

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA
JUSTIÇA JUVENIL**

RENATA NOGUEIRA SILVA E SILVEIRA

MESTRADO EM DIREITO

CIÊNCIAS JURÍDICO INTERNACIONAIS

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA
JUSTIÇA JUVENIL**

RENATA NOGUEIRA SILVA E SILVEIRA

MESTRADO EM DIREITO

CIÊNCIAS JURÍDICO INTERNACIONAIS

Tese orientada pelo Prof.
Doutor Rui Guerra da Fonseca.

Resumo:

A violação de direitos humanos dos adolescentes privados de liberdade não está limitada a estrutura dos órgãos responsáveis diretamente pela execução das medidas socioeducativas. Antes, ela pode se verificar na aplicação inadequada da medida de internação, impondo-se ao adolescente uma reprimenda mais gravosa do que aquela pertinente ao ato infracional praticado.

A presente pesquisa irá tratar da legislação internacional acerca do tema, da internalização dos tratados de Direitos Humanos na legislação nacional, bem como os diferentes modelos de Justiça Juvenil, especificamente o brasileiro e português. Também serão analisadas as jurisprudências dos Tribunais internacionais de proteção aos Direitos Humanos e o reflexo no direito interno.

Sumário

Introdução	5
Capítulo 1. Tutela especial da infância e juventude:	8
1.1. Conceito de criança, adolescente e ato infracional:	8
1.1.1. A evolução da legislação internacional:	9
1.1.2. Mecanismos de Controle:	18
1.2. A internalização dos Tratados de Direitos Humanos:	21
1.2.1. Controle de Convencionalidade:	29
Capítulo 2. Justiça Juvenil:	36
2.1. Modelos de justiça juvenil:	37
2.2. Os diferentes sistemas de justiça juvenil:	43
2.3. A legislação socioeducativa no Brasil:	46
2.4. A legislação socioeducativa em Portugal:	51
Capítulo 3. A Efetivação dos Direitos Humanos:	56
3.1. A questão da aplicabilidade e hermenêutica:	56
3.2. Os Direitos Humanos na esfera da Justiça Juvenil:	62
Capítulo 4. Capítulo 4. As decisões nas Cortes Internacionais:	70
4.1. Decisões no Tribunal Europeu de Direitos do Homem:	71
4.2. Tribunal Interamericano de Direitos Humanos:	87
4.3. O Reflexo das decisões internacionais no direito interno:	99
Conclusão	108
Bibliografia	111

Introdução:

O objeto de estudo deste trabalho é a abordagem de Direitos Humanos no que se refere a adolescentes e jovens que cometem ato infracional e estão em cumprimento de medida socioeducativa.

Há que se delimitar que a inimputabilidade não se confunde com a impunidade, vez que existem leis próprias, tanto no âmbito internacional quanto nacional que abordam o tema, portanto, aqui serão tratados os direitos desses adolescentes, muitas vezes objeto de violação, tais como castigo corporal, maus tratos, imposição a condições inapropriadas de habitabilidade e salubridade de Unidades socioeducativas, bem como a superlotação, dentre outros, que desaguam na dignidade da pessoa humana ou na falta dela.

Quando um indivíduo é privado de liberdade o que se espera é que apenas o direito à liberdade seja restrito, tendo em vista que ele continua sendo sujeito de direitos e deveres. A restrição do direito à liberdade, imposta como reprimenda a uma conduta ilícita, não destitui o indivíduo dos outros direitos, especialmente daqueles inerentes à dignidade.

A partir do momento em que a custódia de um menor passa a ser de responsabilidade do Estado, posto que sua liberdade está restrita, cabe ao mesmo zelar pela vida do indivíduo e oferecer condições propícias para o cumprimento da medida socioeducativa, o que perpassa por garantias da integridade física, saúde, escolarização, profissionalização, local adequado e próprio para o cumprimento da medida, dentre outros.

Esses princípios e eixos, explícitos na legislação local de cada país, e neste trabalho manteremos na linha de pesquisa Portugal e

Brasil, especificamente, decorrem de normas internacionais, que foram evoluindo no decorrer dos anos, de acordo com a necessidade e demanda da universalização dos direitos relativos à criança e ao adolescente, com a finalidade de sistematizar uma série de pressupostos e recomendações decorrentes da situação peculiar, onde não se pode dar tratamento igual ao de um adulto a jovens que cometem um crime, no caso ato infracional, fundamentado na condição de desenvolvimento.

A ideia geral é que o adolescente que comete um ato infracional pode ser recuperado daquela situação a partir do momento em que passa a receber do Estado, o que muitas vezes não recebeu, antes de iniciar a trajetória infracional. A partir do momento em que o mesmo é sentenciado a cumprir uma medida socioeducativa, ele passa a receber atendimento específico, onde serão trabalhados eixos da família, da situação de risco, do ambiente em que vive, assim como serão ofertados escolarização e profissionalização, além de cultura, esporte e lazer.

Todo esse trabalho desenvolvido permite que o adolescente tenha novas perspectivas e muitas vezes interrompa a trajetória infracional, o que comprova que não é a idade penal que define o aumento ou redução de atos infracionais e sim a qualidade da medida aplicada.

Nesse sentido, pretendo apresentar a diferença entre os sistemas justiça juvenil para termos a exata noção de como cada Estado aborda o tema. Demais disso, serão analisadas jurisprudências dos Tribunais Internacionais, nomeadamente do Tribunal Europeu de Direitos do Homem e do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, onde os direitos básicos de adolescentes em

cumprimento de medida foram violados pelos Estados.

A pesquisa também aborda a efetivação de Direitos Humanos, por meio da internalização das normas internacionais no âmbito interno, o exercício do controle de convencionalidade, bem como o reflexo disso na área específica da justiça juvenil.

Capítulo 1. Tutela especial da infância e juventude:

Apesar de todas as críticas ao sistema de justiça juvenil, fato é que o legislador separou, de forma inegável, a justiça voltada para jovens da justiça dos adultos. Isso não significa que há impunidade nos casos envolvendo jovens, mas sim que o foco principal das normas é a proteção de direitos e a chance de recuperação do indivíduo.

A afirmação de que o sistema de justiça juvenil não pune menores é totalmente equivocada, vez que existe punição, inclusive a mesma pode ser até superior a que um adulto cumpriria pela prática do mesmo crime, tendo em vista que a dosimetria da pena é realizada dentro de critérios objetivos, o que não ocorre na aplicação da medida socioeducativa, que possui critérios subjetivos em sua aplicação.

Neste capítulo veremos a evolução da legislação internacional, os mecanismos de controle adotados para o acompanhamento do que foi pactuado pelos Estados Partes, bem como, a internalização dos tratados de Direitos Humanos na legislação portuguesa e brasileira.

1.1. Conceito de criança, adolescente e ato infracional:

As definições legais de criança, adolescente e ato infracional são trazidas para a justiça juvenil depois de uma série de tratados e acordos celebrados no âmbito internacional.

Até a década de 70, a reação à delinquência juvenil fazia parte da ideologia política do Estado Social. Sob esse prisma, ela constituía do ponto de vista sociológico, um sintoma da vulnerabilidade social dos indivíduos e de suas famílias, portanto, a solução residia na

prevenção, reintegração e na supervisão de crianças e jovens, bem como de suas famílias¹.

Somente a partir da década de 80, após a publicação de variados diplomas internacionais, como por exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 e das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, em 1985, é que o sistema de justiça juvenil foi consolidado deixando para trás o modelo protecionista, adotando então o modelo de responsabilização, consagrado na educação para o direito².

1.1.1. A evolução da legislação internacional:

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, seguida pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, o bem estar das crianças e jovens faz parte das normas estabelecidas no âmbito do Direito Internacional³.

Inicialmente cabe delimitar entre todo o arcabouço construído sobre a infância e juventude, aquele que concerne diretamente ao tema proposto neste trabalho. Faz-se necessário esclarecer, que muitos são os diplomas jurídicos internacionais que tratam da

¹ JOANA MADURO, A justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI: uma expressão da cultura do controlo?. E-cadernos CES online nº 20, 2013, p. 31.

² Idem, p. 31.

³ FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, 12º edição, Editora Saraiva, 2011, p.269/270 ao citar Henry Steiner e Philip Alston, a primeira menção envolvendo direitos da criança em um texto internacional foi datado em 1924, quando a Assembleia da Liga das Nações aprovou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano seguinte.

temática da criança⁴, entretanto, nesta pesquisa, será dada maior ênfase naqueles que cuidam especificamente do ato infracional.

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁵ define em seu artigo 1º que “criança é todo o ser humano menor de 18 (dezoito) anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

No mesmo diploma legal, em seu artigo 37º é dispensado o tratamento a criança privada de liberdade, no qual, os Estados Partes garantem, entre outras obrigações assumidas, tratar com humanidade e o respeito devidos à dignidade da pessoa humana aquela criança que for privada de liberdade, de forma condizente com a idade, devendo a mesma ser separada dos adultos, exceto em casos excepcionais, bem como ter acesso rápido à assistência jurídica.

O artigo 40º cuida do direito que a criança que infringiu ou é suspeita de infringir uma lei penal tem com relação ao tratamento, sendo esse capaz de favorecer sua dignidade, respeitar direitos fundamentais e facilitar sua reintegração social.

A Convenção é o tratado de Direitos Humanos mais ratificado pelos Estados⁶. Os Estados Unidos, embora tenham assinado, não ratificaram o referido documento.

O rol de direitos é bastante amplo, abarcando todas as áreas

⁴ A primeira referência ao direito da criança é datada de 1924 com a Declaração de Genebra. Posteriormente o tema foi contemplado na Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), na Declaração dos Direitos da Criança (1959) e em outros diplomas.

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA> (Consultado em 22/02/2016)

⁵ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

⁶ Atualmente conta com 197 Estados partes, conforme informação retirada do <http://indicators.ohchr.org/> (Consultado em 22/02/2016).

tradicionais dos Direitos Humanos, de forma indivisível, dando importância igualitária a todos os direitos contemplados, que englobam direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais⁷.

Outro documento relacionado ao tema, embora de forma indireta, é a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984⁸. Embora não fale especificamente sobre crianças e adolescentes, ela tem relevância no direito juvenil, principalmente no que se refere a menores privados de liberdade.

A referida Convenção traz a definição de tortura e impõe aos Estados a adoção de medidas legislativas, administrativas e judiciais para prevenir tratamentos cruéis e deixa claro que não há exceções, nem mesmo nos casos onde for declarado estado de guerra.

Somente nas décadas de 80 e 90 é que surgem textos específicos sobre justiça juvenil, tais como as Regras de Beijing, de 1985, as Diretrizes de Riad, de 1990 e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, também de 1990.

O direito a um julgamento justo faz parte dos padrões mínimos de Direitos Humanos⁹ decorrentes do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e previsto também na Convenção Sobre os

⁷ FLÁVIA PIOVESAN, Direitos Humanos... p.271.

⁸ Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas

⁹ GEMMA PÉREZ SOUTO considera que legislação sobre justiça juvenil deve prever e assegurar os seguintes direitos processuais: presunção de inocência, assistência judiciária, direito a ser ouvido, observação com relação aos princípios da legalidade e igualdade, princípio da brevidade da medida de internação e da excepcionalidade da mesma, vez que deve ser decretada nos casos de atos graves, julgamento imparcial, direito a segunda instância, dentre outros direitos e princípios que prezam pela garantia processual. V. *Direitos humanos e justiça juvenil: onde começa os direitos dos infratores? Uma abordagem internacional*. Ousar e integrar – revista de reinserção social e prova, nº 7 – Setembro de 2010, Textype-Artes Gráficas Ltda, p.28.

Direitos da Criança e Regras de Beijing.

As Regras de Beijing¹⁰ tratam da aplicação da justiça aos menores. Nela temos a definição de menor como “qualquer criança ou jovem, que em relação ao sistema jurídico considerado, pode ser punido por um delito, na forma diferente de um adulto”.

Trata ainda como jovem infrator, a criança ou jovem que cometeu um delito, isto é, qualquer comportamento (ato ou omissão) punível por lei do sistema jurídico considerado.

A regra 5.1 estabelece que o sistema de justiça de menores deve dar maior importância ao bem estar e assegurar que qualquer decisão em relação a eles seja sempre proporcional às circunstâncias tanto do menor, como do ato praticado. Daí decorre o princípio da proporcionalidade, que tem o escopo de moderar as sanções punitivas, relacionando-as com a gravidade do ato praticado e as condições pessoais do jovem, tais como, situação social, familiar e econômica.

A regra 6.1 trata da diversidade das medidas a serem aplicadas a crianças e adolescentes que cometem ato infracional, permitindo que haja certa discricionariedade em todas as etapas processuais nas diferentes instâncias judiciais. Trata-se do equilíbrio entre a segurança, no sentido das medidas a serem aplicadas, e a flexibilidade, no sentido da aplicação a cada ato específico ao caso¹¹.

¹⁰ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução 40/33 de 29 de novembro de 1985. Em 1980, o Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes recomendou que fossem criadas regras mínimas que regulassem a administração da justiça juvenil. Assim, o projeto para a adoção das Regras de Beijing foi recomendado, por intermédio da Reunião Inter-regional de Peritos sobre os Jovens, a Criminalidade e a Justiça ao Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Milão entre 26 de outubro e 06 de setembro de 1985.

¹¹ JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada – No âmbito das*

No item 13.4 há a recomendação dos adolescentes ficarem reclusos em estabelecimentos próprios, separados dos adultos e partir delas os Estados Partes se comprometem a elaborar um conjunto de leis próprias para tratar do tema, todos em consonância com os princípios da dignidade humana e dos direitos fundamentais com base na igualdade e independente de raça, situação econômica, sexo, língua, religião, dentre outros. O castigo corporal não é permitido, conforme demonstra o item 17.3.

Considerando que o objetivo principal das Regras de Beijing é a proteção de crianças e jovens que cometem um delito, caberia aos Estados Partes tomarem medidas no sentido de intervir antes da trajetória infracional, ou seja, uma política de prevenção deveria aplicada anteriormente, e poderia resultar no não cometimento de ato infracional¹².

As medidas socioeducativas também são elencadas na regra 18.1 e a medida de semiliberdade aparece na 29.1. Com relação à medida de internação, a mesma é posta como último recurso, devendo ser respeitado o princípio da brevidade. Demais disso, há orientação para que a internação seja aplicada em casos de atos graves praticados envolvendo violência contra outra pessoa, reincidência em outras infrações graves, a menos que não haja outra medida apropriada¹³.

principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2013, p. 31.

¹² JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar Educativa...*, p. 20/21. Para o autor o problema não é do direito e sim passa por ele, devendo ser consideradas as condições sociais, familiares, culturais e a saúde física e mental do adolescente. Para ele, a Justiça Juvenil é apenas uma parte da resposta global a ser dada nos casos de jovens em conflito com a lei.

¹³ A medida de internação é tratada nos itens 17.1 e 19 das Diretrizes. Os princípios da brevidade e da excepcionalidade foram adotados no ordenamento jurídico brasileiro e português.

A partir da regra 23, fica estabelecido que os menores em cumprimento de medida devem ter assegurados os direitos a uma Unidade salubre, acesso a educação e profissionalização e todos os outros meios que busquem sua reinserção. Para tal recorre-se a voluntários, organizações, instituições locais e outros serviços comunitários, além da integração da família.

As Regras de Beijing tratam ainda do procedimento judicial que deverá ser aplicado nos atos praticados por menores, zelando pela celeridade e capacitação dos órgãos de justiça envolvidos, dada a situação de peculiaridade e desenvolvimento.

Em 1990, após anos de reuniões e discussões entre mais 40 (quarenta) países, a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Foi o primeiro tratado internacional que incorporou de forma ampla direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e também é o tratado mais bem elaborado para a proteção e o apoio às crianças. A Convenção é também o único tratado de Direitos Humanos que outorgou às organizações não governamentais um papel explícito no monitoramento de sua implementação.

A idade limite considerada para denominação menor é a de até os 18 (dezoito) anos, podendo assim, cada ordenamento jurídico colocar os limites que julgar cabível, de acordo com a legislação interna e com as regras e costumes do país¹⁴. Note-se que não foi

¹⁴ Cada país possui um sistema de justiça juvenil, no caso do Brasil a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) considera como idade mínima de responsabilização a de 12 (doze) e a idade máxima 18 (dezoito) anos. Já Portugal, por meio da Lei nº 166/99 tem como idade limite para aplicação da tutela educativa a de até 16 (dezesesseis) anos. Dessa forma, resta claro, que cada Estado possui liberalidade para definir a idade mínima e máxima para punição de atos cometidos por crianças e adolescentes, dentro do estipulado pelos instrumentos internacionais dos quais ratificaram.

possível determinar uma idade mínima de responsabilidade penal¹⁵ devido às diferenças históricas, econômicas e culturais de cada país que ratificou a Convenção Sobre os Direitos da Criança¹⁶.

Sobre o tema, a Organização das Nações Unidas - ONU vem defendendo que a idade mínima deve ser definida, desde que não se situe abaixo dos 12 (doze) anos, recomendando que passe para os 14 (quatorze) anos, atendendo assim o princípio da legalidade¹⁷.

As Diretrizes de Riad¹⁸ tem como princípio fundamental a prevenção, cabendo a toda sociedade, em diversos setores, cooperar para que o adolescente não cometa ato infracional. Essa diretriz chama a família, o setor privado, as organizações trabalhistas, a escola e as organizações voluntárias a trabalharem junto com os responsáveis pela política pública, estabelecendo assim, a cooperação entre as esferas nacionais, estaduais, municipais e locais¹⁹.

Em 14 de novembro de 1990, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução 45/113 as Regras para a Proteção os Menores Privados de Liberdade, em consonância com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos e com o Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, de 1988.

Tais regras, embora não sejam vinculativas²⁰, têm como escopo

¹⁵ Conforme previsto no artigo 40º, 3, a da Convenção sobre os Direitos da Criança e no artigo 4º das Regras de Beijing.

¹⁶ GEMMA PÉREZ SOUTO, *Direitos humanos e justiça juvenil...* p. 26.

¹⁷ Idem, p.26.

¹⁸ Adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral na sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990.

¹⁹ Os princípios fundamentais das Diretrizes de Riad colocam como método de prevenção à delinquência juvenil os programas de serviços comunitários, de auto ajuda juvenil e de assistência e reparação as vítimas, como pode observar no item III da Diretriz, que trata especificamente sobre a "Prevenção Geral".

²⁰ Segundo PAULA CASALEIRO, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos:*

proteger os jovens privados de liberdade dos maus tratos, vitimização e violação dos direitos, nomeadamente no que se refere ao cumprimento de medida em estabelecimento próprio e com isso orienta acerca do trabalho que deve ser executado nas unidades de atendimento.

A regra nº 20 diz que nenhum jovem deve ser recebido em uma Unidade Socioeducativa sem ordem válida para tal, expedida por uma autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública. Ou seja, trata-se de um direito fundamental do adolescente, e caso a ordem não tenha sido registrada, a Unidade não pode recebê-lo.

Nota-se, uma mudança de postura com relação ao direito penal tradicional, vez que a medida privativa de liberdade aplicada aos menores não possui o caráter retributivo da pena e sim, tem como principal objetivo a reinserção e integração do jovem.

Nesse instrumento também há previsão de que a aplicação da medida de internação deve ser sempre a última decisão, pautada no princípio da brevidade da medida, isto é, pelo menor tempo necessário²¹.

As normas trazem também, no item 11.A, a definição de menor e ainda diz que a idade limite abaixo da qual não deve ser permitido privar uma criança de liberdade deve ser estipulada em lei. A privação de liberdade é definida no item 11.B, bem como as diretrizes para um atendimento adequado, respeitando os Direitos Humanos dos menores e proporcionando atividades que colaborem no

contributos para a proteção das crianças em conflito com a lei. E-cadernos CES online. 20.1013, p.18, o TEDH e a ONU possuem abordagens diferentes sobre tortura tratamento cruel, desumano e degradante para crianças. Enquanto o Tribunal desenvolveu uma jurisprudência que aceita que os Estados Membros distingam entre formas legítimas ou razoáveis de violência contra crianças, a ONU proíbe todas as formas de violência infantil.

²¹ Nas Regras de Beijing existe a mesma determinação nos itens 17 e 19.1.

desenvolvimento.

As regras tratam ainda da administração de estabelecimentos, ambiente físico, educação, profissionalização, saúde e outras condutas a serem seguidas em caso de transferência, doença, acidente ou morte.

A limitação do uso da força está prevista no item 65, devendo, assim como os instrumentos de coação, serem utilizados em casos excepcionais e previstos em lei e regulamento. O porte e uso de armas é proibido em qualquer estabelecimento onde estejam detidos menores.

No âmbito regional, com o intuito de facilitar a participação de crianças e adolescentes nos processos dos quais fazem parte, merecem destaque as Diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa Sobre a Justiça Adaptada às Crianças, de 17 de novembro de 2010.

As diretrizes do documento buscam facilitar os princípios orientadores da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, bem como os direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH e confirmados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH.

Nela o conceito de criança segue os diplomas anteriormente tratados, ou seja, é compreendido como qualquer pessoa com menos de 18 (dezoito) anos de idade. O conceito de justiça adaptada às crianças refere-se a sistemas judiciais que garantam o respeito e a aplicação efetiva de todos os direitos da criança ao nível mais elevado possível, tomando devidamente em consideração o nível de maturidade e de compreensão da mesma e as circunstâncias do caso.

Trata-se, de uma justiça acessível, adequada à idade, rápida, diligente, adaptada e centrada nas necessidades e nos direitos do

menor, principalmente no que se refere a direitos como um processo equitativo, com relação à participação e a compreensão dos atos processuais, ao respeito pela vida privada e familiar, e à integridade e dignidade.

1.1.2. Mecanismos de Controle:

Com a finalidade de monitorar a implementação das normas contidas na Convenção sobre os Direitos da Criança nos Estados Partes foi criado o Comitê das Nações Unidas para os Direitos da Criança – CRC.

Em fevereiro de 1997, especialistas provenientes de onze países diferentes, representantes do Centro de Direitos Humanos do Secretariado das Nações Unidas, do Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF e do Comitê para os Direitos da Criança, bem como observadores de ONGs que tratam sobre o tema da justiça criminal da infância e da juventude iniciaram discussões acerca da justiça juvenil e foram criadas as *UN Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System*²².

As *Guidelines* foram criadas com a finalidade de implementar os direitos dispostos na Convenção sobre os Direitos da Criança, especificamente aqueles relativos à administração da justiça da infância e da juventude. Por meio da utilização e aplicação das normas das Nações Unidas sobre a justiça criminal juvenil busca-se a provisão de assistência aos Estados Partes para que estes possam executar efetivamente as regras da Convenção e de outros

²² Documento anexo à Resolução 30/1997 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de 21 de julho de 1997, sobre Administração da Justiça Juvenil. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CriminalJusticeSystem.aspx>. (Consultado em 12/12/2015).

instrumentos relacionados ao tema.

O documento determina ainda a participação dos governos, do sistema das Nações Unidas, das ONGs, de grupos profissionais, da mídia, de instituições acadêmicas e de outros membros da sociedade civil como forma essencial para garantir o uso efetivo das mesmas.

Com a ideia de diminuir os índices de delinquência juvenil e agir contra a violação dos direitos de jovens infratores nos âmbitos internacional, regional e nacional foi criado o Painel de Coordenação Interagencial sobre Justiça Juvenil²³.

Tal painel tem como objetivo realizar a coordenação na esfera nacional e internacional relativa à Justiça Juvenil com o intuito de identificar as organizações que trabalham no âmbito nacional com jovens infratores, incentivar a cooperação entre os escritórios regionais para criar uma política comum entre os países, promover o diálogo constante, bem como identificar, desenvolver e difundir instrumentos comuns e práticas adequadas e incluir a proteção dos direitos do jovem infrator na agenda da comunidade internacional²⁴.

Fazem parte do painel órgãos como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a UNICEF, a Organização Mundial contra a Tortura e organizações não governamentais que juntos cooperam nas áreas de pesquisa e capacitações sobre o tema com programas específicos e monitoramento de sistemas já existentes.

Com o escopo de intensificar ainda mais o monitoramento do sistema de justiça da infância e da juventude a UNICEF e UNODC, em

²³ Criado por meio da resolução 30/1997 do ECOSOC.

²⁴ Office of the un High Commissioner for Human Rights. Protecting the Rights of Children in Conflict with the Law. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Protecting_children_en.pdf. (Consultado em 12/12/2015).

2006, desenvolveram, em cooperação com ONGs e especialistas o “Manual para a Medição dos Indicadores da Justiça Juvenil”, com o objetivo de definir e elaborar indicadores globais para o setor.

O documento dispõe de quinze indicadores²⁵ importantes para a justiça juvenil com o intuito de que os órgãos competentes possam ter acesso e verificar a eficácia do sistema de justiça pelo qual são responsáveis. Os indicadores são utilizados pelo Painel de Coordenação Interagencial sobre Justiça de Menores.

Os indicadores são quantitativos e versam sobre políticas públicas e medidas a curto, médio e longo prazo. Os quantitativos buscam medir as características do sistema de justiça juvenil nos países e mensurar o tempo que os jovens passam em contato com a justiça, bem como informam sobre a experiência do jovem restrito de liberdade, como por exemplo, se ele cumpriu medida em unidade apropriada, se recebeu visitas dos pais, se obteve assistência para reintegração na família após a soltura, dentre outras.

Apesar de toda legislação internacional e dos mecanismos criados para o controle e aplicação das mesmas, ainda é observado por parte dos Estados o descumprimento de regras e medidas impostas. Esses casos serão tratados mais adiante no capítulo que aborda a atuação dos tribunais internacionais, principalmente no que se refere aos abusos de prisão preventiva e falta de unidades apropriadas para o cumprimento da medida de internação.

²⁵https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Manual_for_the_Measurement_of_Juvenile_Justice_Indicators.pdf. (Consultado em 12/12/2015).

1.2. A internalização dos Tratados de Direitos Humanos:

A incorporação de tratados de Direitos Humanos na ordem jurídica interna dos países ocorre devido à perspectiva atual do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua universalização.

Os tratados de Direitos Humanos diferem dos demais tratados por prescreverem obrigações que devem ser garantidas de forma coletiva, enquanto os tratados comuns estabelecem vantagens recíprocas para as partes contratantes. Nos tratados de Direitos Humanos, não há que se falar simplesmente no interesse individual das partes.

Tendo em vista sua natureza voltada para coletividade, os tratados que versam sobre direitos fundamentais dos seres humanos possuem mecanismos peculiares de controle e supervisão, criados por eles próprios. Alguns tratados, inclusive, chegam a conter disposições expressas de harmonização com o direito interno dos Estados Partes, que por consequência geram uma constante e crescente interpenetração entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional buscando juntos a proteção dos Direitos Humanos em todos os âmbitos²⁶.

Inicialmente, cabe aqui tratar, de forma resumida, das teorias monista, dualista e intermediária, tendo em vista a relação das normas internacionais com as normas nacionais e possíveis conflitos entre elas.

A teoria monista sustenta a existência de apenas uma ordem jurídica, desse modo, não há conflito entre normas, nem incompatibilidade entre elas. Entretanto, para uma parte dos

²⁶ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, p. 31

monistas, admitindo a existência de conflitos entre normas internacionais e internas, no caso de incompatibilidade venceria a norma do direito interno, vez que o Direito internacional é uma criação dos Estados e depende deles²⁷.

Já a outra posição adotada, dentro da mesma sistemática, considera a superioridade do Direito internacional, vez que ele serve como base de construção do Estado e do direito interno, portanto cabe a ele validar a ordem jurídica interna.

A unidade sistemática das normas de Direito Internacional e de direito interno faz com que esses ordenamentos se comuniquem e se relacionem não podendo um ignorar o outro, sendo a natureza da norma idêntica ou semelhante. Dessa forma, nada impede que as normas daquela ou dessa origem venham a reger as mesmas situações da vida, por isso há a necessidade de estabelecer formas de articulação entre as normas internacionais e internas²⁸.

Há o monismo radical, defendido por Hans Kelsen, que considera a supremacia do Direito internacional sobre o direito interno. Para ele não existe divisão entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento jurídico internacional, fazendo ambos parte de uma mesma ordem. Já o monismo moderado, adotado por Alfred Verdross, defende que o juiz nacional deve aplicar o direito interno e o internacional sob a ótica que deve prevalecer à lei posterior sobre a anterior²⁹.

²⁷ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional* p. 146, defende que trata-se de uma concepção estadualista, voluntarista e positivista, que vê o Direito Internacional como um simples Direito estadual interno.

²⁸ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4ª edição, Editora Forense, 2009, p. 126.

²⁹ IRIS SARAIVA RUSSOWSKY, *O controle de convencionalidade das leis – uma análise na esfera internacional e interna*. Revista do CAAP nº 2, volume XVIII, 2012, p.80.

O monismo com primado de Direito Internacional reitera a necessidade de integração das normas internacionais e internas, considerando as normas internas resultantes das internacionais e de seus princípios. Diante da realidade, basta observarmos o papel do Direito Internacional, com o surgimento das Organizações Internacionais, com a elaboração das normas para constatarmos que as mesmas só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna³⁰.

A pretensão da teoria monista na construção de um único e coerente sistema, no qual a primazia de valores comuns dos Direitos Humanos e de outros direitos, dentro da perspectiva de que o Direito Internacional é a base do chamado direito constitucional da comunidade mundial³¹.

A teoria dualista³² defende a independência da ordem interna (cidadãos e Estado) e da internacional (Estados), o que resulta na ausência de conflito. Dessa forma, para que uma norma internacional tenha validade no ordenamento jurídico interno é necessário que haja um processo de recepção da norma³³, o que demonstra que o Poder Executivo assume um papel importante na negociação e apreciação de tratados internacionais.

Dessa forma, surge uma nova norma, tendo em vista que o conteúdo da norma criada no âmbito internacional foi reproduzido ou transformado em uma norma de direito interno.

Diante da sistemática, há ainda a possibilidade dos Estados

³⁰ Para JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional...*p. 126/127 o monismo com primado de Direito interno é ultrapassado por se aproximar da doutrina que considera o Direito Internacional como uma espécie de Direito estatal externo. Essa teoria considera a existência de um só ordenamento jurídico comandado pelo Direito interno.

³¹ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional*, p. 150.

³² Defendida por autores como Carl Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti.

³³ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional*, p. 150.

adotarem as duas teorias, como é o caso do Brasil, que fez opção ao sistema misto³⁴, visto que tratados internacionais de Direitos Humanos são incorporados no ordenamento jurídico interno de forma automática, conforme prevê o §1º do artigo 5º da Constituição, enquanto para os demais tratados internacionais é necessário que haja a incorporação legislativa, como determina o § 3º do mesmo artigo, do qual trataremos especificamente mais adiante.

Vencida a etapa das teorias³⁵, fato é que na atualidade o que prevalece é a primazia da aplicação da norma mais favorável à vítima, não importa se a norma será nacional ou internacional, afinal, o objetivo principal é a proteção do ser humano.

Essa aplicação da norma mais favorável tem como principal critério, além da proteção dos Direitos Humanos, diminuir os conflitos de instrumentos internos e internacionais e coordenar tais instrumentos normativos, tanto em dimensão vertical, por meio de tratados e leis nacionais, como em dimensão horizontal, através de dois ou mais tratados³⁶.

³⁴ FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 144 e ss. A autora considera que como a Constituição brasileira é omissa com relação às normas de direito interno e Direito Internacional, vez que não há menção expressa que denote qual das teorias foi adotada pelo legislador. Por essa razão, grande parte da doutrina entende que diante do silêncio do poder Constituinte, o Brasil adota a teoria dualista, entretanto, a autora sustenta, juntamente com André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, que o Brasil adota a teoria mista, tendo em vista que não reconhece a vigência automática de todas as normas de Direito Internacional e sim apenas algumas delas, como é o caso dos tratados que versam sobre Direitos Humanos.

³⁵ Para ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional...* Volume I, p. 539/540, a eterna polêmica irreconciliável entre monistas e dualistas é totalmente supérflua e dispensável, tendo em vista a capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais e o direito de petição individual sob os tratados de Direitos Humanos. Para o autor, o reconhecimento dessas duas situações é resultado da conscientização do principal objetivo do Direito Internacional e do direito interno com relação às necessidades de proteção do ser humano.

³⁶ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional...* Volume I, p. 542/545.

Desde que as normas de Direito Internacional de proteção aos Direitos Humanos foram consolidadas os Estados assumiram o dever de incorporar a normativa internacional e regional em seu ordenamento jurídico e adaptar, sempre que necessário a legislação nacional.

Essa integração constante entre o Direito Constitucional dos Estados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁷ é de extrema necessidade e importância, tendo em vista que os Estados, no plano internacional, podem ser responsabilizados pelo descumprimento de normas convencionais³⁸. Dessa forma, conforme prevê o artigo 27 da Convenção de Viena, o Estado não pode descumprir uma legislação internacional sob a justificativa de alguma legislação interna ser incompatível. Os tratados, uma vez ratificados são incorporados ao ordenamento jurídico vinculando todos os órgãos e poderes.

Muitos países têm optado pela interpretação que dá *status* constitucional aos tratados que versam sobre o tema, como por exemplo, Portugal, onde a recepção ocorre de forma automática³⁹.

Cabe aqui abordar os sistemas que dão conferência às normas de Direito internacional no direito interno, sendo eles, o sistema de transformação, que considera que as normas internacionais somente vigoram na ordem jurídica interna depois de convertidas em normas de direito interno, e o sistema de recepção automática, onde as

³⁷ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Hermenêutica dos Direitos Humanos*, p.18, considera que vários tipos de Direitos Humanos são cívicos, políticos, econômicos e sociais, e que muitos direitos ligados à pessoa humana são direitos fundamentais.

³⁸ A responsabilidade do Estado inclui a conduta de qualquer órgão que exerça a função legislativa, executiva ou judicial.

³⁹ LILIAN BLAMANT EMERIQUE e SIDNEY GUERRA, *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira*. Revista Jurídica, v. 10, nº 90. Editora Espanha. Abril/maio de 2008, p. 28.

normas internacionais vigoram como tais, interpretadas e integradas com os critérios do Direito Internacional⁴⁰.

Para manter a linha da pesquisa, na qual são destacados os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, abordarei a recepção dos tratados de Direitos Humanos pelos dois países, especificamente.

Tanto no Direito português quanto no brasileiro não há, em nenhuma das Constituições, consideração expressa acerca do lugar ocupado pelas normas de Direito Internacional na ordem interna, portanto, não há, nos dois ordenamentos, qualquer norma constitucional sobre as relações de conformidade ou desconformidade entre as normas internacionais que vinculam os Estados e as normas de direito interno⁴¹.

O direito português trata da recepção do Direito Internacional de Direitos Humanos no artigo 8º de sua Constituição, distinguindo a matéria entre direito consuetudinário, convencional, das organizações internacionais e da União Europeia.

No artigo 16, nº 2, a Constituição portuguesa trata da recepção de direitos fundamentais oriundos da Declaração Universal de Direitos Humanos, colocando a recepção de tais direitos numa posição hierárquica superior às das normas constitucionais e legais de direitos fundamentais⁴².

Dessa forma, as normas de Direito Internacional e as de direito interno são interdependentes e rege o princípio da harmonia da Constituição com o Direito Internacional. Tal princípio impõe que o

⁴⁰ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional...* p.129. Segundo o autor, o sistema de transformação possui visão dualista e o sistema de recepção possui uma visão monista.

⁴¹ Idem p. 133 e ss.

⁴² ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Almedina, 2006, p.111.

direito interno acolha (via Constituição) as normas de Direito Internacional, principalmente as relacionadas com Direitos Humanos⁴³.

No Brasil, após a Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004, com o acréscimo do § 3º ao artigo 5º, os tratados internacionais relacionados a Direitos Humanos⁴⁴ passaram a ter aplicação imediata com eficácia de norma constitucional, mediante aprovação do Congresso Nacional em dois turnos de votação, devendo a mesma ter três quintos dos votos de cada Casa parlamentar⁴⁵. Dessa forma, eles passam a ser equivalentes às Emendas Constitucionais.

Anteriormente não havia prevalência automática dos atos internacionais face a legislação interna e era utilizado o critério cronológico para resolver os conflitos entre normas⁴⁶.

Em decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial - RE nº 466.343, de 2008⁴⁷ a corte brasileira mudou seu posicionamento, passando a dar hierarquia de norma supralegal aos tratados de Direitos Humanos não incorporados no ordenamento brasileiro com o quórum especial do artigo 5º, § 3º da Constituição.

O caso referia-se a divergência entre a Convenção Americana e a Constituição brasileira com relação aos casos de prisão civil. O primeiro instrumento, no artigo 7º, item 7, prevê a possibilidade de

⁴³ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...* p. 110 ao citar Fausto de Quadros.

⁴⁴ Os tratados internacionais que não versam sobre Direitos Humanos tem status supralegal, posto que não podem ser revogados por lei interna posterior.

⁴⁵ Conforme posicionamento do STF, os tratados que não forem aprovados terão natureza supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima de qualquer lei do ordenamento jurídico nacional.

⁴⁶ ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos*, p. 242.

⁴⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

prisão nos casos de dívida em virtude da inadimplência de obrigação alimentar. Já a Constituição previa a possibilidade de prisão civil por dívida nessa mesma situação, ou seja, a inadimplência na obrigação alimentar, como também nos casos do depositário infiel.

Após a referida decisão, o texto da Constituição foi alterado, em virtude do previsto na Convenção Americana, sendo maioria a corrente que considera que os tratados de Direitos Humanos possuem *status* de norma supralegal⁴⁸.

A referida Emenda Constitucional e a consequente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal resultou na valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil.

Após a mudança na legislação interna, em 2008 tivemos no Brasil a primeira e única aprovação de tratado referente a Direitos Humanos, sob o rito do § 3º do artigo 5º da Constituição, que versa sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007⁴⁹.

Dessa forma, resta claro que os Direitos Humanos são valores fundamentais no plano transnacional e internacional, devendo ser protegidos e reconhecidos pelo direito interno dos Estados por meio de uma Constituição que os consagre, protegendo e promovendo sua efetivação.

⁴⁸ No STF existem duas correntes com relação ao tema: o ministro Gilmar Mendes defende a supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos não equivalentes a Emendas Constitucionais. A outra corrente adotada pelo ministro Celso de Mello (voto vencido), defende que o status constitucional desses tratados independe do quórum de aprovação (hierarquia material). Sobre o assunto ver Flávia Piovesan, Gilmar Mendes, José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, dentre outros.

⁴⁹ Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm (Consultado em 01/12/2015).

1.2.1. Controle de Convencionalidade:

Nessa altura do trabalho já vimos à legislação internacional correlata ao tema de Direito Juvenil, bem como foi abordada a internalização dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno.

Essa abertura das Constituições as normas de Direito Internacional, especificamente aquelas referentes a tratados que versam sobre Direitos Humanos podem resultar em três situações distintas: uma seria dos direitos coincidirem, a outra seria a integração desses direitos, com o escopo de ampliar o rol de direitos previstos na legislação interna, e por fim, a hipótese da norma internacional ser contrária a norma interna.

Os parâmetros constitucionais somam-se aos parâmetros convencionais, compondo uma espécie de trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, que resultam na aproximação dos Direitos Humanos nas duas esferas⁵⁰.

Mas antes de adentrar ao tópico que tratará em linhas gerais, sobre o controle de convencionalidade, se faz necessário traçar uma linha de pensamento que demonstre sua importância no tema aqui tratado.

Uma convenção internacional é um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional que constitui direitos e deveres às partes, que gera efeitos não só nas relações internacionais estabelecidas como também no ordenamento jurídico interno das partes.

⁵⁰ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma*. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – www.ufsm.br/redesg v. 3, n. 1, jan.jun/2014, p. 89.

Por essa razão, tudo que foi pactuado no plano do Direito internacional que tem como matéria a Justiça Juvenil e a proteção de crianças e adolescentes, gerou e gera efeitos na legislação interna dos Estados Partes, devendo aquele bem maior, ou seja, os Direitos Humanos de crianças e adolescentes que cometem crime, ser perseguido pelos Estados envolvidos, que por meio de legislação interna buscam regulamentar e estender direitos de uma esfera (internacional global) para outra (interna específica).

Por essa razão, e extremamente relacionado à internalização das normas internacionais pelo ordenamento jurídico interno está o chamado controle de convencionalidade que consiste na compatibilização da lei interna com os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Estado e em vigor no país. O referido controle pode ser exercido de forma difusa ou concentrada e busca adaptar ou conformar atos ou leis internas dentro dos acordos internacionais assumidos.

Em linhas gerais, trata-se de controle semelhante ao clássico controle de constitucionalidade⁵¹. Enquanto o controle de constitucionalidade embasa-se na supremacia da Constituição, que decorre da construção teórica do poder constituinte e que é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o controle de convencionalidade embasa-se no dever internacional de cumprir com os tratados e acordos internacionais celebrados que resultam na supremacia da Convenção⁵².

Existem três fundamentos principais para o referido controle, sendo eles: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações

⁵¹ VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵² IRIS SARAIVA RUSSOWSKY, *O controle de convencionalidade...* p.65.

internacionais por parte dos Estados; o princípio do efeito útil dos convênios cuja eficácia não pode ser afastada por normas praticas dos Estados, e, por fim, o princípio internacionalista que conforme prevê a Convenção de Viena, uma norma interna não pode eximir o Estado de cumprir as normas pactuadas nos tratados por ele ratificados⁵³.

A Corte Interamericana traz em sua jurisprudência que o Estado, ao fazer parte de um tratado internacional passa a ter todos os seus órgãos submetidos a ele, desse modo, todas as autoridades estatais possuem a obrigação de exercer o controle de convencionalidade das normas internas em relação às normas internacionais⁵⁴.

O juiz nacional é agora um juiz interamericano, portanto deve aplicar o controle de convencionalidade de forma difusa, mediante a aplicação, na esfera doméstica, de princípios, incorporação das normas e na aplicação da jurisprudência em matéria de Direitos Humanos no contexto latino americano⁵⁵.

O controle de convencionalidade é realizado de forma concentrada pela Corte interamericana, visto que é ela que tem a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana, conferindo a prevalência da aplicação da norma mais benéfica em sua jurisprudência.

A Convenção prevê, em seu artigo 1º, a obrigação de respeitar os direitos e em seu artigo 2º fala do dever de adotar disposições de direito interno. Para a doutrina, a combinação dos dois artigos deu

⁵³ IRIS SARAIVA RUSSOWSKY, *O controle de convencionalidade...* p. 65, ao citar Nestor Pedro Sagués.

⁵⁴ A Corte Interamericana impõe aos juízes nacionais o dever de realizar o controle de convencionalidade, entretanto, ainda há resistência no caso do Brasil.

⁵⁵ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 94.

origem ao controle de convencionalidade como uma obrigação estatal, entretanto trata-se de uma opção do Estado, vez que a jurisdição da CIDH é facultativa.

Demais disso, o sistema interamericano possui permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, principalmente no que se refere à aplicação do princípio *pro persona*, ou seja, da prevalência da norma mais benéfica à vítima. A exemplo disso observamos o artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que somado a regra interpretativa do artigo 29 da Convenção Interamericana, que também enuncia a aplicação da norma mais benéfica, mostrando assim a hermenêutica dos Direitos Humanos no sentido de proteção⁵⁶.

No Tribunal Europeu de Direitos Humanos o entendimento é que o Estado não pode atuar no controle de convencionalidade *in abstracto*, porém essa limitação não se aplica nos casos entre Estados e sim naqueles que envolvem requerimentos individuais⁵⁷.

A capacitação em Direito Internacional dos Direitos Humanos para os juízes e operadores do direito também é de suma importância para a aplicação efetiva dos Direitos Humanos e o consequente fortalecimento do Estado Democrático de Direito. A independência do Poder Judiciário também é importante, no sentido de estar relacionada de forma direta a combater a violação de Direitos Humanos em âmbito nacional⁵⁸.

⁵⁶ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 93.

⁵⁷ GABRIELA KNAUL, *O papel dos juízes na efetivação dos Direitos Humanos*. Julgar, nº 22 – Janeiro/Abril 2014, Coimbra Editora S.A, p. 155.

⁵⁸ Idem, p.157. A Relatoria Especial das Nações Unidas sobre a independência dos juízes e advogados constatou que tais profissionais, especialmente os juízes, não fazem referência às normas internacionais de Direitos Humanos por não

É importante frisar que as cláusulas de compatibilização, derrogações e limitação, reservas permissíveis, cláusulas facultativas e prévio esgotamento dos recursos internos, que tem como escopo prevenir conflitos entre as jurisdições interna e internacional, funcionam em casos específicos, devendo haver previsão legal, limitação das situações que poderão ser utilizadas e fundamentação do Estado, tendo em vista que devem ser aplicadas no interesse da coletividade e funcionam como uma forma de atender as necessidades de caráter emergencial do Estado, diante de situações imprevisíveis. Por essa razão são reservas permitidas dentro dos próprios tratados⁵⁹.

No que se refere especificamente a Justiça Juvenil o controle de convencionalidade é de suma importância, vez que a aplicação das normas de Direito internacional devem ser consideradas pelo magistrado de primeira instância quando determina ao jovem infrator uma sentença com aplicação de medida socioeducativa.

No Brasil, por exemplo, o Direito Internacional ainda é muito distante da realidade do profissional da área jurídica, diferente do que ocorre nos países europeus, que respiram o Direito Internacional não somente pela questão geográfica, como também pela União Europeia, que é o modelo de união econômica e política de maior sucesso mundialmente. Aqui o Mercosul não conseguiu se efetivar de maneira plena no que se refere a economia e arrisco dizer que um dos fatores impeditivos é essa total separação e distância do ordenamento internacional e interno.

Voltando a Justiça Juvenil, no caso brasileiro, a aplicação da

conhecê-las ou por não compreender a ligação entre os direitos fundamentais elencados na legislação interna e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁵⁹ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional...* Volume I, p. 524 e ss.

legislação interna é o que basta para os profissionais da área. Não há qualquer ligação com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que se faz, na maioria dos casos, e quando os mesmos são citados foca-se na vertente histórica da evolução das normas e não no sentido do Brasil ser um Estado Parte naquele acordo.

Ou seja, não faz parte da prática do Poder Judiciário brasileiro exercer o controle de convencionalidade, assim como também não faz parte da rotina dos agentes políticos nacionais empregar o Direito Internacional de proteção dos Direitos Humanos.

Apesar de toda evolução da jurisprudência do STF com relação à internalização dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno, ainda há um longo caminho a ser percorrido, vez que a jurisprudência internacional não é considerada um instrumento obrigatório na interpretação e aplicação do direito por parte dos agentes públicos. Se assim fosse, haveria uma maior cooperação entre a jurisdição interna e internacional, a exemplo do que se vê nos países europeus.

Nesse sentido, temos o artigo 10.2 da Constituição espanhola, que prevê que os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com os tratados de Direitos Humanos ratificados pela Espanha. O artigo 16.2 da Constituição portuguesa determina que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na Constituição holandesa, o artigo 94 consagra uma primazia geral do direito convencional sobre o direito interno, inclusive sobre o de natureza constitucional. Há ainda o § 19 do Capítulo 2 da Constituição sueca que assenta que os tribunais nacionais e os agentes públicos estão obrigados a não considerar leis ou outras disposições legais, que contrariem

claramente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e, por fim, o exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que determina que os direitos fundamentais e os princípios da Lei Fundamental devem ser interpretados de acordo com a CEDH, assim como em conformidade com a jurisprudência do TEDH⁶⁰.

Por essa razão, a necessidade de capacitação é de extrema importância para que controle de convencionalidade seja aplicado e observado desde a primeira instância, vez que exercê-lo é uma obrigação.

⁶⁰ ELEONORA MESQUITA CEIA, *A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*, p.145.

Capítulo 2. Justiça Juvenil:

Nesse capítulo serão abordados os diferentes sistemas de Justiça Juvenil e a constante discussão se o modelo ideal é o especializado ou o que mais se aproxima do sistema penal aplicado para os adultos.

O enfoque maior da pesquisa será dado aos sistemas português e brasileiro, sendo que em ambos os países a Justiça Juvenil é tratada de forma bastante semelhante. No Brasil temos o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90) e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE (Lei nº 12.594/12). Já em Portugal, o assunto é tratado pela Lei Tutelar Educativa - LTE (Lei nº 166/99).

Embora as medidas socioeducativas previstas nos países sejam análogos e resultantes dos tratados internacionais ratificados pelos mesmos, o ECA é amplo e trata de crianças e adolescentes não só no âmbito infracional. Já a LTE é específica para adolescentes que cometem ato infracional.

Com relação aos modelos adotados, temos o seguinte cenário: no Brasil, o sistema tem caminhado para o neo-correccionalismo. Já Portugal adota um modelo híbrido com características da justiça restaurativa e intervenção mínima, não havendo características do neo-correccionalismo, tendo em vista que a duração máxima da medida é a mais baixa da Europa⁶¹.

⁶¹ Segundo ANTÓNIO CARLOS DUARTE FONSECA o sistema de Justiça Juvenil português possui um ponto controverso que é a maioridade penal fixada em 16 (dezesseis) anos não nivelada à maioridade civil, como ocorre no restante da Europa. Para o autor é um retrocesso, vez que os adolescentes e jovens infratores foram retirados da esfera penal (pela Lei de Proteção à Infância) e no modelo atual voltam ao sistema penal comum, indo contra a Convenção dos Direitos da Criança, sendo que Portugal foi um dos primeiros países a ratificar. Além disso, há jovens com idades entre 16 e 18 anos em estabelecimentos prisionais comuns, o que não é apropriado e gera uma violação direta de direitos

É importante salientar que Brasil e Portugal possuem algumas diferenças decorrentes da legislação interna. A medida de privação do direito de conduzir, prevista na lei tutelar portuguesa, por exemplo, não se aplica no Brasil, vez que o direito de conduzir decorre da maioridade civil, que somente ocorre aos 18 (dezoito) anos.

Outras diferenças entre os sistemas serão pontuadas mais adiante de acordo com as especificidades dos pontos tratados, entretanto a principal delas é o aspecto econômico e social dos dois países, nomeadamente no que se refere à área de saúde, educação e também a influência devido ao índice populacional.

2.1. Modelos de Justiça Juvenil:

Não havia noção de Justiça Juvenil até a elaboração da legislação internacional específica, que orientou todo o trabalho do legislador interno de cada país, limitando com base nisso, a existência de valores universais que vão além da supranacionalidade de cada Estado.

Existe atualmente a discussão entre o modelo de Justiça Juvenil especializada e o do direito penal juvenil. O primeiro modelo tem a punição como forma de tratamento, tendo como foco o adolescente infrator e não o ato infracional cometido. No segundo modelo, o Estado protege a sociedade e os direitos individuais do menor infrator

dispostos nos diplomas internacionais.

O Brasil caminha para o mesmo problema se a idade penal passar de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos, posto que na esfera cível a maioridade continuará sendo a de 18 (dezoito) anos. A Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993 foi aprovada em dois turnos pela Câmara dos Deputados e seguirá para aprovação do Senado, conforme procedimento legislativo que regulamenta o exercício do Poder Constituinte derivado no Brasil. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493> (Consultado em 27/02/2016).

contra a ação estatal arbitrária. A punição deve ser proporcional à gravidade do ato praticado⁶².

O sistema de Justiça Juvenil possui três modelos distintos defendidos por legisladores e doutrinadores, sendo eles: o modelo de justiça reparadora, o da intervenção mínima e o neo-correccionalista⁶³.

O primeiro deles baseia-se na relação extrajudicial de conflito, onde a vítima e a família do adolescente são envolvidos no processo por meio da mediação e conferências com o grupo familiar e a comunidade.

Pode-se dizer que o mesmo decorre da Convenção Sobre os Direitos da Criança que prevê no artigo 40º, 3, b, a adoção de mecanismos aplicáveis aos menores que praticam ato infracional, sem necessidade da instauração de um processo judicial⁶⁴.

Entretanto, resta claro que esse modelo, até por contar com a não intervenção judicial, deve ser utilizado quando o ato infracional praticado não for grave, devendo ser aplicado de forma alternativa ao sistema comum de Justiça Juvenil⁶⁵.

De acordo com a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) a justiça restaurativa consiste no processo através do qual todos os envolvidos em um ato de ofensa reúnem-se para decidirem em conjunto como lidar com as circunstâncias e suas

⁶² BRUNA GISI MARTINS DE ALMEIDA, *A avaliação do arrependimento como critério para execução de medidas socioeducativas no sistema de justiça juvenil*, p. 17.

⁶³ ANTÔNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Sobrevivência e erosão do paradigma da proteção em sistemas europeus de justiça juvenil*. Ousar e integrar – revista de reinserção social e prova, nº 7 – Setembro de 2010, Textype-Artes Gráficas Ltda, p. 64.

⁶⁴ GEMMA PÉREZ SOUTO, *Direitos humanos e justiça juvenil...*p. 27.

⁶⁵ Idem, p.27.

implicações para o futuro⁶⁶.

O objetivo essencial da justiça restaurativa é a responsabilidade ativa, onde o autor do ato é confrontado com a responsabilidade do que fez e ao mesmo tempo é convidado a assumir ativamente essa responsabilidade, buscando contribuir na solução do problema causado.

Países como Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos foram pioneiros na aplicação da justiça restaurativa, sendo no Canadá, na década de 70, a primeira iniciativa no âmbito da justiça de menores⁶⁷.

A institucionalização da justiça restaurativa alcançou, a partir de então, uma popularidade internacional, devido a sua capacidade de responder de modo eficaz nos casos de delinquência juvenil, concretizando, assim, as finalidades perseguidas pelos sistemas de justiça de menores, quais sejam: a responsabilização do ofensor, através do reconhecimento dos danos provocados e das necessidades da vítima; a reintegração do jovem infrator na comunidade e, por fim, a mobilização de uma lógica de responsabilidade compartilhada⁶⁸.

Uma das críticas ao modelo é que sua aplicação é restrita a atos menos graves, excluindo do benefício menores que cometeram atos mais graves, entretanto, para conseguir a efetividade plena seria necessário mudar a forma de atuação dos profissionais envolvidos na área.

Por fim, o modelo neo-correccionalista é caracterizado pela

⁶⁶ Disponível em <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf> (Consultado em 27/02/2016).

⁶⁷ JOANA MADURO, em *A justiça de menores portuguesa...*p 42.

⁶⁸ Idem, p. 42.

semelhança com o modelo de justiça penal, com ênfase em repressão e punição, onde os tribunais especializados dão lugar aos tribunais comuns, não havendo assim, divisão entre matéria de adultos, adolescentes e crianças.

Desse último modelo nasce a teoria de gestão e controle de riscos,⁶⁹ que ocasiona na substituição do ideal de reabilitação para a responsabilidade individual. Dessa forma, o Estado do bem estar social dá lugar ao Estado securitário, onde não é interessante investir nas causas de redução das desigualdades sociais e outras correlatas, que são apontadas como uma das razões dos atos infracionais cometidos por adolescentes⁷⁰.

Contudo, face o artigo 40º, 3 da Convenção Sobre os Direitos da Criança, o fato dos tribunais especializados darem lugar aos tribunais comuns, seria uma forma de descumprir o referido documento, tendo em vista que a orientação do mencionado artigo é justamente baseada no princípio da especialização⁷¹, que prevê pelos Estados Parte a promoção de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para o atendimento de menores que cometam atos infracionais.

Existe a necessidade de diferenciar o sistema de Justiça Juvenil do sistema penal. Embora o ato infracional seja o crime praticado pelo adolescente, o legislador optou pelo tratamento diferenciado

⁶⁹ BRUNA GISI MARTINS DE ALMEIDA, *A avaliação do arrependimento...*p.08, relata que Francis Bailleau e Yves Cartuyvels realizaram uma pesquisa em vários países europeus sobre a justiça juvenil.

⁷⁰ Teoria de Bailleau e Cartuyvels explicitada por António Carlos Duarte Fonseca, Joana Maduro e Bruna Gisi Martins de Almeida, mostra a lógica onde a opinião pública tem mais valor do que a ordem pública. Essa guinada punitiva, na qual os adolescentes são julgados como adultos retira a intervenção do infrator, passando a mesma para a infração. Na teoria defendida por George Herbert Mead, a diferença entre a justiça juvenil e a criminal é que a primeira não separa a proteção da sociedade e a inclusão social do jovem infrator.

⁷¹ GEMMA PÉREZ SOUTO, *Direitos humanos e justiça juvenil...* p. 28.

entre crianças, adolescentes e adultos. Em linhas gerais, o sistema penal possui a lógica da norma, sanção e processo. Já o sistema socioeducativo optou pela norma, processo e por último pela sanção⁷².

O chamado direito infracional especial⁷³ seria um retrocesso, tendo em vista que a legislação voltada para o atendimento socioeducativo não prevê apenas a punição, como no Direito Penal, ou seja, não visa o caráter retributivo da pena, mas sim o caráter pedagógico da punição, que almeja interromper a trajetória infracional do indivíduo, interferindo em seu processo de desenvolvimento.

Por essa razão, a legislação voltada para o atendimento socioeducativo estabelece critérios, tais como o direito à educação, profissionalização, saúde, esporte, lazer, cultura, dentre outros. Para o Direito Penal, não é relevante se o indivíduo vai passar por transformação ou não depois do cumprimento da pena.

Em posição contrária temos o Direito Penal Juvenil⁷⁴, que entende que o Estatuto da Criança e do Adolescente inseriu no Brasil

⁷² CARLOS NICODEMOS, *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, p. 64.

⁷³ Corrente esta que, de acordo com IVAN DE CARVALHO JUNQUEIRA, *Ato Infracional e Direitos Humanos*, p. 82/83, defende o caráter sancionatório e punitivo da medida socioeducativa, com as características do garantismo penal. No Brasil ela é defendida por Alexandre Morais da Rosa, Olympio de Sá Sotto Maior Neto e Paulo Afonso Garrido de Paula.

⁷⁴ IVAN DE CARVALHO JUNQUEIRA, *Ato Infracional...* p.83 Emílio Garcia Mendéz, Mary Bellof, João Batista Costa Saraiva, Karyna Batista Sposato e outros defendem tal posição.

Para Karyna Batista Sposato, o Direito Penal Juvenil está de acordo com a legislação internacional, principalmente no que se refere aos princípios da condição peculiar da criança e do adolescente e o melhor interesse. Em "Princípios e garantias para um Direito Penal Juvenil mínimo" em *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD. 2006, p. 271.

o sistema de responsabilização do adolescente que comete ato infracional, tendo, portanto natureza garantista, inspirado por princípios que limitam o poder sancionatório do Estado, por meio do caráter pedagógico da medida, que não deixa de ser retributiva e de seguir aos princípios mínimos do Direito Penal⁷⁵.

Em Portugal, assim como em outros países europeus, o legislador também não renunciou ao preceito da educação, dessa forma, a intervenção não visa à mera punição do menor, devendo ter lugar a necessidade de educá-lo para os valores jurídicos fundamentais da sociedade. Esses valores devem subsistir no momento da aplicação da medida socioeducativa⁷⁶.

Sob esse prisma, resta claro que os adolescentes que cometem ato infracional são submetidos a uma legislação especial, entretanto, não há que se confundir com impunidade. O que existe é uma limitação da lei que tem como pilar o princípio do respeito à condição peculiar de desenvolvimento, que não implica na desresponsabilização e sim em um nível diferente de responsabilização.

⁷⁵ JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, *As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional* em *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD. 2006, p. 180. O Direito Penal Juvenil foi a nova ordem resultante da Convenção Das Nações Unidas de Direitos da Criança.

⁷⁶ JOANA MADURO, *A justiça de menores portuguesa...*p. 47.

2.2. Os diferentes sistemas de Justiça Juvenil:

A Justiça Juvenil possui sistemas variados, embora muitos países tenham acolhido as orientações internacionais. As idades estipuladas a partir da qual uma criança pode ser criminalmente responsável variam de 7 (sete) a 16 (dezesesseis) anos na Europa, por exemplo.

Os países escandinavos, por exemplo, são considerados modelo de justiça tendo em vista o amplo rol de garantias processuais e a determinação de tempo exato da medida aplicada, embora, com exceção da Noruega, não tenham criado tribunais especiais para o tema⁷⁷.

A Inglaterra possui a fixação da idade mais baixa de toda Europa, sendo estipulada a responsabilidade penal juvenil aos 10 (dez) anos. O sistema de Justiça Juvenil inglês adota o modelo neo-correccionalista, principalmente depois de 1999, ano em que a lei passou por reforma⁷⁸. Paralelo ao modelo de justiça penal tradicional há também atuação na jurisdição cível, podendo o tribunal aplicar medida de internação em regime fechado para crianças que tenham

⁷⁷ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Sobrevivência e erosão...*p. 65 e ss, explica que na Bulgária e na Escócia as medidas impostas a adolescentes são determinadas por uma comissão de justiça, normalmente composta por entidades de apoio e proteção, entretanto, as medidas restritivas de liberdade precisam ser confirmadas pelo Tribunal Criminal, o que de certa forma funciona como uma garantia processual. Na Suécia, para não haver problemas com a garantia de um processo equitativo e justo para jovens, tendo em vista a ausência de tribunal especializado, criou-se um controle judicial das medidas aplicadas por comissões, onde foi estabelecida a reserva judicial para os casos de internação. Também não criaram tribunais especializados países como a Estônia e Letônia, Eslováquia, Romênia e Rússia, por inspiração do modelo soviético que privilegia o controle da delinquência juvenil por meio da medida de internação.

⁷⁸ Youth Justice and Criminal Evidence Act. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/pdfs/ukpga_19990023_en.pdf (Consultado em 24/02/2016).

idade inferior a estipulada e que necessitem de apoio e proteção⁷⁹.

O modelo de justiça juvenil da Bélgica passou por reformas em 2006 com a finalidade de proteger, sancionar e reparar os jovens infratores, voltado para a responsabilização do indivíduo⁸⁰. Trata-se do modelo de proteção ou do bem estar, acompanhado pela prática da justiça restaurativa também adotado pela Bulgária, Polônia e Escandinávia⁸¹.

Na Bélgica foi inserido o estágio parental, que consiste na implicação dos pais do adolescente que cometeu ato infracional no sentido de uma medida de caráter penal, que estipula 50 (cinquenta) horas de estágio que englobará diversos temas que tenham relação com a integração daquele jovem na sociedade⁸².

Na mesma linha de atuação, a Grã Bretanha instituiu o *Parenting Order*, que consiste na obrigação imposta aos pais de adolescentes que cometeram ato infracional e não foram a escola por razão injustificada, a assistirem cursos e aulas durante o período de três meses, cabendo sanção pecuniária caso não cumpram a lei⁸³.

Na Itália é utilizado o modelo de justiça que evita a aplicação de intervenções prolongadas sob o prisma do melhor interesse da criança. Dessa forma, o sistema italiano enfatiza as garantias processuais. Na Escócia e no Japão é utilizado o modelo de intervenção mínima, caracterizado pela via participativa e pela

⁷⁹ ANTÓNIO CARLOS DUARTE-FONSECA, *Sobrevivência e erosão...*p. 65 e ss.

⁸⁰ DOMINIQUE DE FRAENE, *A proteção da juventude belga nas brumas da responsabilização*. Ousar e integrar – revista de reinserção social e prova, nº 8 – janeiro de 2011, Textype-Artes Gráficas Ltda, p.80.

⁸¹ JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar...*, p. 17.

⁸² Idem, p. 94.

⁸³ Idem, p. 95.

informalidade dos atos⁸⁴.

Os Estados Unidos, por ser um dos únicos países que não ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança⁸⁵, possui sistema bastante peculiar e distinto dos demais países aqui relacionados, razão pela qual merece destaque.

No sistema americano a justiça juvenil funciona de maneira independente, sendo que cada estado da federação possui jurisdição própria e independente do sistema federal⁸⁶, portanto, os limites mínimos e máximos de idade para responsabilização variam consideravelmente. Em alguns estados ela começa aos 6 (seis) anos e em outros, finda aos 24 (vinte e quatro) anos, entretanto, na maioria dos estados americanos o critério utilizado é 17 (dezessete) anos⁸⁷.

A atuação federal é bastante limitada, com exceção de determinadas matérias, tais como crimes contra o sistema financeiro, serviços postais e de alfândega e importação de medicamentos. Para os demais atos cometidos por menores, os estados cuidam do processo isoladamente⁸⁸.

Um dos fatos mais significativos, envolvendo Justiça Juvenil no país, foi a decisão da Suprema Corte Americana, que proferiu diversas decisões nas décadas de 60 e 70 considerando aplicável, nos procedimentos estaduais envolvendo atos infracionais cometidos por

⁸⁴ Idem, p. 17

⁸⁵ Assinada em 1995, entretanto nunca foi ratificada pelo Senado.

⁸⁶ Embora exista o Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention (OJJDP), órgão que pertence ao Departamento de Justiça Americano.

⁸⁷ Juvenile Justice in the United States p. 08 disponível em http://www.esc-eurocrim.org/files/jjt_juvenile_justice_in_the_united_states.doc (Consultado em 16/02/2015).

⁸⁸ MICHAEL J. CHURGIN, *The role of the United States Federal Government em juvenile justice*, p.38

menores, a cláusula do devido processo legal, da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos⁸⁹.

Foi sustentado que o adolescente restrito de liberdade tem direito a ser representado por advogado, devendo o estado nomear um defensor, caso necessário. Tal decisão fez com que vários estados alterassem a legislação interna.

Com relação à aplicação da pena de morte, foi declarada pelo Congresso, em 1992, mesma época em que os EUA ratificava o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a possibilidade de aplicação quando os réus fossem menores de 18 (dezoito) anos na data do crime. Entretanto, tal decisão foi suspensa em 2005 pela Suprema Corte, tendo em vista que a determinação viola a Constituição americana⁹⁰.

2.3. A legislação socioeducativa no Brasil:

Inicialmente, no Brasil, não havia legislação específica sobre o tema, em síntese, em 1923 foi criado o primeiro juizado de menores do país, seguido do Código de Menores de 1927 e posteriormente alterado em 1979. O período é marcado pela associação entre o controle de criminalidade e a assistência social. A legislação era totalmente voltada para menores abandonados e delinquentes⁹¹.

⁸⁹ MICHAEL J. CHURGIN, *The role of the United States...*, p.41.

⁹⁰ Idem, p. 41.

⁹¹ De acordo com IVAN DE CARVALHO JUNQUEIRA, *Ato Infracional...* p.29 e ss. a primeira fase do desenvolvimento do direito juvenil consiste na denominada pena indiferenciada. A exemplo disso tivemos o Código Criminal do Império, de 1830, que trazia em seu artigo 10, § 1º, que os menores de 14 anos não seriam julgados como criminosos. Já o Código Penal Republicano, de 1890, impôs a responsabilidade penal aos 9 anos. Depois disso foram surgindo às primeiras instituições para acolhimento de menores, normalmente de origem humilde. Na visão do autor a época foi marcada pela compaixão/repressão. A etapa seguinte,

A chamada situação irregular⁹² caracteriza todo o período anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, que deu início à fase garantista, decorrente de todos os diplomas internacionais tratados anteriormente neste trabalho.

A Constituição de 1988, marcada por um período pós-ditadura no país, trouxe elencado em seus artigos princípios basilares que foram replicados dois anos mais tarde no Estatuto.

Além do princípio da igualdade, trazido no caput do artigo 5º, o princípio da prioridade absoluta, do artigo 227 da Constituição e repetido artigo 4º do ECA nos mostra que mesmo os adolescentes que cometem ato infracional tem o direito à prioridade absoluta. O ECA não foi destinado apenas a jovens infratores e sim a todas as crianças e adolescentes, portanto, há que se considerar a prioridade absoluta na totalidade dos destinatários da lei e não apenas de alguns⁹³.

O princípio da brevidade, disposto no artigo 227, §3º, V da Constituição está vinculado ao fato da medida socioeducativa não ter um prazo fixo estipulado. O artigo 121 do ECA é explícito ao delimitar como prazo máximo na aplicação o limite de até três anos, devendo considerar o ato mais gravoso na aplicação da medida.

O princípio da excepcionalidade decorre das Regras Mínimas

chamada tutelar foi incorporada no Brasil por meio dos Códigos de menores, de 1927 e 1979, respectivamente, onde foi dado ao magistrado um amplo poder discricionário, o que resultou num pseudo acolhimento.

⁹² A situação irregular era marcada pelo caráter tutelar, onde o menor era tratado como delinquente, abandonado e pervertido. O juiz decretava uma medida terapêutica e normalmente afastava aquele adolescente do convívio social em internatos ligados a religião. Tratava-se da política de atendimento higienista e ligada à repressão e compaixão. As decisões judiciais eram autoritárias e não fundamentadas. O próprio juiz, nessa época, era classificado de "juiz de menores".

⁹³ IVAN DE CARVALHO JUNQUEIRA, *Ato Infracional...* p. 78.

para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, onde a medida de internação é colocada como última opção e pelo menor tempo possível, limitada a casos excepcionais e atos graves.

Entretanto, ainda nos deparamos com muitas decisões judiciais onde a medida socioeducativa é aplicada como mero caráter punitivo, ou seja, dando tratamento semelhante ao Direito Penal. Isso reflete na necessidade de capacitação dos órgãos de justiça para a preservação dos direitos dos adolescentes infratores, vez que ainda hoje nos deparamos com a aplicação da medida de internação para atos passíveis de aplicação de medida diversa.

De acordo com o Relatório sobre a Situação da Adolescência Brasileira, elaborado pela UNICEF em 2011⁹⁴, a internação ainda prevalece em detrimento à aplicação de outras medidas, mas com o advento do SINASE as medidas de Semiliberdade e o Meio aberto passaram a ser mais aplicadas, embora ainda não tenham se efetivado como medidas prioritárias. Entretanto, já podemos observar uma avanço no sistema de Justiça Juvenil brasileiro.

O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, estabelecido pelos artigos 227, §3º, V da Constituição e pelo artigo 6º do ECA em conjunto com os demais princípios mostram o caráter pedagógico da medida.

Com o advento do Estatuto a universalização de direitos das crianças e adolescentes foi corroborada e os mesmos passaram a condição de sujeitos de direitos, o que antes não ocorria, passando então a estar em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e toda legislação internacional correlata ao tema⁹⁵.

⁹⁴ Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/br_sabrep11.pdf. (Consultado em 26/01/2015).

⁹⁵ Declaração dos Direitos da Criança (1959), Regras de Beijing (1985) e Diretrizes

Demais disso, a medida socioeducativa passa a ter como objetivo primordial a socioeducação, mostrando assim o caráter pedagógico da mesma. Por essa razão, o ECA manteve o tempo indeterminado da mesma, assim como já previsto no Código de Menores.

Conforme disposto no artigo 112 do ECA as medidas socioeducativas são elencadas da seguinte maneira:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE surgiu como forma de orientar, por meio de diretrizes objetivas, a execução do atendimento socioeducativo, sendo sua primeira versão apresentada no ano de 2006⁹⁶.

Seu fundamento principal foi pautado na necessidade de enfrentamento de situações de violência que envolve adolescentes que cometeram atos infracionais ou foram vítimas de violação de

de Riad (1988).

⁹⁶ O SINASE foi fruto de uma parceria de vários setores governamentais, entidades da sociedade civil sob o comando da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, da Presidência da República e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA (criado em 1991 como instância principal para tratar dos assuntos ligados a criança e adolescente no Brasil).

direitos no cumprimento da medida socioeducativa⁹⁷.

Demais disso, teve como premissa básica a necessidade de construir parâmetros e procedimentos mais justos e objetivos, com intuito de limitar a discricionariedade, reafirmando, dessa forma, o ECA no que se refere ao caráter pedagógico da medida socioeducativa. O SINASE foi baseado nos acordos internacionais de Direitos Humanos, especialmente na área dos direitos da criança e do adolescente, dos quais o Brasil é signatário⁹⁸.

Em janeiro de 2012 as diretrizes do SINASE viraram a Lei nº 12.594, tornando-se imperativa a todos os estados brasileiros. Ela contempla os eixos que devem ser comuns a todas as medidas socioeducativas, sendo eles o suporte institucional e pedagógico, a educação, esporte, cultura e lazer, saúde, abordagem familiar e comunitária, profissionalização, trabalho e previdência e o eixo da segurança⁹⁹.

O artigo 35 elenca os princípios a serem observados na execução das medidas socioeducativas, dentre eles merecem destaque o da legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido a um adulto, o da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, a prioridade às medidas e práticas restaurativas, a proporcionalidade em relação à ofensa cometida, a brevidade, dentre outros.

No último Levantamento Anual do SINASE, referente ao ano de

⁹⁷ Motivo exposto na apresentação do SINASE.

⁹⁸ Motivo exposto na apresentação do SINASE.

⁹⁹ É importante mencionar que o sistema brasileiro coloca como eixos da medida socioeducativa o que o Estado português já oferece a todo cidadão, nomeadamente educação e saúde. No caso brasileiro, muitas vezes o adolescente em cumprimento de medida passa a ter o primeiro contato com a rede pública de ensino e a rede de saúde somente depois que comete o ato infracional, quando já está sob a tutela do Estado.

2013, foi constatado que 23.066 (vinte e três mil e sessenta e seis) jovens, na faixa etária de 12 (doze) a 21 (vinte e um) anos estão em cumprimento de medida socioeducativa de internação, internação provisória (aguardando sentença definitiva) e semiliberdade em todo o país¹⁰⁰.

De acordo com esse levantamento, a população de jovens em cumprimento de medida no Brasil representa 0,08% da população entre a faixa etária de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos.

Do número de jovens restritos de liberdade, foi apurado que 64% (sessenta e quatro por cento) estão em cumprimento de medida de internação, 23% em internação provisória, 10% em cumprimento de medida de semiliberdade e 3% em cumprimento de outras medidas.

Os principais atos cometidos são os atos análogos ao crime de roubo, tráfico de drogas e homicídio, ou seja, os crimes contra o patrimônio ainda são os de maior significância¹⁰¹.

2.4. A legislação socioeducativa em Portugal:

Assim como no Brasil, o tratamento dispensado a menores em Portugal no século XX era voltado ao assistencialismo e extremamente associado à vulnerabilidade social.

O sistema judicial teve como marco a Lei de Proteção à Infância – LPI, de 27 de maio de 1911, que foi o primeiro diploma legal

¹⁰⁰ Levantamento Anual do SINASE 2013 – disponível em <http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>. (Consultado em 16/02/2016).

¹⁰¹ No Levantamento Anual do SINASE – 2013 consta que 42,03% dos atos praticados correspondem ao ato análogo ao roubo, 24,81% a tráfico de drogas e 9,23% a homicídio. O levantamento também mostra que 96% dos adolescentes em cumprimento de medida são do sexo masculino.

voltado para infância e juventude no país, que diferenciava crianças e adultos em matéria de punição por cometimento de crime ou outra conduta ilícita.

A partir dessa lei foram criados os primeiros tribunais especializados, chamados de Tutorias da Infância, que colocou fim na aplicação do Código Penal e de Processo Penal a crianças que cometiam crimes¹⁰².

Entretanto, como dito anteriormente, a lei era voltada para o assistencialismo e acreditava que a disciplina rígida era a fórmula ideal para retirar esses jovens da mendicância e purificá-los para ter uma boa conduta. Dessa época em diante foram criadas várias instituições com o intuito de educar crianças e adolescentes.

Em 1962 foi publicada a Organização Tutelar de Menores – OTM, que dispunham de quais medidas poderiam ser aplicadas a menores infratores. A determinação de cumprimento de medida, que tinha como idade mínima a de 09 (nove) anos, em lar de semi-internato e o internamento em instituto médico-psicológico ou de reeducação somente poderia ser decretada em relação aos menores com tendências criminosas ou acentuada propensão para a mendicância, vadiagem, prostituição, libertinagem ou indisciplina e para os quais o próprio internamento em estabelecimento de assistência se mostrasse insuficiente¹⁰³.

Em 1978 a OTM passou por reformas e vigorou até a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa – LTE, de 1999, que rompeu o caráter de proteção assistencialista e passou a considerar a responsabilização dos menores que cometem ato infracional da forma

¹⁰² MARISA CANDEIAS e HELDER HENRIQUES, *1911/2011:Um século de Proteção de Crianças e Jovens*, p. 03.

¹⁰³ Idem, p. 03.

como conhecemos atualmente.

A LTE se assemelha a lei brasileira sob a perspectiva da responsabilização educativa e não penal do adolescente que comete o ato infracional, tendo igualmente o caráter pedagógico da medida.

As mesmas estão elencadas no artigo 4º da seguinte forma:

I - admoestação;

II - A privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores;

III - A reparação ao ofendido;

IV - A realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade;

V - A imposição de regras de conduta;

VI - A imposição de obrigações;

VII - A frequência de programas formativos;

VIII - O acompanhamento educativo;

IX - O internamento em centro educativo.

Nota-se que o modelo português possui um rol mais amplo de medidas tutelares do que o brasileiro, nomeadamente no que tange a privação do direito de conduzir ciclomotor e a imposição de regras de conduta¹⁰⁴.

Outra diferença consiste na medida tutelar de internamento, que pode ser no regime aberto, semiaberto ou fechado¹⁰⁵.

¹⁰⁴ As medidas descritas nos itens IV, VI, VII e VIII se assemelham ao que chamamos no Brasil de medidas em meio aberto, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida previstas nos artigos 117 e 118 do ECA.

¹⁰⁵ No Brasil temos a medida de semiliberdade, que muito se aproxima do regime aberto português. A mesma está prevista no artigo 120 do ECA e conforme

O regime aberto é aplicado nos casos menos graves e pode ter a duração de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Nela o adolescente permanece no Centro Educativo, mas frequenta atividades socioeducativas preferencialmente externas. A eles também é permitido passar os fins de semanas e férias com a família ou representante legal.

O regime semiaberto¹⁰⁶ é aplicado nos casos mais graves e tem a mesma duração do regime aberto, entretanto, o adolescente, além de permanecer na Unidade, pratica todas as atividades dentro da mesma, podendo apenas passar férias com a família ou representante legal.

Por fim, o regime fechado¹⁰⁷ é aplicado aos casos mais graves, podendo ter a duração entre 6 (seis) meses a 3 (três) anos. Nesse caso o adolescente permanece no Centro Educativo onde cumpre todas as atividades, podendo apenas sair com acompanhamento para atividades jurisdicionais, encaminhamentos de saúde ou algum outro motivo excepcional.

Em novembro de 2015¹⁰⁸ havia 150 (cento e cinquenta) adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa nos centros educativos do país, sendo 26 (vinte e seis) em cumprimento de regime fechado, ou seja, por cometimento de atos mais graves.

orientação do SINASE deve ser cumprida em Unidades localizadas em bairros comunitários e em moradias residenciais com capacidade máxima para 20 (vinte) adolescentes.

¹⁰⁶ O regime semiaberto é o que mais se aproxima do modelo de internação no Brasil.

¹⁰⁷ No Brasil não temos o regime fechado nos mesmos moldes de Portugal, tendo em vista que o ECA permite a realização de atividades externas salvo expressa determinação judicial em contrário.

¹⁰⁸ De acordo com a Estatística Mensal do Centros Educativos – novembro de 2015 emitida pela Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais disponível em <file:///C:/Users/m1179207/Downloads/Dados%20estat%C3%ADsticos%20CE%20-%20novembro2015.pdf> (Consultado em 12/01/2016).

Os principais atos cometidos são contra o patrimônio, no caso roubo e furto e crime contra as pessoas, sendo eles, ameaça e coação e ofensa à integridade física voluntária simples¹⁰⁹.

O que na legislação brasileira é colocado como eixos da medida socioeducativa, na legislação portuguesa os programas educativos e terapêuticos são elencados na Subseção III do Decreto lei nº 323-D/2000, inclusive os programas relacionados à educação e saúde.

A Lei Tutelar Educativa conseguiu harmonizar a necessidade de segurança da sociedade, por meio da promoção da responsabilização dos jovens infratores e o respeito pelos seus direitos, liberdades e garantias. Dessa forma, a LTE constituiu uma terceira via no sistema de Justiça Juvenil português, aproveitando as vantagens do direito penal e do modelo de proteção¹¹⁰.

Outra diferença que merece ser destacada com relação ao sistema brasileiro é que a Lei Tutelar Educativa permite a cumulação de medidas, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação da medida mais gravosa quando o adolescente comete mais de um ato infracional.

¹⁰⁹ Estatística Mensal dos Centros Educativos – novembro de 2015

¹¹⁰ JOANA MADURO, *A justiça de menores portuguesa...* p. 48.

Capítulo 3. A Efetivação dos Direitos Humanos:

A esta altura, após ter abordado a internalização das normas de Direito internacional, nomeadamente as derivadas de tratados de Direitos Humanos, no ordenamento jurídico interno, bem como o que os tratados internacionais ligados à Justiça Juvenil trouxeram para os Estados, por meio da elaboração de diplomas próprios, chega o momento de dispor sobre a efetivação desses direitos.

Este capítulo tratará da efetivação dos Direitos Humanos de maneira geral e também especificamente na área da justiça juvenil, como forma de aplicação de direitos que impõe aos Estados uma conduta dentro do que foi convencionado.

3.1. A questão da aplicabilidade e hermenêutica:

Muito se tem discutido acerca da efetividade dos Direitos Humanos, no sentido de o mesmo ter nascido de uma resposta política com a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948.

Enquanto o Direito Constitucional fala em direitos fundamentais, o Direito Internacional trata do direito da pessoa humana, entretanto, guardadas as devidas diferenças, ambos buscam estabelecer um direito comum da humanidade.

Os direitos da pessoa humana é uma das modalidades de proteção do Direito Internacional, mas não a única. Nele se enquadra a proteção das minorias e ao seu lado a proteção diplomática, humanitária e dos refugiados¹¹¹.

Esses direitos da pessoa humana vêm se tornando cada vez mais crescentes no Direito Internacional, como demonstra a

¹¹¹ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional*, p. 254/255.

jurisprudência, independente da reciprocidade entre os Estados. Trata-se de direitos com geometria variável, com expressões mundiais e regionais de alcance geral, bem como um direito de cooperação e não somente de coordenação das normas internacionais com as normas internas.

Quando a declaração afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” na verdade ela nos mostra que os homens não são iguais, por essa razão é necessária uma instituição política para se chegar a essa igualdade¹¹².

Apesar de existirem mais de cem tratados multilaterais que versam sobre a proteção dos Direitos Humanos, na prática os mecanismos ainda não são suficientes, principalmente sob a ótica da primazia dos indivíduos na esfera internacional. Muitos Estados ratificam instrumentos de proteção, entretanto a ratificação não é sinônimo de efetivação e de real proteção desses direitos.¹¹³

O papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos funciona como *corpus juris*¹¹⁴ de salvaguarda do ser humano consagrando os direitos e garantias, por meio dos diplomas internacionais, com a finalidade principal de protegê-lo em todas as circunstâncias, especificamente naquelas em que envolvem o poder público.

¹¹² EMÍLIO GARCIA MÉNDEZ, *Origem, sentido e futuro dos Direitos Humanos: reflexões para uma nova agenda*. Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 1, nº 1, 2004. SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 09, ao citar Fina Birules diz que a esfera pública, sempre inseparável do conceitos de liberdade e de distinção, caracteriza-se pela igualdade. Por natureza os homens não são iguais e precisam de uma instituição política para chegar a essa almejada igualdade. Isso se dá por meio da lei.

¹¹³ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional...* p.393 e ss, explica que os níveis de proteção dos direitos Humanos são diferenciados, inclusive observa-se ausência de coordenação entre a ONU e os sistemas regionais, não sendo possível mensurar, de maneira clara, qual o nível de vinculação da ONU e de suas agências especializadas com os Direitos Humanos.

¹¹⁴ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional..*, volume III, p. 406.

Logo, sua evolução está atrelada aos princípios básicos que inspiram ao longo de seu desenvolvimento, sendo eles: o princípio da universalidade, da integralidade e da indivisibilidade dos direitos protegidos, direitos esses inerentes à pessoa e, portanto, superiores ao Estado e a qualquer organização político-social. Esses princípios, juntamente com o princípio da complementaridade dos sistemas e mecanismos de proteção resultam no *corpus juris*, que é harmônico e indivisível. Partindo dessa premissa, os ordenamentos jurídicos, internacional e interno, estão integrados no propósito comum de proteger o ser humano¹¹⁵.

Dessa forma, a efetivação dos Direitos Humanos requer, por parte dos Estados, ações positivas que envolvam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse contexto, o Poder Judiciário possui papel de extrema relevância, vez que aplica a legislação internacional na legislação interna, devendo sempre prover recursos internos eficazes contra violações, tanto dos direitos consagrados em sua Constituição quanto nos diplomas internacionais. Dessa forma, a responsabilidade dos tribunais nacionais é primária e a dos tribunais internacionais subsidiária¹¹⁶.

Nessa linha, os próprios tratados de Direitos Humanos conferem aos tribunais internos à obrigação de proteção, tendo em vista que devem expressamente esgotar os recursos no âmbito nacional, para, somente depois acionar o Tribunal Internacional. Sendo assim, como dito acima, cabe ao tribunal interno a proteção primária dos Direitos Humanos. A instância internacional não substitui a nacional, como também não funciona como órgão reformador de decisões, embora as mesmas possam ser examinadas pela Corte Internacional,

¹¹⁵ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional...*, volume III, p.408.

¹¹⁶ GABRIELA KNAUL, *O papel dos juízes...* p. 154.

entretanto, não é esse o principal objetivo, sendo ele a supervisão internacional e de garantia coletiva¹¹⁷.

Todavia, a alegação de dificuldade de ordem interna não exime os Estados Partes da responsabilidade internacional por não cumprirem um tratado de Direitos Humanos. Os tratados uma vez ratificados e incorporados no ordenamento jurídico nacional obrigam o Poder Legislativo a adequar o direito interno com base no direito internacional.

A adequação do direito interno com base nos tratados de Direitos Humanos é a essência do dever de prevenção, que tem o escopo de evitar que novas violações de direitos ocorram em virtude de uma lei nacional ou da falta dela¹¹⁸.

Em termos de aplicação efetiva, a doutrina clássica¹¹⁹ considera que a hermenêutica dos direitos humanos é própria e seus métodos de interpretação mostram sua autonomia e especificidade. Para a doutrina moderna, a hermenêutica dos direitos humanos encontra barreiras no campo da aplicação, tendo em vista que está ligada a enunciados, textos e normas, mas tem pouco a ver com direitos¹²⁰.

Na prática ainda há dificuldades na implementação das normas de Direitos Humanos, principalmente no que se refere à retirada desses direitos do campo abstrato para tomarem corpo e forma no

¹¹⁷ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional...* volume I, p. 517/518.

¹¹⁸ Idem, *Tratado de Direito Internacional...* volume II, p. 140 e seguintes. O autor ainda diz que toda obrigação positiva do Estado, decorrente de uma determinação de um Tribunal internacional é uma maneira de reação contra a inércia do poder público e das omissões legislativas.

¹¹⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade e outros

¹²⁰ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Hermenêutica dos Direitos...*, p. 15. O autor diz que um direito humano exposto em um tratado ou declaração surge como um direito como um todo. Dentro desse direito maior podem ser identificados direitos menores. Cabe assim ao jurista identificar essa série de direitos menores.

campo concreto. Por serem direitos abstratos eles são normalmente enunciados em normas princípio, embora não esteja excluída a existência de regras¹²¹.

Certos Direitos Humanos dependem puramente de uma interpretação jurídica. Existem direitos dependentes de opções políticas e direitos dependentes também da disponibilidade financeira do Estado. No primeiro caso, o Estado tem uma relativa margem de escolha de como dará essa proteção. No segundo caso, a realização depende de prioridades estabelecidas e da capacidade financeira do Estado¹²².

Entretanto, o Poder Executivo tem obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos e deve cumpri-las, vez que a responsabilidade internacional do Estado, por violações a Direitos Humanos “sobrevive aos governos, e se transfere a governos sucessivos¹²³”.

¹²¹ Para JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Hermenêutica dos Direitos...* p.17. “as regras estatuem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (daí um direito definitivo); já os princípios exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (daí um direito *prima facie*)”.

¹²² Idem, p. 17. O autor refere-se a reserva do politicamente adequado e a reserva do possível. Para JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 89/93, mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só é obrigado a realizar algo se dispuser dos recursos necessários. Trazendo a questão para o tema deste trabalho, podemos dar como exemplo a lei orçamentária do Estado, que mostra as prioridades elencadas pelo legislador. Quais áreas receberão mais investimentos? Quais áreas ficarão em segundo plano? Como dito anteriormente, a efetivação dos Direitos Humanos (e não só deles, como dos demais direitos) dependem da ação dos três poderes.

¹²³ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito...* volume I, p. 551. Aqui cabe a observação de que a prioridade do Estado, como Poder Executivo, na maioria das vezes não é investir no sistema socioeducativo e no âmbito de proteção aos direitos dos adolescentes em cumprimento de medida, vez que não se trata de programa que resulta em votos nas campanhas eleitorais. Talvez por essa razão, o tema não é atrativo e não merece destaque nos programas de governo. Vale muito mais discutir a redução da maioria penal e temas ligados ao anseio de justiça, muitas vezes equivocado, dos eleitores.

Quando um Estado assume uma obrigação internacional, cabe a ele organizar o poder público para garantir aos indivíduos sob sua jurisdição o pleno exercício daqueles direitos. Dessa forma, quando ocorre uma violação de obrigação decorrente de um tratado internacional de Direitos Humanos, pode haver responsabilidade conjunta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido há o reconhecimento de que o Estado existe para o ser humano e não o contrário¹²⁴.

Contudo, embora haja divergências quanto à hermenêutica dos Direitos Humanos, é inegável sua evolução no decorrer dos anos. Temos a abertura das Constituições modernas às normas internacionais de proteção e o esforço dos órgãos internos dos Estados em prol da realização do que foi estabelecido no âmbito internacional. Dessa forma, temos a interação entre Direito Internacional e o direito nacional que vislumbram um mesmo objetivo: a proteção dos Direitos Humanos.

Para que a mesma se desse de maneira plena deveria haver uma reestruturação profunda nos conceitos de Estado, soberania e Direito Internacional, tendo como estrutura principal a consideração dos Direitos Humanos como elemento estruturante do Direito Internacional. Em razão disso a própria construção dos Estados de direito seria não apenas uma questão de direito interno e sim um imperativo prioritário do ordenamento jurídico internacional¹²⁵.

Prova de que a efetivação dos Direitos Humanos vem se concretizando com a evolução do tempo são as criações dos tribunais internacionais, dos quais falarei mais adiante, e da substancial

¹²⁴ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito...* volume II, p. 131 e 187.

¹²⁵ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito internacional...*p. 399.

matéria jurisprudencial que nos vem sendo apresentada em relação às violações desses direitos.

Embora a proteção de Direitos Humanos dependa também de reformas políticas, legislativas, administrativas e fiscais, por parte dos Estados, faz-se necessário que a defesa seja priorizada como elemento conformador da organização e funcionamento dos mesmos, de forma que as prioridades de atuação sejam refletidas no ordenamento jurídico interno. Nessa linha de raciocínio, os tribunais internos deveriam funcionar como os principais tribunais de Direitos Humanos¹²⁶.

3.2. Os Direitos Humanos na esfera da Justiça Juvenil:

O dever do Estado de respeitar, promover e proteger os Direitos Humanos de violações nem sempre é reverenciado na esfera da Justiça Juvenil. No caso do cumprimento de medidas por adolescentes no Brasil nos deparamos com Unidades de atendimento superlotadas, com estruturas inapropriadas e outras mazelas enfrentadas.

De um lado o Poder Executivo, que lida constantemente com a falta de recursos ou com a escolha política para não investir na área,¹²⁷ afinal, o orçamento é sempre limitado e tudo depende das prioridades elencadas, como tratamos no tópico acima. De outro lado,

¹²⁶ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito internacional...* p. 399.

¹²⁷ O Estado Brasileiro, por exemplo, arca com a falta de investimentos na área da saúde e educação, que tem impacto direto na política pública de segurança, vez que o adolescente que comete o ato infracional, deveria, em período anterior, ser provido de educação e saúde, entretanto, na maioria das vezes não teve acesso. A partir do momento que passa a ser tutelado pelo Estado, o mesmo passa a ser responsável por aquele adolescente em cumprimento de medida, sendo obrigado a prover o que até então não havia provido. Ou seja, em um dado momento a equação não fecha e de uma forma ou de outra o Estado vai ter que se haver com a questão. Se de fato houvesse investimento na área da educação, talvez aquele adolescente não teria cometido um ato infracional.

o Poder Judiciário, que em muitos casos não observa a legislação¹²⁸ e em muitas decisões proferidas aplica medida socioeducativa diversa daquela cabível para ato infracional praticado.

Quando o adolescente comete o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por exemplo, existe a Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça – STJ¹²⁹ que orienta que “a pratica do ato, por si só, não conduz, obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Entretanto, no Brasil, é comum, nos centros socioeducativos, nos depararmos com adolescentes de primeira passagem, por este ato¹³⁰.

Desse ponto, observamos não só o descumprimento da lei, tendo em vista que o ECA, em consonância com as leis internacionais, é claro ao tratar a medida de internação como excepcional, mas também a violação de direitos daquele adolescente, que não deveria estar em uma centro socioeducativo e sim em uma casa de semiliberdade.

Essa situação é frequente no Brasil e contribui para a superlotação das Unidades. A superlotação, além de não contribuir para o atendimento socioeducativo adequado, que busca a recuperação do adolescente, trabalhando os eixos estipulados em lei, compromete também a estrutura física dos centros de internação, a

¹²⁸ O SINASE determina que uma Unidade de internação tenha capacidade para até 90 (noventa) adolescentes. Na medida de semiliberdade, o mesmo diploma legal coloca como capacidade máxima 20 (vinte) adolescentes. Demais disso, a lei diz que não havendo vagas em uma determinada medida, o juiz deve buscar sentenciar aquele adolescente com medida diversa, onde haja vaga. Isso não ocorre e causa superlotação das unidades de atendimento.

¹²⁹ Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%2200000968%22> (Consultado em 05/03/2016).

¹³⁰ No Estado de Minas Gerais, no ano de 2015, 45,6% dos atos praticados foram roubo, seguido de 15,9% de tráfico de drogas e 13,2% homicídio. Dados da Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas de Minas Gerais – SUASE/SEDS.

falta de pessoal necessário e capacitado para o atendimento, bem como a salubridade do ambiente.

Do ponto de vista dos direitos do adolescente a violação é bastante clara. A condenação a uma medida socioeducativa aplicada de forma diversa do que manda a lei, que não condiz com o ato praticado é a mais grave das violações. Posterior a isso, porém não menos gravoso, nos deparamos também com a quase ausência de progressão da medida.

A progressão, além de ser um direito do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa ajuda a promover a reintegração do mesmo na sociedade. O caminho ideal seria aquele onde o adolescente que comete ato grave passar pela internação, semiliberdade e meio aberto. Dessa forma, a equipe técnica poderia trabalhar diversos eixos e prepara-lo para o retorno à vida social responsabilizado pelo ato cometido, entretanto, com mais condições de recuperação e de não retornar ao sistema.

O caminho inverso também não é praticado, vez que, conforme os diplomas internacionais já mencionados, a internação é a exceção, devendo o Poder Judiciário aplicar, nos casos menos graves as medidas em meio aberto. Caso o adolescente volte a praticar atos infracionais, as medidas mais gravosas seriam aplicadas posteriormente.

Note-se que a lógica da internação como último recurso não é respeitada, sendo muitas vezes a primeira, pra não dizer única escolha, do magistrado que aplica a sentença.

Sobre a ocorrência de intimação e o questionamento sobre o desejo de recorrer ao adolescente e à defesa nos processos referentes à internação definitiva, conforme o Panorama Nacional da execução da medida socioeducativa de internação no Brasil, realizado

pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹³¹, em 66% dos processos analisados não consta esta informação, isto é, não se registra nos autos processuais a formalização ou não de um ato que é um direito fundamental do adolescente e cuja não realização pode caracterizar cerceamento do direito de defesa.

Nesse ponto, remeto a já tratada capacitação dos órgãos de justiça com relação ao Direito Internacional e aos Direitos Humanos, posto que, pelo menos no cenário brasileiro percebe-se um abismo entre a aplicação da legislação nacional e internacional. Aliás, a capacitação voltada para a legislação nacional, que é em consonância com a internacional, também seria de grande valia na Justiça Juvenil.

Demais disso, nos deparamos com a falta de defesa apropriada¹³², que é outra violação gravíssima de direito, inclusive contrária a todos os diplomas internacionais que tratam do assunto.

As Regras de Beijing estabelecem no item 7.1 que o jovem que cometeu ato infracional possui, para além de outros direitos específicos, a garantia fundamental à assistência judiciária em todas as fases do processo. Em complemento, a regra 15.1 estabelece que ao longo de todo processo o menor tem direito de ser representado por advogado ou pedir a designação de um quando inexisterem no

¹³¹ Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação – Programa Justiça Jovem. Relatório feito pelo CNJ em 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf. (Consultado em 05/03/2016).

¹³² O sistema de Defensoria Pública existente no Brasil não consegue atender a demanda. Como a maioria dos adolescentes em cumprimento de medida são de uma classe econômica menos favorecida, a maioria das famílias não possui recurso para arcar com a contratação de um advogado particular. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no relatório elaborado após visita as Unidades de Minas Gerais, no ano de 2011, noticiou que somente neste estado há aproximadamente 750 cargos não preenchidos. Essa é a situação de apenas um estado brasileiro, entretanto, é uma realidade do país. Relatório disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/relatorio_final_justica_ao_jovem_tjmg.pdf. (Consultado em 05/03/2016).

Estado legislação que o preveja. Trata-se de um direito fundamental do menor, que não pode ser postergado e isso é igualmente ponto pacífico na legislação que trata do tema.

Na Europa, as *guidelines* do Comitê de Ministros do Conselho da Europa para a Justiça Amiga das Crianças, adotadas pelo Comitê em 17 de novembro de 2010, preveem o aconselhamento legal e a representação, prevendo acesso gratuito até de forma mais indulgente que um adulto. Os advogados devem ser treinados e devem prestar todas as informações necessárias¹³³.

Inclusive o menor deve estar acompanhado de um profissional na fase de instrução, quando for prestar depoimento à polícia, principalmente se for assinar declarações.

Conforme decisão do TEDH¹³⁴ o advogado é considerado o guardião do menor e deve protegê-lo em situações de intimidação e pressões exteriores e deve garantir a efetividade dos direitos previstos em lei, inclusive o direito a um processo equitativo.

Desde o momento da detenção o jovem tem direito ao acompanhamento de um advogado sob pena de violação do artigo 6º da CEDH, do qual tratarei no capítulo seguinte deste trabalho.

A Recomendação CM/REC (2008)11 que trata das regras para privação de liberdade de jovens sujeitos a sanções e também as normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes é alvo de críticas por organismos internacionais que procuram restringir sua aplicação, vez que devem ser empreendidos esforços especiais para evitar a prisão preventiva, não obstante, a prisão preventiva seja necessária em

¹³³ JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada*, p. 138.

¹³⁴ Cf. Caso Adamkiewicks contra Polônia, de 2 de março de 2010.

algumas situações específicas.

O princípio fundamental é de que nenhum outro direito da criança deve ser restringido em consequência da privação de liberdade. Como determinam claramente as diretrizes 19 e 20, a detenção, independente da forma como se deu, deve ser evitada e utilizada como último recurso, para casos realmente considerados graves, devendo sua duração ser por menor tempo possível. Eis aqui os princípios da excepcionalidade e brevidade, tendo em vista que a privação não está relacionada à diminuição da reincidência.

Sobre o fato de jovens não serem detidos em estabelecimentos voltados para adultos vários Estados Membros acreditam que em regiões vastas e pouco povoadas pode, excepcionalmente, sob a justificativa do interesse superior da criança, ser detida em instalações para adultos (facilitando, por exemplo, aqueles casos onde a família vive muito longe), contudo, casos excepcionais exigem uma vigilância especial por parte das autoridades penitenciárias, de forma a evitar abusos de crianças por adultos.

Sobre essa questão, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos da Criança foi bastante claro quanto a esta questão, baseando-se no artigo 37, alínea c, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Recomendação CM/Rec (2008)11, também indica que os jovens não devem ser detidos em instituições para adultos, mas sim em instituições especialmente concebidas para eles.

No Brasil, temos o CNJ que acompanha a execução das medidas socioeducativas em âmbito nacional, entretanto, sua atuação limita-se a elaboração de relatórios e diagnósticos que apontam os pontos que devem ser melhorados. O referido Conselho apenas menciona quais as alterações devem ser feitas e sugere a interdição de

Unidades socioeducativas quando as mesmas estão fora dos padrões ou ocupadas além da capacidade.

É importante ressaltar que o CNJ não tem a capacidade para interditar Unidades, mesmo porque, no caso brasileiro, onde o número de vagas disponível é aquém da necessidade e os défices são significativos, se o Conselho atuasse nesse sentido causaria revolta por parte dos juízes especializados, que atuam na lógica da internação, muitas vezes independente do ato cometido e contribuem para que o número de vagas nunca seja suficiente.

Aqui cabe mencionar que a questão de vagas no Brasil é uma discussão interminável e a princípio sem solução. O Poder Executivo, responsável pelo atendimento socioeducativo, como dito anteriormente, não investe recursos suficientes, seja pela falta de orçamento, seja pela falta de interesse em priorizar a política de atendimento, com isso, as Unidades existentes vão sendo sucateadas pela falta de manutenção e pela superlotação. Demais disso não há expansão e construção de novas Unidades.

De outro lado temos os órgãos de justiça, que em muitas decisões não consideram a internação como exceção, em consonância com a legislação existente e atuam na lógica do encarceramento, ao invés de aplicarem as medidas em meio aberto ou até mesmo a semiliberdade para aqueles casos onde isso é plenamente possível agilizá-lo e moldá-lo dentro da melhor visão dos fatos e do adolescente em cumprimento de medida¹³⁵.

Nesse sentido, o papel do Ministério Público seria, no âmbito da Justiça Juvenil, o de maior destaque na proteção dos direitos dos adolescentes em cumprimento de medida, vez que é o órgão que está

¹³⁵ JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada*, p. 232.

na melhor posição para direcionar os rumos do processo.

Entretanto, nem sempre esse papel é assumido pelo órgão, que também deve atuar na fiscalização da lei. Ou seja, o Ministério Público tem a prerrogativa da “ação penal”, isto é, a vertente processual e investigatória, e ao mesmo tempo, atua como defensor do superior interesse da criança e do adolescente, portanto são ações extremamente interligadas no processo socioeducativo. Essa atuação pode inclusive refletir nos casos de interdição das Unidades que não atendem os padrões mínimos arquitetônicos e de salubridade.

Esse tipo de atuação é totalmente contrária a regra 17.1 das Regras de Beijing que determina que a aplicação da medida socioeducativa deve ser pautar em critérios como a proporcionalidade (entre gravidade do ato cometido e necessidade do jovem e da sociedade), excepcionalidade da medida de internação, devendo ser aplicada em atos graves e casos de reincidência.

Diante disso, as Unidades existentes ficam superlotadas e o trabalho das equipes totalmente comprometido. O interessante de observar é que os órgãos que deveriam proteger o melhor interesse do menor e conseqüentemente os Direitos Humanos e fundamentais básicos é o mesmo órgão que colabora diretamente para superlotação e condições precárias de cumprimento da medida.

Diante do exposto, podemos concluir que os direitos dos adolescentes infratores são constantemente violados e no próximo capítulo serão tratados os casos de violações analisadas pelas cortes internacionais.

Capítulo 4. As decisões nas Cortes Internacionais:

A universalidade dos Direitos Humanos não é sinônimo de uniformidade, por isso há que se considerar que cada sistema regional de proteção foi estabelecido de acordo com suas particularidades e momento histórico, dentro de seu próprio ritmo e de acordo com a realidade dos Direitos Humanos dentro daquele continente.

Dessa maneira não há como comparar o sistema europeu com o interamericano, nem tão pouco com o sistema africano¹³⁶ de proteção dos Direitos Humanos levando em consideração as diferenças históricas, culturais, sociais e econômicas.

A título ilustrativo, vale apontar a questão orçamentária. O orçamento do TEDH corresponde aproximadamente a 20% do orçamento do Conselho da Europa, envolvendo 41 milhões de euros, enquanto o orçamento conjunto da Comissão e da Corte Interamericana corresponde aproximadamente a 5% do orçamento da Organização dos Estados Americanos - OEA, que cobre aproximadamente 55% das despesas da Comissão e 46% das despesas da Corte Interamericana¹³⁷.

O que se pretende neste capítulo é demonstrar como a jurisprudência das Cortes Internacionais tem contribuindo para efetivação dos Direitos Humanos na esfera da Justiça Juvenil, principalmente naqueles casos que envolvem adolescentes em

¹³⁶ A Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos entrou em vigor em 21 de outubro de 1986 e foi ratificada por todos os 53 Estados membros da União Africana. O sistema africano se difere dos demais por valorizar as tradições dos povos e a cultura local. O Tribunal Africano de Direitos Humanos foi criado apenas em 2004 e o Protocolo do Tribunal não foi ratificado por todos os Estados.

¹³⁷ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 98.

cumprimento de medida socioeducativa e na responsabilidade dos Estados com relação ao tema.

4.1. Decisões no Tribunal Europeu de Direitos do Homem:

A jurisprudência de interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem contribuído para a concretização dos Direitos Humanos, tendo influenciado inclusive os tribunais superiores dos Estados¹³⁸.

No que tange a Justiça Juvenil, o Tribunal desenvolveu uma boa jurisprudência, sobretudo com relação aos artigos 3º, 5º e 6º da CEDH.

O Tribunal não se focou apenas nas obrigações negativas impostas ao Estados Membros, mas também na imposição de obrigações positivas, tendo em vista a condição de vulnerabilidade das crianças e jovens¹³⁹.

O artigo 3º da Convenção prevê a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante. A proibição não permite exceções e é uma regra imperativa no Direito Internacional tendo caráter universal.

Tal artigo impõe aos Estados tanto obrigações negativas quanto positivas, no sentido de tomarem medidas cabíveis para impedir a prática de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes,

¹³⁸ JONÁTAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional...* p.422.ao citar Slaughter e Jayawickrama, trata-se do *transjudicialismo*, resultante da *fertilização constitucional cruzada*, que consubstancia nessa interação dos tribunais, que buscam apoios valorativos, argumentativos e decisórios na jurisprudência uns dos outros.

¹³⁹ PAULA CASALEIRO, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos...* p. 10.

inclusive na esfera particular, vez que quando pensamos em obrigação estatal fazemos a relação direta que tais atos provenham apenas do poder público¹⁴⁰.

Para aplicação do referido artigo, o tratamento deverá ter atingido um grau de gravidade, que será mensurado por meio de critérios tais como, o tempo de duração, efeitos físicos e psicológicos, a idade e sexo da vítima, dentre outros. Para caracterizar a conduta descrita, não basta que o tratamento seja desonroso, ilegal, repreensível ou desagradável¹⁴¹.

No caso de menores e outras pessoas vulneráveis, o Estado tem o dever de proteger a integridade física dos mesmos por meio de ações preventivas e legislação penal eficaz.

O acórdão Tyrer contra Reino Unido¹⁴² é um dos casos clássicos com relação a aplicação do artigo 3º em relação a menores. Na época, Tyrer, com 15 (quinze) anos de idade, foi condenado pelo tribunal local a receber três golpes de bastão nas nádegas descobertas por ter agredido um aluno da escola. A legislação interna da Ilha de Man, onde se deu o ocorrido, permitia o castigo corporal.

O Tribunal concluiu que, de acordo com o referido artigo da Convenção, a pena aplicada não correspondia à tortura, nem a tratamento desumano, e sim foi caracterizada como degradante. A decisão diz ainda que a dignidade da pessoa e a integridade física do adolescente não foram protegidas pelo Estado¹⁴³.

Embora a pena tenha sido aplicada em local reservado (um

¹⁴⁰ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...* p. 207.

¹⁴¹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, p. 82

¹⁴² Acórdão de 25 de abril de 1978.

¹⁴³ Pontos 28 a 35 do acórdão

posto de polícia na presença do pai do jovem e de um médico), a ausência de publicidade não descaracteriza o tratamento degradante¹⁴⁴.

Para o Tribunal, o tratamento degradante tem como finalidade humilhar ou rebaixar a vítima, o que implica no desrespeito à dignidade humana. O tratamento também pode ser aquele que provoca medo e angústia ou sentimento de inferioridade que quebram a resistência moral ou física do indivíduo¹⁴⁵.

Como a legislação não define o conceito de tortura, penas e tratamentos desumanos e degradantes, o Tribunal, em diferentes decisões alinhou a definição dessas condutas.

Para o TEDH “tratamento desumano é aquele que provoca voluntariamente graves sofrimentos físicos ou mentais, podendo causar um dano corporal permanente”, podendo sua gravidade variar conforme a duração, efeitos físicos, mentais, dentre outros critérios a serem observados¹⁴⁶.

O conceito de tortura foi definido com base na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes, sendo considerado um tratamento agravado e desumano imposto ao indivíduo com o objetivo de obter informações, confissões ou como forma de punição¹⁴⁷.

Demais disso, no referido acórdão, a Corte recordou que a Convenção deve ser considerada um instrumento vivo e interpretada à luz das condições atuais devendo influenciar nas normas dos

¹⁴⁴ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*p.85.

¹⁴⁵ *Idem*, p.84

¹⁴⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS, em *Direito Internacional...* p. 206/207

¹⁴⁷ *Idem*, p. 207.

Estados.

Ainda sobre o referido artigo, merecem destaque os casos Assenov contra Bulgária¹⁴⁸ e Okkali¹⁴⁹ e Cigerhun Öner¹⁵⁰ contra a Turquia.

Okkali, com 12 (doze) anos à época, trabalhava como aprendiz em uma garagem e foi acusado de furtar aproximadamente 275 dólares de seu empregador, que retirou a queixa em momento posterior. Foi alegado pela vítima espancamento por parte dos policiais que o interrogaram, entretanto, o pai do adolescente foi coagido a assinar uma declaração de que o adolescente não foi torturado e não sofreu maus tratos durante o período que esteve detido, inclusive com a afirmação de que não faria nenhum exame médico.

O Tribunal decidiu por unanimidade a violação do artigo 3º da Convenção e aplicou pena pecuniária a Turquia em caráter de danos morais e custas processuais, entretanto, apenas lamentou a ausência legislação nacional específica, ou seja, destinada a proteção dos menores. É importante salientar que a Turquia assinou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990 e em 1995 ratificou o instrumento, sendo a decisão do TEDH datada de 17 de outubro de 2006.

A situação demonstra que não houve preocupação por parte daquele Estado na situação de vulnerabilidade dos menores, vez que não houve a preocupação interna em criar leis específicas e de proteger os seus cidadãos, menores ou adultos contra abusos. O Tribunal inclusive critica o sistema de justiça interno, contudo,

¹⁴⁸ Acórdão de 28 de outubro de 1998.

¹⁴⁹ Acórdão de 17 de outubro de 2006.

¹⁵⁰ Acórdão de 23 de novembro de 2010.

nenhuma outra medida foi solicitada à Turquia, apenas o pagamento de indenização.

Outro caso envolvendo a Turquia é o do Cigerhun Öner, 12 (doze) anos que foi detido por policiais por se recusar a dar o nome em um controle de identificação e posteriormente espancado.

O Tribunal observou que o tratamento foi deliberado suficiente para inspirar sentimentos de medo, angústia e inferioridade capazes de humilhar e rebaixar o adolescente. As lesões também causaram dor física e sofrimento mental, considerando dessa forma que o requerente foi submetido a tratamento desumano e degradante contrários ao exposto no artigo 3º da Convenção. Demais disso, na Turquia não há previsão de lei interna que preveja sanção efetiva ao policial responsável pela agressão.

No acórdão que trata do caso Assenov contra Bulgária, o adolescente, de 14 (quatorze) anos na data do ocorrido, alegou que foi detido e espancado pela polícia enquanto promovia com o pai jogos de azar em uma estação de ônibus.

O Tribunal decidiu pela violação ao artigo 3º da Convenção sob a justificativa de que o Estado não realizou uma investigação oficial sobre o caso, posto que haviam dúvidas se os ferimentos foram causados pela polícia ou pelo pai da vítima.

Tais casos demonstram a forma criativa usada pelo Tribunal para contornar a dificuldade de jovens provarem os maus tratos recebidos e a maneira de impor aos Estados a obrigação positiva de conduzir investigação apropriada para apuração do fato. O Tribunal declarou ainda, que devido à situação de vulnerabilidade, os menores têm o direito à proteção estatal, o que pressupõe diligência especial

para garantir o respeito à dignidade humana.¹⁵¹.

Em situações onde o indivíduo está sob a jurisdição do Estado, o mesmo, de acordo com a interpretação da Convenção, deve prover meios eficazes para prevenir a tortura, tratamentos desumanos e degradantes por meio inquérito efetivo para identificar e punir o agente público que agiu de forma incorreta¹⁵².

O Tribunal também concluiu que “mesmo nas mais difíceis circunstâncias, tais como a luta contra o terrorismo ou a criminalidade, a Convenção proíbe em termos absolutos tortura ou tratamento desumano ou degradante” e não prevê exceções¹⁵³.

Sobre a atuação da polícia, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, nas recomendações de 17 de novembro de 2010, estabelece que a polícia deve respeitar os direitos e a dignidade dos menores, bem como a vulnerabilidade e condições peculiares, como a maturidade, condição física, dentre outras características.

O artigo 5º da Convenção trata das prisões e detenções arbitrárias, especificamente na alínea d, do nº 1, que se refere à detenção do menor “por ordem judicial para o propósito de educar sob vigilância ou com o fim de fazê-lo comparecer perante a autoridade competente”.

O TEDH tem interpretado tal dispositivo por meio da imposição de obrigação positiva aos Estados, vez que estes devem criar meios adequados de educação e reabilitação para jovens infratores¹⁵⁴.

No caso Bouamar contra a Bélgica¹⁵⁵, o jovem de 16

¹⁵¹ Segundo PAULA CASALEIRO, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos...* p.17.

¹⁵² IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*p.86

¹⁵³ Ponto 93 do acórdão 28 de outubro de 1998.

¹⁵⁴ PAULA CASALEIRO, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos...*p.19.

¹⁵⁵ Acórdão de 29 de fevereiro de 1988.

(dezesseis) anos foi mantido, em caráter provisório, em um centro de detenção por 119 (cento e dezenove) dias não consecutivos, sob a justificativa de que não havia responsável legal ou instituição capaz de acolher o adolescente.

Com fundamento do artigo 5º, número 1, alínea d, o Tribunal decidiu que, tendo em vista que o Estado Belga escolheu o sistema de supervisão educacional como forma de fomentar a política de delinquência juvenil, o mesmo tinha a obrigação, no caso positiva, de providenciar uma instituição adequada, dentro da legislação local, para atender a demanda¹⁵⁶.

Na época dos acontecimentos não havia na Bélgica qualquer instituição voltada para o atendimento de jovens infratores e a detenção de Bouamar, por nove vezes, em instituição prisional não contribuiu para sua reabilitação. Demais disso, não houve instauração do devido processo penal para apuração dos atos imputados ao jovem.

Por essa razão o Tribunal também estabeleceu que o direito de estar presente e ser ouvido é essencial, devendo a oitiva de menores ser dispensada em casos pontuais e excepcionais, com fundamentação concreta que busque a proteção do menor e seu melhor interesse, no sentido de protegê-lo de situações que envolvam fragilidade e exposição desnecessária.

No mesmo sentido, o caso D.G contra a Irlanda¹⁵⁷, no qual o requerente cumpriu sentença de nove meses em unidade não apropriada, vez que a decisão previa que o mesmo fosse encaminhado a uma unidade terapêutica própria para tratamento de transtornos de personalidade.

¹⁵⁶ Pontos 51 a 53 do acórdão.

¹⁵⁷ Acórdão de 16 de maio de 2002.

A violação do referido dispositivo foi constatada pelo Tribunal, considerando que a Irlanda mantinha um significativo atraso na criação de instalações adequadas para jovens com necessidades especiais. Obrigação essa advinda da própria Constituição do país, que até a data não tinha sido executada inclusive em casos semelhantes ao do requerente¹⁵⁸.

Para o TEDH a Irlanda tinha a obrigação de providenciar instituições apropriadas e nas decisões internas o Estado tentou justificar a internação do jovem em estabelecimento diverso baseando-se no risco de autolesão. Entretanto, para o Tribunal, tais decisões não foram devidamente fundamentadas¹⁵⁹.

No acórdão mais recente, do Caso Ichin e outros contra Ucrânia, de 21 de dezembro de 2010¹⁶⁰, o artigo 5º voltou a ser invocado na decisão, tendo em vista que os dois adolescentes envolvidos, com 13 (treze) e 14 (quatorze) anos, respectivamente, ficaram detidos por 30 (trinta) dias em unidade destinada ao atendimento de jovens infratores, mesmo após a confissão do ato e da devolução de parte dos utensílios de cozinha furtados.

Nota-se aqui que o artigo em questão foi interpretado não como nos casos anteriores, ou seja, da obrigação do Estado em prover estabelecimentos próprios para o atendimento de jovens, mas sim sob o prisma do direito fundamental à liberdade e segurança, tendo sido a detenção dos dois adolescentes realizada de maneira arbitrária.

Segundo a decisão do Tribunal, na concepção da Convenção, tal direito é primordial em uma sociedade democrática e a privação de

¹⁵⁸ Pontos 66 a 71 do acórdão.

¹⁵⁹ Ponto 84 do acórdão.

¹⁶⁰ Acórdão de 21 de dezembro de 2010.

liberdade indevida coloca em causa o princípio geral da segurança jurídica, pois a lei nacional de cada Estado deve claramente definir os casos de privação de liberdade para inclusive atender ao padrão de legalidade trazido pela Convenção.

A privação de liberdade do indivíduo deve sempre respeitar as leis internas, com previsão de um processo justo e adequado, isento de arbitrariedade e executado por autoridade qualificada. Tratando-se de crianças e adolescentes, esses critérios devem ser ainda mais observados, tendo em vista a condição peculiar do desenvolvimento e a prioridade destinada ao gênero.

Diferente do artigo 3º, o direito à liberdade não é absoluto, podendo ser restrito em casos de guerra ou outro perigo que ameace a vida da nação, conforme prevê o artigo 15, nº 2 da Convenção.

Nesse caso específico o Tribunal tratou ainda do contexto de instituições voltadas para o atendimento de menores no sentido da chamada supervisão educacional, dizendo que o conceito não deve ser equacionado de forma rígida com noções de ensino em sala de aula e sim abraçar vários aspectos, inclusive a proteção da pessoa em causa. Ou seja, as instituições voltadas para o atendimento socioeducativo devem ter um fundamento, regras e atividades a serem ofertadas aos jovens, com a finalidade de reeducação e recuperação e não funcionarem como um mero estabelecimento prisional¹⁶¹.

O acórdão de 6 de maio de 2008, do caso Nart contra Turquia, também trata da detenção prévia ou da chamada internação provisória, que de acordo com a legislação internacional, deve se pautar na brevidade e ocorrer em estabelecimento próprio.

¹⁶¹ Pontos 31 a 40 do acórdão.

O adolescente tinha 17 (dezessete) anos foi detido em prisão preventiva em instituição voltada para o atendimento de adultos durante 48 (quarenta e oito) dias.

O Tribunal considerou violação artigo 5, nº 3 da Convenção não como um cumprimento máximo de prisão preventiva, mas sim como um período razoável que deve ser analisado de forma abstrata na apresentação de cada caso. A prisão preventiva mais longa pode ser justificada apenas se houver indícios concretos de uma exigência genuína de interesse público que, não obstante a presunção de inocência supera a regra de respeito pela liberdade individual.

Outro ponto do artigo 5º da Convenção que precisa ser destacado é o prazo razoável de julgamento, conforme expresso no nº 3 do referido artigo. No acórdão do Caso Assenov contra Bulgária, o Tribunal apontou como inadmissível o requerente ter aguardado por 23 (vinte e três) meses até o julgamento.

Não há um critério uniforme do prazo razoável para que o acusado seja apresentado ao juiz, devendo haver, portanto a análise do caso concreto.

Tal decisão foi relevante, principalmente porque estabeleceu para todos os Estados Membros da Convenção, independente da legislação local, que o princípio da celeridade nas diligências seja essencial nos julgamentos envolvendo crianças e adolescentes¹⁶².

Outro artigo da CEDH relevante nas decisões do TEDH relacionadas à Justiça Juvenil é o artigo 6º, que se refere a um processo equitativo.

O referido princípio, consagrado em nível universal¹⁶³, busca

¹⁶² PAULA CASALEIRO, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos...* p. 22, ao citar Van Bueren.

¹⁶³ Consagrado no artigo 10º da DUDH.

assegurar direitos dentro da boa administração da justiça tendo como garantias o acesso efetivo e concreto a um tribunal, a igualdade das partes nos que se refere aos trâmites processuais, bem como a garantia relativa à composição e organização do tribunal (independência, imparcialidade, publicidade dos atos, dentre outros)¹⁶⁴.

Os princípios da igualdade e do contraditório são elementos fundamentais de um processo equitativo, que deve ser verificado de acordo com o caso concreto, como elemento global do processo.

Inclusive o contraditório não precisa ser presencial, ou seja, face a face entre vítima e agressor. Nesse sentido o Tribunal já demonstrou seu entendimento de que o contraditório pode se dar por outros meios de prova, que estejam disponíveis nos autos sem que isso se confunda com um processo equitativo, já que o mesmo não deve ser considerado por apenas um ato isolado no processo¹⁶⁵.

Aqui, o princípio da igualdade deve ser interpretado no sentido de intenção de justiça, vez que a condição singular do indivíduo exige tratamentos distintos, sob pena de criarem ou aumentarem a desigualdade social. Dessa forma, a igualdade não deve ser considerada perante a lei e sim através da lei¹⁶⁶.

É importante esclarecer que o prazo razoável previsto neste artigo não se confunde com o previsto no artigo 5º, nº 3, vez que aquele visa unicamente evitar a duração excessiva das prisões preventivas, enquanto este busca o desfecho do processo, para que os envolvidos não fiquem por muito tempo em uma situação de

¹⁶⁴ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*p. 167.

¹⁶⁵ JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada*, p. 207/208.

¹⁶⁶ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*p.149.

incerteza¹⁶⁷.

Ainda sobre a aplicação do artigo 6º da Convenção pelo Tribunal, o caso T. e V. contra Reino Unido¹⁶⁸ no que se refere à publicidade. Os dois jovens, a época com 10 (dez) anos, sequestraram e assassinaram uma criança de 2 (dois) anos de idade. O fato teve bastante repercussão da mídia¹⁶⁹ o que fez com que o processo fosse conduzido de forma diferenciada, razão pela qual, em sua decisão, o Tribunal considerou a violação do item nº 1 do referido artigo, vez que no seu entendimento, os dois jovens não foram capazes de participar efetivamente do julgamento.

O Tribunal interpretou o artigo de acordo com a evolução do Direito Internacional, incluindo tratados aceites pelo Reino Unido e outros Estados Membros, como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Com isso o Tribunal reconheceu que instrumentos globais não vinculativos devem ser considerados se forem referentes a um direito previsto na Convenção, entretanto, uma violação na Convenção de Direitos da Criança não será aceita como principal causa da ação, mas quando bem fundamentado, poderá ser utilizado como forma de melhorar a proteção no âmbito do Conselho da Europa¹⁷⁰.

No caso Adamkiewicz contra Polônia¹⁷¹ o Tribunal recordou que

¹⁶⁷ Idem, p.124.

¹⁶⁸ Acórdão de 16 de dezembro de 1999

¹⁶⁹ Sobre a atuação e forma de veiculação das notícias envolvendo crianças e adolescentes, inclusive nos casos de cometimento de ato infracional, existe orientação da UNICEF e da Media Wise Trust para os jornalistas por meio da "The Media and Children's Rights", sendo que a última atualização foi realizada em 2010.

¹⁷⁰ PAULA CASALEIRO, *Convenção Europeia dos Direitos Humanos...*p. 25.

¹⁷¹ Pontos 68 a 70 do Acórdão de 2 de março de 2010.

o objetivo do artigo é assegurar que todas as pessoas, especialmente o acusado de cometer uma ofensa criminal, de se beneficiar das garantias de um julgamento justo, inclusive na fase de investigação.

Nos casos em que um menor está envolvido, a justiça é basicamente obrigada a agir respeitando o princípio de proteger o melhor interesse. Dessa forma, uma criança ou adolescente acusado de um crime devem ser tratados de uma forma que tenha plenamente em conta a sua idade, maturidade e os aspectos emocionais e intelectuais, tomando as medidas necessárias para promover a compreensão e a participação efetiva no procedimento.

No caso *Salduz contra Turquia*¹⁷² o Tribunal considerou a violação do artigo tendo em conta que o adolescente, de 17 (dezessete) anos, foi detido, em sede de prisão preventiva por cinco dias sem assistência jurídica adequada.

O TEDH remeteu a decisão de violação do referido artigo baseando-se nos diversos instrumentos internacionais que tratam da assistência jurídica a menores que se encontrem em prisão preventiva.

Quando o caso envolve prisão de menor, independente do artigo violado na Convenção, o tratamento dispensado ao mesmo deve considerar plenamente sua idade, capacidade de compreensão e maturidade, adotando-se todas as medidas necessárias que favoreçam sua participação no processo, reduzindo, o máximo possível, a inibição e intimidação¹⁷³.

Embora a CEDH tenha poucas referências específicas sobre a Justiça Juvenil e artigos que tratem especificamente de atos

¹⁷² Pontos 50 a 55 do Acórdão de 27 de novembro de 2008.

¹⁷³ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*p.147.

infracionais cometidos por menores, o TEDH tem considerado a situação de vulnerabilidade dos mesmos em suas decisões para além das restrições negativas impostas aos Estados.

O Tribunal tem sido combativo às prisões arbitrárias ou por tempo superior ao necessário de menores que cometeram atos infracionais, que demonstra a falta de proporcionalidade de alguns Estados, bem como a falta de instituições apropriadas para tal.

Os Estados devem reagir às infrações cometidas por crianças e adolescentes de forma proporcional, considerando não somente a gravidade do ato praticado, mas também a idade, a culpa atenuada e às necessidades do jovem e da sociedade.

Ainda se observa, em muitas situações, que o comportamento antissocial de um adolescente é considerado objeto de punição sob o pretexto de proteção da sociedade. A conduta que não é tipificada como crime para um adulto, não pode ser tipificada como ato infracional por um menor.

Outro ponto que merece ser evidenciado na jurisprudência da Corte é que crianças e adolescentes são considerados juridicamente titulares de direitos, podendo eles próprios exercer, de forma independente, mesmo contra a vontade de adultos.

O artigo 34 da Convenção refere-se a petições individuais, não havendo restrições para tal. O direito foi concedido após o Protocolo nº 11 e não há imposições relacionadas à capacidade dos indivíduos. As pessoas incapazes podem se dirigir ao Tribunal mesmo sem serem representadas por tutor ou curador¹⁷⁴.

A capacidade postulatória foi concedida a todos, principalmente naqueles casos onde os Direitos Humanos são violados, tendo em

¹⁷⁴ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...* p. 260

vista que a própria CEDH confere a “qualquer pessoa”, o direito a recurso efetivo perante uma instância nacional.

Embora as legislações internas da maior parte dos Estados disponham sobre a incapacidade postulatória dos menores de idade, é essencial que essa capacidade não seja utilizada contra eles quando seus direitos estejam sendo violados ou quando mais ninguém defenda esses direitos¹⁷⁵.

O direito de recorrer ao tribunal pode basear-se no critério da idade e da maturidade e capacidade de discernimento, entretanto, o limite da idade, quando estipulado, pode limitar o acesso. Tendo em vista que a idade é uma questão fundamental, os Estados Membros devem criar sistemas que permitam que adultos nomeados atuem em nome do menor.

Sobre a aplicação de medidas socioeducativas para jovens estrangeiros, vale a leitura do caso Maslov contra Áustria.¹⁷⁶ A família, de origem da Bulgária foi morar regularmente na Áustria, onde anos mais tarde um dos filhos, menor de idade, foi acusado de cometer atos de vandalismo, dirigir veículo sem habilitação necessária, bem como influenciar outro menor a furtar dinheiro e agredi-lo.

O requerente foi condenado a detenção e posteriormente houve pedido de expulsão, o que o TEDH considerou uma interferência ao respeito da sua vida privada e familiar, contrária ao artigo 8º da Convenção.

O Tribunal alegou que quando a ordem de expulsão foi expedida

¹⁷⁵ Cfr. Exposição de motivos das Diretrizes do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada a crianças, p. 76.

¹⁷⁶ Acórdão de 23 de junho de 2008. Sobre expulsão de adolescentes que cometeram atos infracionais existem os acórdãos A.A contra Reino Unido, de 20 de setembro de 2011, Moutasquim contra Bélgica, de 18 de fevereiro de 1991 e Radovanovic contra Áustria, de 22 de abril de 2004.

o recorrente era menor de idade e atingiu a maioria somente quando a ordem se tornou definitiva, mas ele ainda estava vivendo com os pais. Em outras situações semelhantes, o Tribunal de Justiça aceitou como "vida familiar", uma série de casos relativos a jovens adultos que viviam com os pais ou com outros familiares próximos.

Demais disso, o Tribunal observa que o artigo 8º também protege o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e o mundo exterior e, por vezes, pode abraçar aspectos da identidade social de um indivíduo. Dessa forma, deve-se aceitar que a totalidade dos laços sociais entre migrantes e a comunidade em que eles estão vivendo faz parte do conceito de "vida privada" na concepção do referido artigo.

E ainda afirma na decisão que, independentemente da existência ou não de uma "vida familiar", a expulsão de um migrante estabelecido constitui, portanto, uma interferência no direito ao respeito da vida privada.

A decisão considera ainda que, quando as medidas de expulsão de menor infrator estão em causa, a obrigação de proteger o melhor interesse do menor inclui a obrigação de facilitar a sua reintegração. A este respeito, observa que o artigo 40º da Convenção sobre os Direitos da Criança faz reintegração do objetivo a ser perseguido pela Justiça Juvenil. Desse modo, este objetivo não será alcançado por meio da expulsão, que deve permanecer como último recurso no caso envolvendo um menor infrator.

Mais uma vez o TEDH recorreu a Convenção sobre os Direitos da Criança como um instrumento vivo, devendo a mesma ser interpretada dentro da realidade atual influenciando as normas internas dos Estados.

Demais disso, cabe mencionar que o artigo 8º da CEDH está em

consonância com o artigo 40º, nº 2, alínea b da Convenção sobre os Direitos da Criança que exige cautela dos Estados na exposição da vida privada dos adolescentes, devendo haver proteção e cuidado na divulgação de dados referentes ao processo, ato praticado, dentre outros.

A vida pessoal e familiar do menor não pode ser motivo de escrutínio pelos meios de comunicação ou pela sociedade de forma geral. Existe um processo judicial que irá apurar os fatos pertinentes da forma devida.

Diante da jurisprudência analisada podemos concluir que os Direitos Humanos de menores lesionados pelos Estados Membros foram passíveis de decisões e geraram punições aos mesmos, deixando claro que a restrição de liberdade, por cometimento de um ato infracional não significa a perda de direitos básicos e universais.

4.2. Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Antes de adentrar a jurisprudência da Corte Interamericana cabe aqui apontar a principal diferença entre esta e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, sendo ela de suma importância para análise dos casos apresentados. No sistema interamericano, não é possível o ingresso direto do indivíduo, como no sistema europeu e sim apenas admitida a participação da vítima e de seus familiares em todas as etapas do processo.

A meu ver, essa é uma diferença fundamental entre os dois sistemas que gera reflexo direto na eficácia de suas atuações. Talvez se a vítima pudesse demandar diretamente, assim como ocorre no modelo europeu, teríamos uma maior atuação da Corte e conseqüentemente uma jurisprudência mais enriquecida,

principalmente no âmbito da Justiça Juvenil, onde o material ainda é escasso.

O caso de maior destaque na CIDH ligado ao tema aqui desenvolvido é o do Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai¹⁷⁷. À época o Paraguai não possuía legislação própria para tratar de adolescentes e jovens infratores.

A Comissão argumentou que o Instituto estava contrário a todos os padrões internacionais relativos à superlotação, insalubridade, falta de estrutura adequada, bem como falta de agentes de segurança suficientes e capacitados.

O Instituto passou ainda por três incêndios e as vítimas foram transferidas para penitenciárias de adultos dentro do país, afastados de seus familiares e defensores legais. Os referidos incêndios causaram ainda morte e lesões corporais a jovens internos. O instituto Panchito López somente foi fechado pelo Estado após o terceiro incêndio.

Na análise do Tribunal houve violação dos artigos 1.1 combinado com os artigos 4, 5 e 19 da Convenção. A decisão foi fundamentada na afirmação de que os Direitos Humanos são para todos e no caso específico, quando menores são envolvidos deve ser considerado também o direito especial derivado dessa condição, direitos esses que são acompanhados de deveres específicos da família, da sociedade e do Estado. Assim, a disposição do artigo 19 deve ser entendida como um direito complementar.

Demais disso, o Tribunal ainda considerou que o Paraguai ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 25 de setembro de 1990 e o Protocolo de San Salvador em 03 de junho de

¹⁷⁷ Sentença de 2 de setembro de 2004.

1997¹⁷⁸.

Dessa forma, a Corte Interamericana estabeleceu que as pessoas privadas de liberdade possuem o direito de viver em condições compatíveis com a dignidade humana e cabe ao Estado garantir o direito à vida e à integridade pessoal. Sendo assim, o Estado encontra-se numa posição especial de garantidor, uma vez que o indivíduo preso é impedido de cumprir, por seus próprios meios, uma série de necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna.

O fato de a liberdade estar restrita não significa que os demais direitos, tais como, o direito a vida e a integridade pessoal estejam restritos, pelo contrário, tais direitos exigem do Estado tanto a obrigação negativa, de respeitá-los, como também a obrigação positiva de tomar todas as medidas cabíveis para garanti-los.

Em casos que envolvam menores na privação de liberdade, a obrigação do Estado é ainda maior, devido ao artigo 19 da Convenção Americana, uma vez que o direito à vida e a integridade física não são extintos ou restritos.

Outra falha do Estado foi não oferecer estabelecimento apropriado para os menores em cumprimento de medida socioeducativa. O instituto não era apropriado para tal, inclusive não contava com saídas de emergência, extintores de incêndio dentre outras exigências que permitem um mínimo de infraestrutura, bem como os agentes públicos que lá trabalhavam não foram capacitados para lidar com situações de emergência.

A decisão traz ainda a violação por parte do Paraguai dos artigos 2 e 8.1 em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção, tendo

¹⁷⁸ Os referidos documentos entraram em vigor nas datas de 02 de setembro de 1990 e 16 de novembro de 1999, respectivamente.

em vista que o país não dispunha, até o ano de 2001, de Tribunal especializado para o julgamento de menores.

O artigo 7, combinado com o artigo 1.1 da Convenção também foi violado, vez que a prisão preventiva não pode exceder o prazo estipulado em lei, podendo assim se tornar equivalente a uma pena sem julgamento, o que é contrário a todos os princípios gerais do direito reconhecidos universalmente.

Quando a questão envolve um menor a aplicação da prisão preventiva deve ser ainda mais fundamentada, tendo em vista que a medida de internação deve ser aplicada como exceção, devendo primeiro observar se o ato cometido é passível da aplicação de outras medidas.

A decisão impôs ao Paraguai obrigações de caráter indenizatório, por danos patrimoniais no valor de US\$953.000,00 (novecentos e cinquenta e três mil dólares) e morais às vítimas no importe de US\$ 2.706.000,00 (dois milhões, setecentos e seis mil dólares), bem como medidas adicionais com o escopo de prevenir que eventos similares acontecessem futuramente, tais como, publicar a decisão do Tribunal no Diário Oficial e em outro diário de circulação nacional, realizar, em consulta com a sociedade civil, um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, elaborar uma política de Estado de curto, médio e longo prazo relacionada a jovens em conflito com a lei e fornecer tratamento psicológico a todos os ex-internos do Instituto, bem como tratamento médico e psicológico aos feridos e/ou aos familiares dos mesmos e dos que faleceram e providenciar um local para o enterro das vítimas que morreram no incêndio.

Envolvendo o Brasil tivemos dois casos ligados a Justiça Juvenil que foram analisados pela Corte Interamericana, porém em caráter

de Medidas Provisórias¹⁷⁹.

Aqui cabe apontar que, diferente do sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos, o sistema interamericano prevê a possibilidade da Corte aplicar Medidas Provisórias naqueles casos onde há necessidade urgente de proteção a um direito em vias de violação.

Na Resolução sobre Medidas Provisórias¹⁸⁰ de Proteção no caso das Crianças e Adolescentes privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM contra o Brasil¹⁸¹, foi abordado pelo Tribunal a importância do acesso direto dos indivíduos a jurisdição internacional.

A própria jurisprudência do Tribunal adota o posicionamento de que a emancipação jurídica do ser humano ao enfatizar que crianças e adolescentes possuem personalidade jurídica como verdadeiros sujeitos de direitos e não como simples objeto de proteção¹⁸².

Desse modo, tanto em matéria consultiva como em contenciosa, a Corte Interamericana tem considerado a preservação dos direitos da criança, tanto na área dos direitos substantivos quanto na área processual. Tal posicionamento é guiado pelo princípio fundamental da dignidade humana, invocado em tratados e instrumentos internacionais de Direitos Humanos e o consequente

¹⁷⁹ De acordo com FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 96/97, existe forte debate acerca da reforma do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos, onde foram apresentadas controversas propostas por parte dos Estados em restringir o poder da Comissão em conceder medidas cautelares.

¹⁸⁰ Em conformidade com o artigo 63.2 da Convenção Americana. O Brasil é Estado Parte na Convenção desde 25 de setembro de 1992 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

¹⁸¹ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cf?lang=en (Consultado em 05 de fevereiro de 2016).

¹⁸² Parecer Consultivo nº 17, de 28 de agosto de 2002 (sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança)

processo de humanização do próprio Direito Internacional¹⁸³.

A obrigação da devida diligência do Estado deve estar sempre presente para evitar danos irreparáveis a pessoas que estejam sob sua custódia, portanto o poder do Estado para manter a ordem pública não é ilimitado, ele tem o dever, a todo o momento, de agir e aplicar o direito, respeitando os direitos fundamentais daqueles indivíduos que estão sob sua jurisdição¹⁸⁴.

As Medidas Provisórias de Proteção, emanadas pela Corte visam o monitoramento constante para que danos irreparáveis não sejam cometidos à dignidade da pessoa humana¹⁸⁵.

Também em sede de Resolução da CIDH temos as Medidas Provisórias do caso Complexo de Tatuapé da Fundação CASA contra o Brasil¹⁸⁶. A última Resolução foi em 25 de novembro de 2008 e recomendou ao Estado a proteção da vida e integridade dos jovens internos na Unidade, a manutenção das medidas necessárias para impedir tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, reduzir a lotação da Unidade, confiscar armas que estavam em posse dos adolescentes internos, prestar assistência à saúde dos mesmos, permitir o acesso dos representantes dos beneficiários nos centros

¹⁸³ Pontos 11 e 12 do Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade Para ele, a Medida Provisória tem caráter mais tutelar do que cautelar, pois a mesma tem como papel salvaguardar, mais do que a eficácia da função jurisdicional, os próprios direitos fundamentais da pessoa humana.

¹⁸⁴ Pontos 27 a 29 do Voto Concordante do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

¹⁸⁵ Conforme defende o Antonio Augusto Trindade Cançado, no mencionado voto, as medidas provisórias de proteção constituem um instrumento jurídico próprio, vez que possuem uma relevância na dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos, diferentemente das obrigações geradas aos Estados pela sentença com relação ao mérito e eventuais reparações. Segundo afirma, a concepção das medidas, de cautelares para tutelares, é a humanização do Direito Internacional Público.

¹⁸⁶

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cf?lang=en (Consultado em 05 de fevereiro de 2016).

socioeducativos, bem como enviar lista atualizada com o nome de todos os jovens em cumprimento de medida no centro de internação.

As intervenções da Corte tiveram início no ano de 2005, por meio da Resolução de 17 de novembro de 2005¹⁸⁷. Em 10 de outubro de 2007 o Complexo do Tauapé da Fundação CASA foi desativado e os adolescentes internos foram transferidos para outras Unidades socioeducativas de São Paulo. Em 29 de agosto de 2008 o Estado indicou que dos 1803 (mil oitocentos e três) adolescentes que cumpriam medida à época na instituição, 102 (cento e dois) continuavam privados de liberdade.

O Brasil ainda informou o investimento financeiro de mais de US\$ 70.000 (setenta mil dólares) empregado na construção de novos 36 (trinta e seis) centros de internação, bem como apresentou índices que demonstraram a redução das taxas de reincidência e rebeliões.

Em 1 de dezembro de 2007 o novo regulamento Interno da Fundação entrou em vigor, prevendo abertura de processo administrativo para apuração dos casos de violência envolvendo adolescentes e funcionários e também a previsão de acesso amplo e irrestrito dos representantes e de outras organizações da sociedade civil.

Os representantes solicitaram à Corte a manutenção das Medidas Provisórias, tendo em vista novos incidentes de violência, inclusive casos de morte de adolescentes, continuavam acontecendo nas demais Unidades de internação da Fundação CASA, assim como casos de superlotação, isolamentos prolongados e outros fatos

187

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cf?lang=en (Consultado em 05 de fevereiro de 2016).

divulgados pela imprensa brasileira.

O Tribunal lembrou que a situação particular de extrema gravidade e urgência que deu ensejo às referidas Medidas Provisórias, frisando em sua decisão o caráter excepcional das mesmas. Concluiu ainda que o processo de melhoria de todas as Unidades da Fundação CASA exigem investimentos a curto, médio e longo prazo e apesar dos avanços produzidos as obrigações impostas nas Medidas Provisórias proferidas pela Corte não serão cumpridas apenas com a desativação da Unidade e a transferência dos internos.

Dessa forma, a Corte decidiu arquivar o expediente, vez que os fatos que motivaram a adoção das Medidas Provisórias já não mais subsistiam, entretanto, ressaltou a importância da garantia do acesso nos centros de internação dos representantes das organizações da sociedade civil pelo Estado brasileiro.

É importante destacar que foram violados direitos ligados a superlotação da Unidade, inviabilidade de acomodação e o comprometimento da saúde dos menores em cumprimento de medida. Demais disso, também foram violados direitos à convivência familiar e comunitária, bem como foram constatados casos de maus tratos, abusos sexuais, episódios de agressão e isolamento prolongado.

Todas essas condutas são expressamente vedadas em lei, tanto pela legislação internacional, como também pela nacional, de forma geral não protegeu a condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente, disposto de forma clara nas legislações aqui mencionadas.

Em data mais recente o Tribunal Interamericano expediu a Resolução de 23 de junho de 2015 com Medidas Provisórias referentes ao caso brasileiro da UNIS – Unidade de Internação

Socioeducativa do Espírito Santo¹⁸⁸.

O caso teve início no ano de 2011 quando a Corte adotou Medidas Provisórias devido a motins, ameaças de motins, agressões a adolescentes internos e a falta de controle da administração da Unidade em questão.

Em seus relatórios, o Estado brasileiro mostrou que vem adotando medidas, tais como a implementação de monitoramento em vídeo, troca do fornecedor de alimentação, aquisição de novos materiais para a Unidade, bem como mencionou a aprovação do Plano Estadual de Atenção Socioeducativa, que visa o atendimento individualizado e eficaz ao jovem infrator.

Em fevereiro de 2011 a UNIS tinha 139 (cento e trinta e nove) adolescentes em cumprimento de medida, hoje ela tem capacidade para 60 (sessenta) adolescentes. Foi também realizada a contratação temporária de novos funcionários e a administração do centro socioeducativo foi alterada e reformulada em agosto de 2014.

O Brasil alega ainda, que embora tenha Unidades que operam acima da capacidade, que não é o caso da UNIS, investimentos financeiros tem sido realizados para a construção de novos centros de internação. Demais disso, o Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo – IASES vem acompanhando com transparência e eficiência as apurações de ocorrências registradas nas Unidades de todo estado do Espírito Santo.

Os representantes apresentaram que os tratamentos autoritários e degradantes continuam acontecendo no âmbito das Unidades, principalmente o chamado “acautelamento”, onde todas as atividades do adolescente são suspensas, inclusive as escolares,

¹⁸⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_09_por.pdf

ficando o jovem ainda mais restrito. Relatou também o uso abusivo de algemas e agressões dos funcionários, dentre outras situações irregulares. Disse ainda que a Unidade, à época da visita, estava com a lotação de 72 (setenta e dois) adolescentes e que o quadro de funcionários estava com um déficit de 56 (cinquenta e seis) funcionários. Os casos de motins e tentativas de fuga continuaram acontecendo no local.

O Estado apresentou à Corte um pedido de levantamento das Medidas Provisórias alegando a ausência de requisitos do artigo 63.2 da Convenção Americana, entretanto, o Tribunal não acatou o pedido, tendo em vista que os atos de violência ainda são mantidos e o Brasil não nega a existência dos mesmos, embora indique o caráter isolado e excepcional.

Nesse caso, nos deparamos com o descumprimento, por parte do Estado brasileiro, da falta de estrutura da Unidade, que gerou constantes rebeliões, maus tratos, agressões e situação de fuga dos internos. Mais uma vez a postura do Brasil diverge do previsto na legislação interna e internacional correlatas ao tema.

Não houve qualquer ação na tentativa de findar a atuação dos funcionários que além de deixar os adolescentes nus ainda usaram na contenção *spray* de pimenta, balas de borracha, conferindo-lhes assim, agressão física e verbal, totalmente contrárias aos mecanismos de proteção da dignidade humana, bem como contrário ao que prevê o artigo 5º da Convenção, que se refere à integridade pessoal.

Dessa forma, o Tribunal concluiu que a situação de risco ainda persiste e que embora tenham tido alguns avanços o Estado brasileiro descumpriu a Resolução anterior, datada de 26 de setembro de

2014¹⁸⁹. Portanto, a Corte considerou necessário manter as Medidas Provisórias.

Diante dos dois casos apresentados de Medidas Provisórias determinadas ao Estado brasileiro, nota-se que no primeiro caso houve o arquivamento do expediente, tendo em vista que a “situação de extrema gravidade e urgência, possíveis danos irreparáveis às pessoas”, como previsto no artigo 63.2 da Convenção foi extinta, tendo em vista o cumprimento das obrigações impostas.

Já no segundo caso, a situação ainda persiste, razão pela qual as Medidas Provisórias ainda são mantidas e cabe ao Estado continuar tomando as providências cabíveis para erradicar as situações de risco e proteger a vida e a integridade pessoal, psíquica e moral dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa na UNIS dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normas internacionais.

Cabe aqui refletir sobre as duas atuações da Corte com relação situação dos menores acutelados em Unidades Socioeducativas no que se refere a resposta do Estado brasileiro, vez que a mesma foi bastante direcionada para questão de investimento financeiro nas estruturas físicas e um tanto quanto vaga no sentido do combate aos maus tratos e tratamentos degradantes.

Considerando que o Brasil é signatário dos diplomas internacionais que tratam especificamente da justiça juvenil, penso que deveria se posicionar de forma mais explícita com relação aos

¹⁸⁹ Parágrafo considerativo 8º e no ponto Resolutivo 3º que dispunham da apresentação de relatório detalhado com todas as denúncias elaborado pelo Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Espírito Santo ocorridas na UNIS. O relatório deveria constar de todas as providências tomadas para investigar funcionários pessoalmente identificados pelos adolescentes. O Estado apresentou quadros com informações, entretanto esses quadros não apresentavam nenhum dado concreto que demonstrasse o progresso e eram idênticos aos apresentados no relatório anterior.

atos de maus tratos praticados nas Unidades.

Um ponto específico que chamou atenção na análise das decisões do Tribunal foi o uso abusivo de algemas, que é contrário ao estabelecido no item 65 das Regras para a Proteção os Menores privados de Liberdade adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990, que trata especificamente da limitação do uso da força, assim como os instrumentos de coação, a serem utilizados em casos excepcionais e previstos em lei nacional e no regulamento interno das Unidades socioeducativas brasileiras.

Sabendo que esse tipo de situação é comum e que para além dela ainda persiste o tratamento desumano e degradante, não caberia ao Tribunal exigir do Estado medidas mais eficazes ao combate dessa prática? Ao usar expressões como “proteger”, “reduzir”, “confiscar armas”, dentre outras, o Tribunal se posiciona de maneira muito genérica, não envolvendo de forma clara os órgãos e deveriam ser envolvidos nas decisões por ele emitidas.

De certa maneira, há nesse tipo de decisão uma maior valorização da parte estrutural, e, portanto financeira das ações esperadas do Estado, do que uma preocupação efetiva dos Direitos Humanos violados. Claro que a mudança estrutural das Unidades, de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei, são de grande valia e refletem também na aplicação e eficácia dos Direitos Humanos, contudo, existem mais pontos a serem explorados e cobrados dos Estados que violam a Convenção.

Embora a atuação da Corte Interamericana nos casos ligados a Justiça Juvenil seja em menor escala do que a atuação do Tribunal Europeu nota-se que o caminho para a proteção de Direitos Humanos de menores está sendo construído por meio da jurisprudência apresentada, e isso significa um grande passo na efetivação desses

direitos.

4.3. O Reflexo das decisões internacionais no direito interno:

No que se refere ao acompanhamento e controle das decisões dos Tribunais de Direitos Humanos por parte dos Estados Partes condenados, não há um método coercitivo que implique no cumprimento efetivo das decisões. Esse método de execução espontânea das decisões é comum tanto no TEDH como na CIDH, tendo em vista a soberania dos Estados.

Conquanto haja métodos mais eficazes do que apenas a elaboração de relatórios, por parte do Estado condenado, como ocorre no sistema da OEA, a exemplo do que prevê o artigo 69 da Convenção Americana, o modelo europeu, no qual o Comitê de Ministros, que é o responsável por acompanhar a execução das sentenças do TEDH, tem o poder de suspender ou expulsar da organização dos Estados, no âmbito do Conselho, aquele que não cumpriu a decisão emanada pelo Tribunal.

Embora isso não tenha sido de fato aplicado, posto que não há registro de aplicação do artigo 8º do Estatuto do Conselho da Europa, a retirada de um Estado é justamente uma ação contrária a divulgação e proteção dos Direitos Humanos, objetivos esses primordiais dos sistemas regionais que visam a mesma finalidade, portanto, o caráter punitivo do não cumprimento de uma decisão teria que passar por outra via que não essa.

No caso do Tribunal Europeu, com relação ao cumprimento das decisões, cabe ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa acompanhar a execução e evolução dos Estados no que concerne à harmonização e modernização da legislação interna.

No nível teórico, nos termos do artigo 41º da CEDH, existe a previsão de condenação pecuniária, sempre que um Estado viola a Convenção, nomeadamente naqueles casos de privação dos direitos civis e políticos e da violação do princípio do processo equitativo.

A revisão de decisões internas comprometeria não só a segurança jurídica dos Estados Membros, como também a soberania dos mesmos.

Já a Convenção Americana não estabelece mecanismos específicos para supervisão das decisões da Comissão ou Corte e embora as decisões que envolvam indenizações sejam cumpridas pelos Estados Partes, existem decisões que não tratam apenas do carácter pecuniário, sendo estas mais difíceis de se efetivarem¹⁹⁰.

Atualmente o acompanhamento da execução das decisões recai sobre todos os Estados Partes da Convenção, que dedicam uma ou duas sessões por ano nos trabalhos da casa para essa finalidade. Em razão disso, existe posicionamento doutrinário de que se houvesse acréscimo ao final do artigo 65 da CIDH que a "Assembleia Geral remeteria ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e elaborar um informe, a fim de que a Assembleia Geral delibere a respeito" a lacuna hoje existente com relação ao monitoramento contínuo seria suprida¹⁹¹. Dessa forma, volto à questão da implementação dos Direitos Humanos no âmbito interno, ficando a proteção internacional dos mesmos, diretamente vinculada e dependente da legislação nacional.

Diferente do que aconteceu em outros países, tais como Honduras, Peru, Costa Rica e Colômbia, o Brasil não dispõe de

¹⁹⁰ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 97.

¹⁹¹ Idem, p. 98, ao citar Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles.

regulamentação acerca do cumprimento de decisões emitidas por Tribunais Internacionais, sejam elas indenizatórias ou não¹⁹².

É importante lembrar que o Brasil aderiu ao sistema interamericano em 1992, entretanto, somente reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em dezembro de 1998 e ainda assim com a reserva da reciprocidade, isto é, se um determinado Estado não tiver reconhecido a referida competência, ele não pode acionar aquele Tribunal contra o Brasil.

Não há normas, no ordenamento brasileiro que especifiquem o processo de internalização da sentença advinda de tribunal internacional no sistema interno, no que se refere a procedimento e quais órgãos seriam competentes para executá-la. Atualmente, no que tange as decisões da CIDH, participam da execução das sentenças o Ministério das Relações Exteriores, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e a Advocacia Geral da União. Note-se que não há participação dos Poderes Judiciário e Legislativo e sim apenas de órgãos do Poder Executivo¹⁹³.

Uma das dificuldades, além da legitimidade da Corte interamericana em território brasileiro é também o fato da condenação não ser direcionada a um órgão específico e sim ao Estado como um todo. Dessa forma, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se veem apartados do processo de cumprimento da decisão, ficando a determinação do Tribunal com uma lacuna, onde existe a determinação da decisão, mas sua efetividade fica

¹⁹² JULIANA CORBACHO NEVES DOS SANTOS, *A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, jan./jun. 2011, p. 288. De acordo com a autora foram elaborados dois projetos de lei (nº 3.214/2000 e nº 4.667/2004) para regulamentar as decisões dos órgãos do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, contudo, nenhum deles foi concluído.

¹⁹³ Idem, p. 287.

prejudicada devido à condenação de forma genérica imposta ao Estado, não envolvendo diretamente o órgão responsável pela execução e tutela do direito envolvido na decisão.

O Poder Judiciário brasileiro, como dito em tópicos anteriores, se restringe a aplicar as normas de direito interno, nomeadamente naqueles casos relacionados à Justiça Juvenil. Com essa postura, ele desconsidera os compromissos internacionais assumidos pelo Estado no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, ignorando assim sua obrigação em cumpri-la e respeita-la, posto que é parte integrante do Estado brasileiro e portanto destinatário da norma internacional obrigatória¹⁹⁴.

A obrigatoriedade das decisões da Corte Interamericana ainda é motivo de resistência por parte dos agentes públicos brasileiros, que demonstram falta de conhecimento das decisões no âmbito internacional.

Os casos envolvendo a Justiça Juvenil e o Brasil na Corte são exemplos vivos dessa falta de conhecimento. É bastante comum não chegar ao conhecimento de outros estados da federação que houve naquela instância aplicação de medida provisória contra o Brasil no que se refere às condições das Unidades Socioeducativas e maus tratos aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em São Paulo e Espírito Santo.

As decisões deveriam ser amplamente divulgadas¹⁹⁵,

¹⁹⁴ ELEONORA MESQUITA CEIA, *A Jurisprudência da Corte Interamericana...*, p. 137.

¹⁹⁵ É importante frisar que a falta de divulgação aqui tratada não se refere a ausência de publicação na Imprensa Oficial. Isso ocorre, porém não é eficaz o suficiente para envolver os órgãos de justiça e as outras esferas que atuam na política de atendimento socioeducativo. Volto a frisar a necessidade de capacitação, de envolvimento dos tribunais na qualificação das decisões emanadas, começando pelas de primeira instância. A jurisprudência interamericana não é conhecida pelos operadores do direito no Brasil, sendo,

principalmente nas esferas dos poderes Executivo, que é o responsável pela execução da política de atendimento socioeducativo, como também no Judiciário, que determina o cumprimento de medida. Somente assim, a efetivação das decisões aconteceria de forma plena, pois mesmo aquele outro estado brasileiro, distante daquele que ocasionou a decisão da Corte Interamericana, tomaria conhecimento e aplicaria medidas necessárias para que suas Unidades de Internação não fossem alvo de novas intervenções internacionais.

Se houvesse maior divulgação e as decisões da Corte fossem realmente aplicadas pelo Estado brasileiro, considerando sua amplitude e distâncias geográficas, a efetivação dos Direitos Humanos se tornaria objeto mais palpável.

Os dois casos que citei acima, envolvendo Unidades de Internação dos estados de São Paulo e Espírito Santo não tomaram a proporção que deveriam. São notórios os casos envolvendo maus tratos a adolescente em cumprimento de medida socioeducativa e as péssimas condições estruturais das Unidades de atendimento, entretanto, tais situações continuam a acontecer e vão continuar acontecendo, pois não há uma obrigação claramente imposta. O Poder Executivo segue sem investir na área, pois como já mencionado, a proteção de direitos de criminosos não gera votos nas eleições.

Em recente decisão, na Suspensão de Liminar nº 823¹⁹⁶ envolvendo o estado do Espírito Santo, o STF indeferiu o pedido de suspensão sob o fundamento de que o estado foi omissivo e por isso

portanto apartada da nossa realidade prática. Isso tem reflexo direto na aplicação do controle de convencionalidade, já tratado neste trabalho.

¹⁹⁶ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL_823.pdf.
(Consultado em 02 de abril de 2016).

alvo de representação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil na CIDH no ano de 2010 e que desde então as medidas provisórias impostas por aquele órgão vem sendo renovadas. Dessa forma, constata-se que o Espírito Santo não atendeu a determinação da Corte Interamericana no sentido de erradicar ou amenizar a situação de risco dos adolescentes em cumprimento de medida na Unidade socioeducativa apontada.

Na mencionada decisão a separação de poderes é abordada sob a ótica de que a mesma não pode se sobrepor ao princípio da dignidade humana e da proteção da criança e do jovem, não havendo discricionariedade no que se refere aos direitos fundamentais. Dessa forma, não há que se falar em lesão a economia e segurança pública quando há a constatação de risco aos direitos fundamentais dos adolescentes em cumprimento de medida naquela Unidade de atendimento socioeducativo.

Entretanto, apesar das críticas cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal vem considerando em suas decisões a jurisprudência da Corte Interamericana e aqui faço remissão ao controle de convencionalidade tratado em capítulos anteriores.

O referido controle não é uma imposição legítima da Corte ao STF e sim um dever dos tribunais brasileiros em decorrência da vontade soberana do Estado que decidiu integrar o sistema interamericano de Direitos Humanos e se submeter àquela jurisdição. Dessa forma, os juízes devem considerar a Convenção e sua interpretação dada pela Corte com base no *pacta sunt servanta*, no qual uma obrigação de direito internacional não pode ser descumprida por razões de direito interno¹⁹⁷.

¹⁹⁷ ELEONORA MESQUITA CEIA, *A Jurisprudência da Corte Interamericana...*, p. 141.

Em estudo realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro constatou-se que 84% (oitenta e quatro por cento) dos magistrados entrevistados afirmaram que não tiveram qualquer formação em Direitos Humanos e 59% (cinquenta e nove por cento) deles declaram conhecer de forma superficial os sistemas da ONU e da OEA¹⁹⁸.

A falta de familiaridade com os tratados firmados pelo Brasil no âmbito dos Direitos Humanos, bem como, em muitos casos, a postura conservadora do Supremo Tribunal Federal em relação à jurisprudência da Corte Interamericana resultam na dificuldade de cumprimento das decisões emitidas por ela e abrem a possibilidade de novas violações à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Recentemente foi firmada uma carta de intenções¹⁹⁹ entre o CNJ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de capacitar dezesseis mil magistrados brasileiros e funcionários da justiça na área de Direitos Humanos dentro da jurisprudência e atuação do sistema de proteção regional, bem como sua correlação com o sistema internacional, nomeadamente a atuação da ONU.

A colaboração ampla entre os dois órgãos a partir do interesse mútuo em promover, velar e difundir as normas internacionais e a jurisprudência da CIDH no Brasil é uma parceria de suma importância na divulgação das decisões da Corte e no diálogo jurisprudencial entre o sistema interno e internacional, que resulta na efetivação dos Direitos Humanos.

Uma das primeiras medidas será disponibilizar no site do

¹⁹⁸ Idem, p. 146.

¹⁹⁹ Documento disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/acordoCIDH.pdf> (Consultado em 02 de abril de 2016).

Conselho todo acervo de decisões proferidas pela Corte Interamericana na língua portuguesa, facilitando, desse modo a consulta e pesquisa pelos profissionais da área e demais interessados.

Se a carta de intenções firmada entre os órgãos for de fato colocada em prática, teremos um grande avanço em um dos pontos mais debatidos na presente pesquisa, que é a capacitação do Poder Judiciário e a integração das decisões internacionais e das decisões internas, o que promoverá o efetivo controle de convencionalidade por parte dos juízes nacionais e a real defesa dos Direitos Humanos.

Retomando o papel da Corte Interamericana, apesar de todos os percalços na efetividade de suas decisões, não podemos negar que o sistema interamericano vem galgando progressos no fortalecimento dos Direitos Humanos em um sistema multinível²⁰⁰.

Sob esta perspectiva o diálogo jurisdicional emerge em quatro vertentes, sendo elas: o diálogo com o sistema global, mediante a incorporação de parâmetros protetivos de Direitos Humanos; a integração com os demais sistemas regionais; a integração com o sistema nacional, abrangendo o controle de convencionalidade, e, por fim, o estreitamento da participação da sociedade civil, que empresta ao sistema a legitimação social, que está em constante crescimento²⁰¹.

Nos dois sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos abordados nesta pesquisa as decisões proferidas e sua efetividade ficam restritas em declarar a conformidade ou inconformidade dos Estados em relação às respectivas Convenções.

²⁰⁰ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 89.

²⁰¹ FLÁVIA PIOVESAN, *Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* p. 89.

A jurisdição de ambos os tribunais é aceita pelos Estados sempre em caráter subsidiário, razão pela qual sempre é necessário esgotar as via internas antes de acessá-los. Isto é, cabe aos Estados assegurarem os direitos em nível interno. Dessa forma, a efetivação das decisões emitidas pelos sistemas de proteção aos Direitos Humanos não alcançam resultados plenos.

Conclusão:

O princípio da universalidade é o pilar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, vez que todos, sem exceção, fazem jus as garantias previstas, independente de raça, nacionalidade, religião e de seus contextos econômicos, políticos e históricos. Demais disso, esses direitos e garantias são inalienáveis.

Partindo dessa premissa o legislador invoca e se inspira nos Direitos Humanos para criar leis que tratam de inúmeros assuntos e tutelam determinadas situações jurídicas. Os chamados padrões mínimos decorrentes dos Direitos Humanos devem ser considerados como base essencial.

A busca por uma Justiça Juvenil correta e bem aplicada leva em consideração essas premissas, tendo em vista que o menor que comete ato infracional já tem a medida decretada, inclusive podendo ficar restrito de liberdade, o que não se confunde com a ausência de demais direitos e garantias pelo fato de ter sido condenado. Isto é, a condenação não é sinônimo de ausência de direitos.

Ao criar uma lei específica para tutelar a questão, o legislador de cada Estado deve ter como base essas premissas internacionais sobre Direitos Humanos e os órgãos envolvidos na execução da medida socioeducativa devem cumpri-las e respeitá-las. Muitas vezes o Poder Executivo não consegue atender a todos os parâmetros determinados, por questões orçamentárias e principalmente por escolhas políticas, contudo a obrigação está posta.

Demais disso, os órgãos de justiça também devem ser envolvidos, vez que cabe ao Poder Judiciário decretar a medida de internação cabível para aquele adolescente que cometeu ato

infracional, portanto, sendo o juiz o aplicador direto dos Direitos Humanos, vez que sua sentença deve respeitar as normas relacionadas, existe a necessidade de uma constante capacitação, para que a normas de Direito internacional dos Direitos Humanos sejam aplicadas na esfera interna.

Com isso, considerando que o tribunal interno é o primeiro órgão a aplicar o que foi pactuado no âmbito internacional, muitos casos não chegariam nas instâncias internacionais. Assim, o combate à violação de Direitos Humanos começa na esfera interna.

O adolescente que comete o ato infracional tem direitos e garantias básicos e muitas vezes de setores que não proviam essa assistência antes do cometimento do ato. A partir da restrição da sua liberdade pelo Estado, o mesmo passa a ter a tutela e a responsabilidade pelo indivíduo, devendo não só garantir sua integridade física e psicológica como também ofertar local adequado (próprio para menores, salubre e com um mínimo de estrutura) para o cumprimento da medida, atendimento de saúde, oferta de escolarização e profissionalização, atendimento por equipe especializada e capacitada, dentre outros.

Todos esses direitos e garantias decorrem, originalmente, da legislação internacional, o que nos mostra não só a inspiração do legislador de cada Estado como também a obrigação de previsão em legislação nacional, fruto da ratificação do país naquele documento.

De maneira geral a Justiça Juvenil busca seu espaço no ordenamento jurídico, ainda pouco explorado, bem como nas políticas públicas, vez que constantemente não se observa investimentos financeiros na área. Trata-se de uma política de atendimento ainda muito preterida pelo Direito penal, não só na área jurídica como

também nas esferas do Poder Legislativo e Executivo.

Talvez o caminho ideal a ser seguido pela Justiça Juvenil seja a prevenção e o envolvimento da sociedade, como previsto nas Diretrizes de Riad e não o constante apelo da punição idêntica ao sistema penal, que raramente recupera o indivíduo.

Fazendo uma síntese do que foi tratado nesta pesquisa concluo que não se trata de um problema do legislador, vez que existem leis que tratam do tema e direcionam, inclusive foi uma opção separar, no âmbito da responsabilidade penal, crianças e adolescentes e adultos.

A aplicação das normas parece ser o ponto sensível na efetivação dos Direitos Humanos na Justiça Juvenil, tanto no cenário internacional como no cenário interno. A partir disso as relações se desencadeiam interligadas, posto que se não há integração dos sistemas a falta de conexão gera conseqüentemente a não efetividade de direitos básicos.

Dessa maneira o real exercício do controle de convencionalidade se mostra essencial na proteção e divulgação dos Direitos Humanos, entretanto, para que ele aconteça, a capacitação constante dos órgãos de justiça é essencial.

Desse modo, concluo apontando todo caminho percorrido até o momento para a efetivação dos Direitos Humanos de jovens que cometeram atos infracionais e foram responsabilizados por isso, na expectativa de que a área seja passível de maior interesse pelos poderes públicos em todas as esferas de atuação.

Bibliografia:

ALEXANDRINO, José Melo. Hermenêutica dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>. Consultado em 02/02/2016.

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. "A avaliação do arrependimento como critério para execução de medidas socioeducativas no sistema de justiça juvenil." Consultado em 15/07/15 http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=9297&Itemid=456

BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada. Coimbra: Almedina, outubro de 2015, 5ª edição. Versão E-book.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, 2ª edição.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, 1ª edição.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, 1ª edição.

CANDEIAS, Marisa Candeias e HENRIQUES, Helder. "1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens". Disponível em http://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/4156/1/Marisa%20Candeias_Helder%20Henriques.pdf (consultado em 09/12/2015).

CASILEIRO, Paula. "Convenção Europeia dos Direitos Humanos: contributos para a proteção das crianças em conflito com a lei". E-Cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, nº 20, 2013, p. 09/28.

CEIA, Eleonora Mesquita. "A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil". Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf (consultado em 26/03/2016).

CHURGIN, Michael J. "The role of the United States Federal Government in juvenile justice" Traduzido por Lucas Lixinski para Educação e Realidade, volume 33. Julho/dezembro de 2008, p37/46. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/viewFile/6683/3996> (consultado em 16/02/2016)

COMPARATO, Fábio Konder. "O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos". Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-papel-do-juiz-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>. Consultado em 10/12/2015.

EMERIQUE, Lilian Blamant e GUERRA, Sidney. "A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira". Revista Jurídica, v. 10, nº 90. Editora Espanha. Abril/maio de 2008. Pgs 01/34.

FRAENE, Dominique De. "A proteção da juventude belga nas brumas da responsabilização". Ousar e integrar – revista de reinserção social e prova, nº 8 – janeiro de 2011, Textype-Artes Gráficas Ltda, p.

79/91.

FONSECA, António Carlos Duarte. "Sobrevivência e erosão do paradigma da proteção em sistemas europeus de justiça juvenil". Ousar e integrar – revista de reinserção social e prova, nº 7 – Setembro de 2010, Textype-Artes Gráficas Ltda, p. 63/78.

FONSECA, António Carlos Duarte. "Privação de Liberdade na Justiça Juvenil: contornos e problemas entre meios e fins". Revista Julgar, nº 22 – janeiro/abril 2014, Coimbra Editora, p. 75/95.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. Ato Infracional e Direitos Humanos. Campinas: Editora Servanda, 2014.

KNAUL, Gabriela. "O papel dos juízes na efetivação dos Direitos Humanos" Revista Julgar, nº 22 – Janeiro/Abril 2014, Coimbra Editora S.A, p. 149/159.

MACHADO, Jonátas E. M. Direito Internacional, 4º edição, Coimbra Editora, 2013.

MADURO, Joana. "A justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI: uma expressão da cultura do controlo?" E- Cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, nº 20, 2013, p. 29/51.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 3ª Reimpressão da edição de abril de 2006, setembro de 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2010.

MÉNDEZ, Emilio Garcia. "Origem, sentido e futuro dos Direitos Humanos: reflexões para uma nova agenda". Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 1, nº 1, 2004. SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 7/19.

MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional Público – Uma Visão Sistemática do Direito Internacional dos Nossos Dias. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra editora, março de 2010.

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, p. 61/85.

PIOVESAN, Flávia. "Direitos Humanos e o Direitos Constitucional Internacional". 12ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2011.

_____. "Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma". Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – www.ufsm.br/redesg v. 3, n. 1, jan.jun/2014, p.76/101. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/16282-74126-1-PB.pdf> (Consultado em 27/03/2016).

RAMOS, André de Carvalho. "Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos". Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 104, janeiro/dezembro de 2009, p. 241/286.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. “Os modelos de intervenção institucional e não institucional no âmbito dos menores e jovens adultos”. Em “O Direito de Menores – reforma ou revolução?”. Coordenação Joana Marques Vidal. Lisboa: Edições Cosmos, 1998, p. 19/26.’

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. “O controle de convencionalidade das leis – uma análise na esfera internacional e interna”. Revista do CAAP nº 2, volume XVIII, 2012, p.61/96. Disponível em <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>. Consultado em 10/01/2015

SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. em “A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos”. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 8, n. 1, jan./jun. 2011, p. 261-307. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/1327-6595-2-PB.pdf> (Consultado em 27/03/2016)

SARAIVA, João Batista Costa. “As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional” em Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD. 2006, p. 175/205.

SILVA, Júlio Barbosa e. Lei Tutelar Educativa Comentada – No âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Coimbra: Almedina, janeiro de 2013. Versão E-book.

SOUTO, Gemma Pérez. "Direitos humanos e justiça juvenil: onde começa os direitos dos infractores? Uma abordagem internacional". Ousar e integrar – revista de reinserção social e prova, nº 7 – Setembro de 2010, Textype-Artes Gráficas Ltda, p. 23/33.

Legislação:

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Convenção Europeia de Direitos do Homem

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos

Declaração dos Direitos da Criança

Convenção sobre os Direitos da Criança

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes

Regras de Beijing

Diretrizes de Riad

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Lei nº 8.069/90

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Governo do Estado de Minas Gerais, junho de 2007. Imprensa Oficial.

Constituição da República Portuguesa de 1976

Lei nº 166/99

Decreto Lei nº 323-D/2000 de 20 de dezembro

Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre
Justiça adaptada às crianças, de 17 de novembro de 2010.

Jurisprudências:

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Acórdão de 25 de abril de 1978

Acórdão de 29 de fevereiro de 1988

Acórdão de 28 de outubro de 1998

Acórdão de 16 de dezembro de 1999

Acórdão de 16 de maio de 2002

Acórdão de 17 de outubro de 2006

Acórdão de 6 de maio de 2008

Acórdão de 23 de junho de 2008

Acórdão de 27 de novembro de 2008

Acórdão de 02 de março de 2010

Acórdão de 23 de novembro de 2010

Acórdão de 21 de dezembro de 2010

Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Sentença de 2 de setembro de 2004.

Medidas Provisórias:

30 de novembro de 2005

04 de julho de 2006

03 de julho de 2007

25 de novembro de 2008

26 de julho de 2011

01 de setembro de 2011

26 de abril de 2012

21 de agosto de 2013

29 de janeiro de 2014

26 de setembro de 2014

23 de junho de 2015

Voto concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade na Resolução sobre Medidas provisórias de Proteção no caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus Brasil

Voto concordante do Juiz Sergio García Ramírez na Resolução sobre Medidas provisórias de Proteção no caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus

Brasil, de 30 de novembro de 2005.

Endereços eletrônicos:

Tribunal Europeu de Direitos Humanos: <http://www.echr.coe.int>

Tribunal Interamericano de Direitos Humanos:
<http://www.corteidh.or.cr/>

ONU <http://www.dudh.org.br/definicao/documentos/>

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:
<http://www.sdh.gov.br/>

Conselho Nacional de Justiça – CNJ: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/programa-justica-ao-jovem>