência do poder punitivo do Estado sobre a liberdade do adolescente, responsabilizando-o pelo cometimento do ato infracional antes mesmo de sua suposta culpa ser aferida em sentença transitada em julgado.

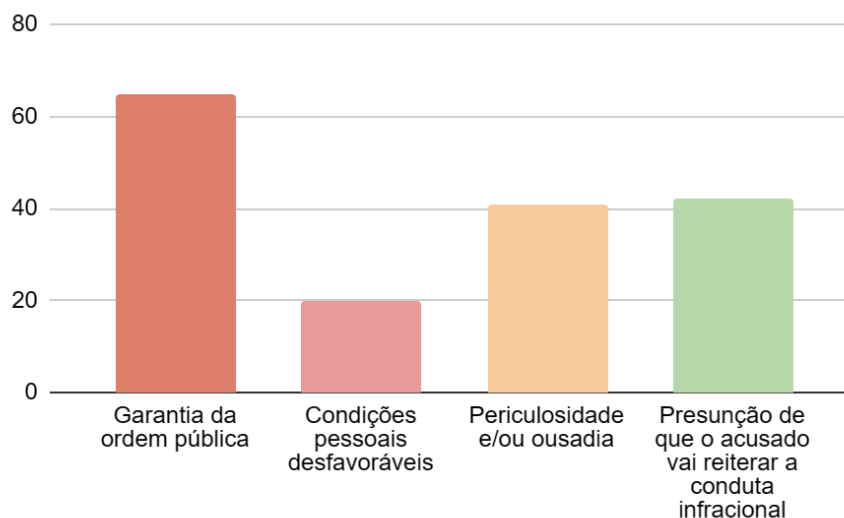
De tal maneira, as decisões que se fundamentaram na necessidade da manutenção da ordem pública trouxeram, como critério de análise, a periculosidade ou ousadia do acusado (20 ocorrências) e as suas condições pessoais (41 ocorrências). Importa referir que o método de argumentação foi diferente nas duas Câmaras Cíveis: a Sétima referia, de forma genérica, que os adolescentes eram perigosos e tinham comportamentos antissociais; por outro lado, a Oitava não utilizou nenhuma vez a periculosidade, e considerava as condições pessoais do adolescente desfavoráveis quando não fossem identificadas provas de que estava inserido na escola ou no mercado de trabalho, a sua família exercia controle sobre ele e quando constatado envolvimento pretérito com atos infracionais. Todavia, mesmo que a fundamentação da Oitava Câmara Cível seja um pouco mais elaborada, os parâmetros de periculosidade e de condições pessoais desfavoráveis eram os mesmos para todos os adolescentes, indiscriminadamente. Os adolescentes foram considerados perigosos e desajustados sociais simplesmente por terem sido acusados da prática de um ato infracional, já que não foram sinalizadas, a partir do caso concreto, quais eram as características particulares de cada acusado que refletiam a necessidade de reclusão cautelar.

Nesse sentido, a fundamentação de medida restritiva de direitos fundamentais utilizando como critério as condições pessoais do acusado é arriscada, visto que conduz a um direito penal do autor, e não da culpabilidade. No que tange ao sistema de responsabilização de adolescentes, deve-se ter maior cautela, visto que esse critério, empregado sem maiores restrições à interpretação, como faz o ECA, pode

conduzir à penalização mais intensa do adolescente que teve menos elementos de socialização (SALAS, 2013). Por exemplo, um adolescente que não teve acesso à educação e à profissionalização de qualidade ou a programas adequados de combate à pobreza - regra geral nas periferias brasileiras - sofreu a omissão do Estado. A consequência dessa omissão (o ato infracional) é utilizada para que ele seja punido na esfera socioeducativa e então buscar garantir esses direitos para ele - o que não pode ser admitido num Estado Democrático de Direito.

Em todo caso, a periculosidade e as condições pessoais tidas como desfavoráveis são parâmetros subjetivos e pouco têm a dizer sobre a cautelaridade própria da internação provisória. Os desembargadores da Sétima e Oitava Câmaras assumiram, quando identificados esses critérios, que o acusado deve ser contido e retirado da vida em sociedade desde a instrução processual porque, caso permaneça livre, seguirá praticando atos infracionais, argumento presente em 42 julgados. Além de pais e justiceiros sociais, os desembargadores também proclamam-se videntes: como podem eles prever o que uma pessoa vai fazer ou deixar de fazer, senão através da futurologia? A previsão do futuro parece ser uma tendência jurídica na área penal, contudo, completamente descabida, visto que, a uma, parte da presunção da culpabilidade do acusado e, a duas, desvirtua a medida cautelar, pois não está se atendendo ao processo penal, mas desempenhando uma função de polícia, imprópria ao juiz penal e respaldada em uma conjectura incerta. Portanto, esse argumento deve ser absolutamente desconsiderado, porque não se relaciona com a finalidade estritamente cautelar da internação provisória, tampouco se traduz em uma dialética jurídica.

Gráfico 4. Garantia da ordem pública como fundamento para a manutenção da internação provisória e critérios para a sua aferição de acordo com o TJRS

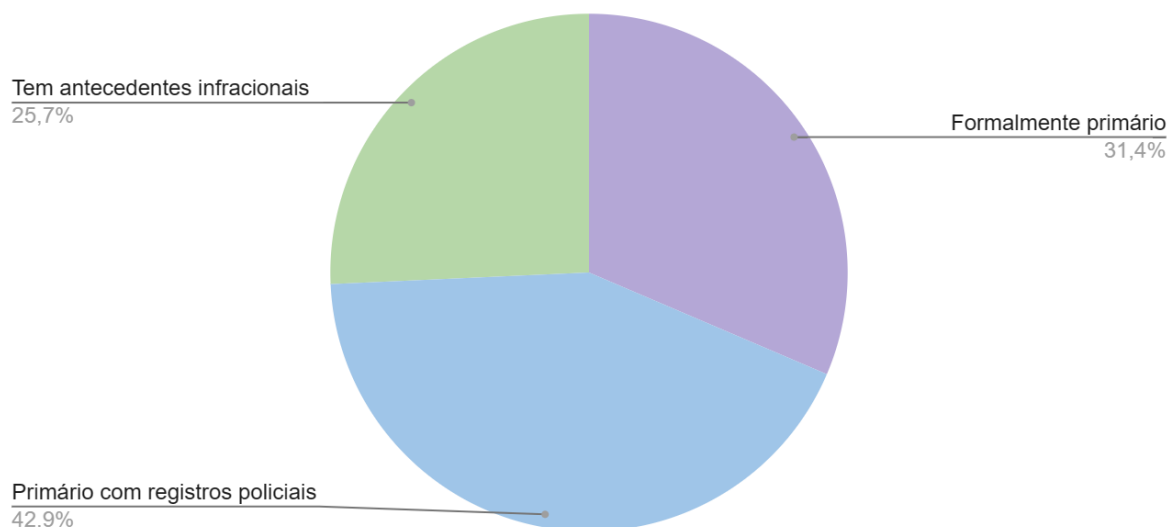


Fonte: elaborado pela autora

Outro aspecto que atuou em prejuízo dos adolescentes, como referido, foi a constatação de envolvimento com outros atos infracionais, que se deu de maneira similar em ambas as Câmeras. Não obstante, em apenas 18 casos o acusado tinha antecedentes formais⁵⁵, isto é, condenações infracionais transitadas em julgado. Em 30 casos o adolescente tinha registros policiais ou estava respondendo a outras representações, o que, como é sabido, mantém o status de primariedade e não poderia ser utilizado em seu desfavor em qualquer circunstância, o que foi inobservado pelos desembargadores. Outrossim, em 22 casos o adolescente era formalmente primário, sendo o ato infracional em comento o único que supostamente praticou. Desta feita, percebe-se que, mesmo que a presença de antecedentes fosse um método de avaliação pertinente para a decretação de privação de liberdade cautelar, na verdade, isso pouco importa para os desembargadores da Sétima e Oitava Câmaras do TJRS, que mantiveram a internação provisória de jeito ou de outro, expandindo critérios para imposição de pena em malefício do réu.

⁵⁵ Note-se que no ECA não há previsão conceitual de reincidência e de antecedentes, como acontece no sistema penal adulto (artigos 63 e 64 do Código Penal). O ECA apenas prevê a possibilidade da internação provisória quando há reiteração de atos infracionais (artigo 122, inciso II), mas, mesmo nesse caso, não há um conceito claro e normativo do que seja reiteração. Logo, a aplicação dessa medida sob o argumento de que o adolescente já foi internado anteriormente é relativa e obscura em comparação com a prisão preventiva no sistema penal adulto, que possui maior amparo normativo.

Gráfico 3. Antecedentes dos adolescentes submetidos à internação provisória no TJRS



Fonte: elaborado pela autora

Quanto ao tempo de duração da internação provisória, apurou-se que em 14 decisões o limite de 45 dias estabelecido pelo artigo 108 do ECA foi ultrapassado, invariavelmente mantendo-se a medida excepcional. Contrariamente às disposições do ECA, a jurisprudência do TJRS entende ser possível a continuidade da internação provisória ainda que extrapolado o prazo legal. Todavia, há divergência entre duas Câmaras do TJRS.

No período selecionado, a Oitava Câmara Cível permitiu, em dois casos, a manutenção da medida excepcional após decorridos os 45 dias fixados pela legislação estatutária, valendo-se, para tanto, da Súmula 52 do STJ⁵⁶. Sustentou que, consoante a jurisprudência da instância superior, quando o excesso de prazo se deve a partir da conduta da própria defesa, que, nos casos concretos, demorou para apresentar suas razões finais, a internação provisória superior à 45 dias não é ilegal. Embora seja juridicamente viável a analogia a partir das regras do sistema penal adulto, os adolescentes cuja liberdade foi restringida provisoriamente merecem tratamento mais benéfico e, considerando que desde o início a medida não possuía caráter cautelar, as decisões prorrogando o prazo da internação são indevidas. Não obstante, como regra geral, a Oitava Câmara não autoriza a prorrogação.

⁵⁶ “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (BRASIL, 1992).

Já a Sétima Câmara Cível prorrogou a internação provisória em 12 casos e, mais, o fez utilizando argumentos subjetivos e discricionários através de um modelo padrão de decisões, amparando o tratamento mais grave e ilegal a partir da consideração da gravidade do ato infracional (o que, já foi demonstrado, abrange qualquer tipo penal) e da inaptidão dos adolescentes ao convívio social, justificativas essas que não legitimam, de forma alguma, a prorrogação da medida. Percebe-se, dessa forma, o viés extremamente punitivista dos desembargadores, transparente na interpretação da legislação estatutária, e falta de preocupação em analisar fundamentar as decisões com base nos elementos do caso concreto, o que, em última análise, revela a falta de comprometimento com a proteção integral dos direitos dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais.

Invariavelmente, o ECA não autoriza a prorrogação de internação provisória, sendo o período de 45 dias expressamente improrrogável. Igualmente, a Lei do SINASE proíbe que o adolescente receba tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto (BRASIL, 2012), logo, não se pode importar do direito penal adulto os malefícios, visando ampliar a possibilidade de restrições de direitos aos adolescentes, no caso, a internação por tempo superior ao previsto em lei, mas apenas as garantias.

Ainda no que diz respeito ao tempo, constatou-se a violação do princípio da atualidade da medida socioeducativa. Em sete decisões - sendo três da Oitava Câmara Cível e quatro na Sétima Câmara Cível -, os fatos que ensejaram a internação provisória (reitera-se: sem finalidade cautelar) não eram novos e contemporâneos, havendo um intervalo de tempo que variou de cinco meses a dois anos entre a ocorrência do ato infracional e a determinação da medida na origem. Para os desembargadores de ambas as câmaras, a falta de atualidade mostrou-se irrelevante diante dos fatos concretos, todavia, não houve uma explicação objetiva de quais fatos justificam esse tratamento extraordinário, recorrendo, mais uma vez, à gravidade abstrata do ato infracional e/ou aos indícios de continuidade delitiva. É importante lembrar que, para o adolescente, o tempo transcorre de forma diferente e pode representar muitas mudanças no modo de pensar e agir. A percepção do tempo ocorre de acordo com as experiências já vividas, por conseguinte, quanto menos tempo de vida, maior qualquer experiência vai parecer, porque há menos fontes de comparação (COSTA, 2012). Assim, a internação provisória aplicada ao

adolescente tem grande impacto em sua vida, devendo a intervenção estatal deve estar atrelada à contemporaneidade dos fatos e aos demais princípios que regem a restrição de liberdade processual.

Por fim, os julgados analisados também infringiram o requisito da motivação e fundamentação das decisões judiciais. A internação provisória foi mantida sem que houvesse uma motivação instrumental-cautelar e, conforme defendeu-se neste trabalho, se a medida é aplicada sem o intuito de acautelar o processo, a decisão que a decreta está violando o princípio da presunção da inocência e aplicando uma pena antecipada ao acusado. Nesse sentido, a fundamentação das decisões que mantiveram a internação provisória foram respaldadas na gravidade abstrata do delito e na “necessidade imperiosa da medida”, sem citar quais elementos do caso concreto indicavam tal necessidade.

Igualmente, as decisões denegando a ordem de Habeas Corpus limitaram-se a narrar os fatos conforme indicado na representação, sem analisar o caso apropriadamente. Na Sétima Câmara Cível, aliás, os desembargadores copiavam os exatos termos da representação, da decisão de primeiro grau ou do parecer do procurador de justiça, o que denota que não há, no segundo grau de jurisdição, a devida angularização das partes do processo, com o desembargador adotando a posição da acusação indiscriminadamente. Outrossim, verificou-se um uso excessivo de argumentos genéricos e ultrapassados como a periculosidade ou condições pessoais desfavoráveis, prevalecendo um direito penal do autor, e não do fato. Também foi identificado um uso excessivo de modelos padrão nas decisões, com a mera alteração das informações relativas aos fatos e a mesma conclusão. Isso ocorreu especialmente nos atos infracionais mais corriqueiros, como o tráfico de drogas, que já não ensejaria a incidência de medida grave como a internação provisória. Logo, tem-se que as decisões não fizeram uma análise personalizada e individualizada do caso concreto, aplicando a internação provisória, que deveria ser medida excepcional, de forma genérica.

À vista disso, conclui-se que os julgadores no segundo grau de jurisdição no Rio Grande do Sul manipularam a abertura textual das normas do ECA para agravar o tratamento jurídico conferido aos adolescentes acusados da prática de um ato infracional, facilitando, injustificadamente, a manutenção da internação provisória. Outrossim, sopesando a quase total ausência de finalidade cautelar da internação

provisória, constatada em um único caso, tem-se que a medida foi aplicada a partir da presunção da culpabilidade do adolescente, em manifesta violação dos princípios constitucionais e da proteção integral, que deveria pautar todas as decisões relativas a crianças e adolescentes.

3.2 A manutenção da lógica tutelar e a necessidade de reconhecimento do direito penal juvenil e das garantias processuais penais aos adolescentes em conflito com a lei

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente representou uma importante mudança do paradigma da infância e juventude, uma vez que superou a doutrina da situação irregular e a respectiva concepção da criança e do adolescente como objetos de proteção e controle, assegurando o respeito e proteção de seus direitos. Contudo, no que tange o processo de apuração de ato infracional e a possibilidade de determinação da internação provisória, demonstrou-se, a partir da discussão teórica e dos dados coletados na pesquisa jurisprudencial, que a lógica tutelar permanece enraizada nas normas sancionatórias do ECA e na prática jurídica, o que colabora para que haja uma aplicação abusiva desse instituto, em manifesta violação ao direito do inocente em responder ao processo em liberdade. Ora, se o ECA protege os direitos de todas as crianças e os adolescentes e adotou um modelo de responsabilidade de proteção integral, não faz sentido que permita a restrição de um direito fundamental, como ocorre com o direito à liberdade na privação de liberdade processual, de forma mais gravosa do que seria no sistema adulto.

Como foi visto, o sistema de justiça menorista é caracterizado pela falta de clareza das sanções jurídicas, a ausência de garantias processuais para os adolescentes responsabilizados, decisões judiciais arbitrárias e a ausência de critérios bem definidos para determinar a responsabilidade penal de indivíduos com menos de 18 anos (SPOSATO, 2013), sendo todos esses atributos apurados na pesquisa jurisprudencial das decisões mantendo a internação provisória no TJRS. Efetivamente, as práticas jurídicas e institucionais não acompanharam a mudança legislativa do ECA, cujo modelo de responsabilidade de proteção integral está contaminado pela “tradição autoritária menorista [que] nunca foi de fato interrompida” (SPOSATO, 2013, p. 97).

De início, verificou-se que a internação provisória não possui motivação cautelar-instrumental, sopesando a ausência de definição quanto à sua finalidade no texto estatutário, de modo que é aplicada pelos magistrados sob diferentes pretextos (manutenção da ordem pública, proteção do adolescente e prevenção da reiteração infracional). Disso se extrai que a restrição de liberdade provisória é aplicada a partir da presunção da culpabilidade do adolescente e do convencimento de sua periculosidade, o que confere o caráter de pena antecipada à medida. Como regra geral, quando é determinada a internação provisória, a reclusão perdura desde a apreensão em flagrante até a prolação da sentença, de modo que o acusado permanece afastado do convívio familiar e comunitário (que possui especial relevância durante a fase de crescimento e é um direito fundamental assegurado constitucionalmente) durante toda a instrução sem uma justificativa instrumental plausível. Isso reflete a noção tutelar de que os adolescentes são naturalmente perigosos, inferiores e devem ser controlados a todo custo, logo, desnecessários demais esclarecimentos, uma vez que no caso do adolescente os fins legitimam os meios. “E antes de se desejar saber se na verdade algum fim pode justificar o meio, foi-se à procura dos fins que todavia o justificam, como se o meio fosse um fenômeno natural, a ser apenas explicado e delimitado, mas não fundamentado” (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

Por isso, para os juízes minoristas, os critérios para aplicação da internação provisória sempre vão atuar em desfavor do adolescente, ainda que, na verdade, lhe sejam favoráveis. Se o requisito é a gravidade do ato infracional, mas este foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, alguma justificativa será inventada para que o adolescente seja contido de uma vez, mormente a gravidade abstrata do delito. Se o juiz fundamentou a medida na manutenção da ordem pública e, na análise das condições pessoais do adolescente, percebeu-se que essas são positivas diante da ausência de antecedentes infracionais, a medida é aplicada mesmo assim, de forma genérica. Igualmente, se o tempo de duração da medida ultrapassa o prazo legal, vale-se mais uma vez da periculosidade do adolescente, que certamente será declarado culpado, do fim ressocializador da sanção antecipadamente aplicada e, estando o acusado internado desde o início, que mal faria a execução provisória da medida socioeducativa? Empregando-se a ideia tutelar de processo, a internação provisória é um bem para o adolescente e, se lhe é

benéfica, então é melhor que todos os adolescentes suspeitos de praticar um ato infracional sejam agraciados, submetendo-se à proteção e ao controle pelo Estado.

Em igual sentido, os adeptos do menorismo entendem que a MSE possui um caráter social, e não sancionatório. Nesse raciocínio, admitindo-se que a finalidade da MSE de internação é a “nobre” promoção do bem-estar para o adolescente, é positivo que a aplicação da medida seja extensiva, incluindo casos em que originalmente ela não seria cabível e a execução em sua modalidade provisória. Todavia, esse não é o intuito da legislação estatutária, que fez uma opção clara pelo garantismo penal. O ideal educativo não pode ser visto como uma finalidade da MSE, a ser imposta em quaisquer condições, mas sim um direito do réu, inclusive porque os argumentos preventivo-especiais não podem ser utilizados contra o adolescente, rejeitando-se o reconhecimento das garantias processuais penais e impondo-lhe uma medida de maior ingerência em sua liberdade (SALAS, 2013).

Para mais, o não reconhecimento do caráter penal do modelo de responsabilidade de adolescentes e da internação provisória obstaculiza a ampliação das garantias processuais penais do CPP, especialmente a da motivação e fundamentação das decisões judiciais e, em decorrência, do direito à defesa. Enquanto no sistema penal adulto a decisão que decreta a prisão preventiva deve estar em consonância com os requisitos do artigo 315 do CPP, no sistema penal juvenil não é exigido que a decisão que determina a internação provisória tenha, necessariamente, a rigorosidade necessária para a imposição de tão severa restrição de direitos. Apesar de o ECA fazer referência à legislação penal para a caracterização de uma conduta como ato infracional, não toma o mesmo cuidado em relação à aplicação de institutos protetivos dos direitos do réu existentes no direito processual penal. Deste modo, a aplicação de privação de liberdade em caráter provisório, no sistema socioeducativo, acaba por ter menos exigências que no sistema penal adulto, deixando ampla margem de interpretação ao magistrado acerca de sua aplicabilidade fática.

Assim sendo, é suficiente que sejam constatados indícios de materialidade e autoria para que a internação provisória seja determinada no caso concreto, uma vez que a fundamentação pode ser meramente subjetiva, desvinculada de requisitos legais. Não havendo critérios objetivos e suficientemente delimitados no Estatuto, materialidade e autoria são, consoante a jurisprudência do TJRS, o requisito uno

para que seja imposta a restrição de liberdade de adolescente no curso do processo. Logo, a falta de motivação cautelar e a ausência de requisitos rígidos impedem que a internação provisória se consolide como uma medida excepcional no direito penal juvenil, em oposição ao sistema penal adulto, em que a prisão preventiva possui requisitos de aplicabilidade e fundamentação estritos. Os espaços de interpretação judicial existentes no ECA que, numa ótica alinhada à doutrina de proteção integral, deveriam ser utilizados como forma de restringir menos os direitos dos adolescentes no sistema socioeducativo, acabam por ser subvertidos e tornando-se espaços de manutenção da lógica menorista e tutelar, em que o jovem desviante é perigoso e, para seu próprio bem e para o bem da sociedade, deve ser contido pelo Poder Judiciário, mesmo que em detrimento de seu direito fundamental à liberdade, à excepcionalidade da internação, e à sua presunção de inocência.

De forma similar ao que acontecia no período da doutrina da situação irregular, pouco importa o contexto fático e as delimitações legais da internação provisória, dado que o legislador delegou a discricionariedade ao juiz, podendo ele preencher as lacunas do texto estatutário com a sua própria subjetividade. E, como foi visto, essas aberturas não permitiram maior proteção aos direitos do adolescente, e sim que interpretações neomenoristas da lei sejam reproduzidas nas decisões judiciais, aplicando-se a medida excepcional de modo banal. Conseqüentemente, a defesa do adolescente fica prejudicada, visto que os elementos que fundamentaram a medida são subjetivos e de difícil verificação e refutação, dificultando-se o contraditório e a ampla defesa, enquanto o adolescente cumpre, desde antes da sentença condenatória, medida socioeducativa de internação - mesmo quando esta sequer seria aplicável ao final do processo de acordo com os parâmetros da legislação.

Além disso, as disposições do ECA quanto à garantia da ampla defesa deixam a desejar e, contraditoriamente, não asseguram a proteção integral ao direito de defender a sua prerrogativa de responder ao processo em liberdade. Como foi visto, o Estatuto permite expressamente a violação das garantias relativas à defesa em momentos processuais muito importantes para o desenvolvimento e desfecho do processo (oitiva informal com o MP e audiência de apresentação se o ato infracional não for passível de MSE restritiva de liberdade), limitando a atividade defensiva técnica em todos os momentos processuais. Também não há efetiva paridade de

armas, visto que o adolescente é visto como objeto de tutela e não parte em posição de igualdade com a acusação, o que se pôde verificar na pesquisa jurisprudencial realizada, em que os argumentos defensivos pouco foram levados à sério pelos magistrados, enquanto que a acusação ocupou posição de destaque na fundamentação das decisões. Nesse sentido, há um tratamento mais gravoso ao adolescente na medida em que a configuração do sistema de responsabilização dificulta a sua defesa, submetendo o acusado ao arbítrio do juiz.

Como corolário, é imprescindível que, para que se promova a proteção integral do direito fundamental à liberdade do adolescente que está respondendo pela prática de um ato infracional, sejam-lhes ampliadas as garantias processuais penais relativas à defesa, o que não tem ocorrido de forma integral no sistema de responsabilização juvenil. Conforme foi visto, isso se deve à concepção menorista do processo e à recusa do caráter penal do sistema de responsabilização de adolescentes, a partir dos quais se ampara o arbítrio judicial e a internação provisória como resposta padrão ao cometimento de um ato infracional, em evidente desacordo com os princípios constitucionais do devido processo penal e da proteção integral dos direitos fundamentais do adolescente. Assim, para que seja legítima a determinação de medida cautelar que restrinja excepcionalmente a liberdade de pessoa em fase de desenvolvimento, é imprescindível que se assegure o devido processo legal com rigor garantista (SARAIVA, 2006), isso é, que o adolescente seja favorecido com as garantias processuais penais da mesma forma que o adulto.

Nesse sentido, para que se alcance a verdadeira proteção integral dos direitos fundamentais do adolescente, especialmente o da liberdade, conforme previsto na CF e no ECA, é necessário que se reconheça um direito penal juvenil, vinculado ao direito penal dos adultos, constituindo-se por todas as garantias do direito penal e as garantias específicas da pessoa adolescente. Registre-se que a integração do sistema especial de responsabilização dos adolescentes com o sistema penal adulto está implícito nas normas estatutárias, com validação e eficácia constitucional (SARAIVA, 2005). Nas palavras de García Méndez (2006, p. 21):

No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo ECA, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, rechaçar a existência de um direito penal juvenil é tão

absurdo como rechaçar a lei da gravidade.⁵⁷

Logo, para que haja uma verdadeira proteção dos direitos infantojuvenis, não basta que se estabeleça uma doutrina de proteção integral, deve-se, também, reconhecer a existência de um direito penal juvenil, com a extensão de todas as garantias processuais penais ao réu adolescente, evitando, assim, que este não receba tratamento jurídico mais gravoso do que o réu adulto. Infelizmente, a situação atual do direito penal juvenil brasileiro é diametralmente oposta, permitindo que a internação provisória seja aplicada deliberadamente, não possuindo o adolescente as garantias processuais penais existentes para a prisão preventiva no sistema adulto. Apesar da mudança constitucional e legal nesta temática, ainda sofrem-se as consequências de uma mentalidade menorista ainda presente nas instituições, especialmente no Poder Judiciário, em que o juiz permanece flexibilizando direitos de adolescentes em prol de sua suposta proteção ou educação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A privação de liberdade no curso do processo é a forma mais grave de intervenção estatal na esfera das liberdades individuais e, por esse motivo, possui caráter provisório e excepcional. Para que seja determinada de forma legítima, deve respeitar os princípios constitucionais balizadores do processo penal e as garantias processuais penais ao acusado, especialmente aquelas relativas à defesa do direito fundamental que está sendo restringido, e estar adequada aos requisitos e às hipóteses legais. Nesse sentido, a decisão que aplica uma medida que restringe a liberdade do inocente temporariamente deve ter necessariamente motivação cautelar e estar fundamentada no perigo que a liberdade do acusado representa para o processo e à sociedade, com base nos fatos concretos, de forma individualizada e objetiva.

⁵⁷ “En el contexto del sistema de administración de la justicia juvenil propuesto por el ECA, que prevé expresamente la privación de libertad para delitos de naturaleza grave, rechazar la existencia de un derecho penal juvenil es tan absurdo como rechazar la ley de gravedad”. MENDEZ, Emílio. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia?, em Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006 (tradução livre da autora).

Em relação ao adolescente acusado da prática de ato infracional, a aplicação da internação provisória deve ser feita com maior atenção, visto que trata-se de pessoa em fase de desenvolvimento e cujos direitos fundamentais devem ser tutelados com prioridade absoluta, por força constitucional. Destarte, o modelo de responsabilidade da proteção integral assegura, além das garantias processuais penais comuns a todos os cidadãos, garantias específicas da personalidade infantojuvenil, as quais restringem ainda mais a intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais dos adolescentes, visando lhes conferir tratamento jurídico mais favorável em relação aos adultos. Todavia, no que se refere ao procedimento para a apuração de ato infracional, as disposições do ECA são ambíguas e demasiado abertas, revelando resquícios da doutrina da situação irregular e conferindo amplo poder discricionário aos juízes. A partir da vagueza e lacunas da legislação estatutária, os juízes reproduzem interpretações minoristas e determinam a internação provisória de forma genérica, em detrimento do reconhecimento dos direitos e das garantias processuais penais do adolescente.

Assim, os adolescentes internados provisoriamente recebem tratamento jurídico mais gravoso do que os adultos em prisão preventiva na medida em que não tem reconhecidas as garantias processuais penais existentes no sistema penal adulto, tampouco as específicas ao seu grupo social, sopesando a banalização do instituto, em contradição com a doutrina da proteção integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BELLOFF, MARY. **Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar**. Em: Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile: UNICEF, 1999, p. 13-15.

BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **A queda das internações de adolescentes a quem se atribui ato infracional**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/23-anuario-2022-a-queda-das-internacoes-de-adolescentes-a-quem-se-atribui-ato-infracional.pdf>>. Acesso em: 17 de março de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Folder sobre a gestão da lotação prisional**. CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-central-regulacao-vagas.pdf>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Portal BNMP, 2023. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mapa de implantação das audiências de custódia**. CNJ, 2017. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/#:~:text=Casos%20que%20resultaram%20em%20pris%C3%A3o,%3A%2027.669%20\(10%2C70%25\)](https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/#:~:text=Casos%20que%20resultaram%20em%20pris%C3%A3o,%3A%2027.669%20(10%2C70%25))>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Anual do SINASE de 2017**. Portal Gov, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Portal Gov, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2023.

BUDÓ, Marília. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. 2013. 592 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório**

sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações. Organização dos Estados Americanos, 2017. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O controle jurídico penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, São Paulo, vol. 1, n. 2, p. 100-121, jul., 2014.

COSTA, Ana Paula Motta. **Adolescentes e seus direitos fundamentais.** 1 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. **Execução socioeducativa e a necessidade de parâmetros para a interpretação da lei nº 12.594/2012.** Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, v.11, n.51, p. 61-82, out./dez. 2013.

COSTA, Ana P. M.; RUDNICKI, Dani. **Sistema Socioeducativo: uma proposta de gestão institucional “continente” e garantidora de direitos humanos.** Em: Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 17, n. 2, p. 383-408, jul./dez. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Direitos e garantias fundamentais: garantias processuais e garantias materiais.** Em: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 3, n. 6, pp. 196- 210, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br>>. Acesso em: 07 de março de 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <<://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845>> Acesso em: 09 mar. 2023.

LAZZAROTTO *et al.* **Medida socioeducativa: entre A & Z.** 1 ed. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2014.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares.** 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620117. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620117/>. Acesso em: 19 fev. 2023.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** 1 ed. São Paulo: Editora Manole, 2003. E-book. ISBN 9788520443477. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520443477/pageid/4>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2023.

MÉNDEZ, Emilio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por**

que una historia de los derechos de la infancia?, em Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

NICODEMOS, Carlos. **A Natureza do Sistema de Responsabilização do Adolescente Autor de Ato Infracional**, em Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**, em Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Coordenadoria da Infância e Juventude. **População da FASE**. Rio Grande do Sul: CIJRS, 2023. Disponível em: <https://rsgovbr-my.sharepoint.com/:x:/g/personal/eduardo-oliveira_fase_rs_gov_br/EUjP-h0erhNOpF6FtkuVeXkB0dTgVUMLigV_279SSgd_jg?rttime=DmEINRQn20g>. Acesso em: 17 de março de 2023.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2004.

SALAS, Jaime Couso. **Princípio Educativo e (re) socialização no direito penal juvenil**. Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade, São Paulo, 2013.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar: Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. *E-book*. ISBN 978-85-309-5816-9. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/>>. Acesso em: 21 fev. 2023.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. 3 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas de garantias e o direito penal juvenil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**,

São Paulo, n. 7, pp. 365 - 376, jan./jun. 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

STATISTA. **Países com maior número de prisioneiros em dezembro de 2022**. Statista, 2023. Disponível em:
<<https://www.statista.com/statistics/262961/countries-with-the-most-prisoners/>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2023.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VALENZUELA, José Manuel Arce. **Trazos de sangre y fuego: bionecropolítica y juvenicidio em America Latina**. 1 ed. Centro Maria Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados (CALAS). Universidad de Guadalajara. 2019.

WELTON, Roberto. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. 332 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

ZANELLA, Maria Nilvane. **A implantação do menorismo na América Latina no início do século XX: tendências jurídicas e políticas para a contenção dos mais pobres**. Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação, Araraquara, v. 14, n. 3, p. 1750-1766, out., 2019.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2023.

BRASIL, **Decreto n. 3.597, de 21 de setembro de 2000**. Disponível em:
<https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_182.html#Convencao_182>. Acesso em 18 de março de 2023.

BRASIL, **Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2023.

BRASIL, **Lei n. 6.697 de 10 de outubro de 1979**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2023.

BRASIL, **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 09 de janeiro de

2023.

BRASIL, **Lei n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 17 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus coletivo n.º143.988**. Impetrantes: Defensoria Pública dos Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Pernambuco e Sergipe. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>>. Acesso em: 17 de março de 2023.](https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2729#:~:text=No%20processo%20penal%2C%20a%20falta,de%20preju%C3%ADzo%20p ara%20o%20r%C3%A9u.>>. Acesso em: 14 de março de 2023.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 758.010**. Impetrantes: Marcelo Augusto Silva Galvão e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 22 de agosto de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=162251456&tipo_documento=documento&um_registro=202202266935&data=20220823&formato=PDF>. Acesso em: 04 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 52**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1992. <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2006_4_capSumula52.pdf>. Acesso em 22 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 108**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1994. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula108.pdf>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 265**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2002. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK EwjSyILU_ZT9AhWgg5UCHdEICrQQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.stj.jus.br%2Fdocs_internet%2Frevista%2Feletronica%2Fstj-revista-sumulas-2011_20_capSumula265.pdf&usg=AOvVaw1PZc_wu1W1mCXwpZ8-uHao>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 492**. Brasília: Supremo Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/S%C3%BAmulas_491a493_STJ.pdf>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 153.214**. Impetrante: Luan Vieira de Souza. Impetrado: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 12 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RHC%20153214.pdf>>. Acesso em: 04 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 168.195**. Recorrente: Marlon Bruno Neves Coelho. Recorrido: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, 29 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RHC+168195&b=DTXT&p=true&tp=T>>. Acesso em 27 de março de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 5065644-57.2021.8.21.7000/RS**. Relator: José Antônio Daltoé Cezar. Porto Alegre, 07 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em 23 de março de 2023.

ONU. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças**. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2023.