



ISSN 1807-0957

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

ANO III

N^{os} 6/7

Periodicidade: quadrimestral

Tiragem: 1.500 exemplares

Conselho de Supervisão de Juízes da
Infância e da Juventude – CONSIJ
Corregedoria-Geral da Justiça
Porto Alegre, julho/novembro de 2005.

EXPEDIENTE

Coordenação-Geral:

Conselho de Supervisão de Juízes da Infância e da Juventude – CONSIJ

Elaboração:

Dr. José Antônio Daltoé Cezar, Juiz de Direito do 2º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Impressão:

Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa:

Paulo Guilherme de Vargas Marques – DAG/TJ

Editoração:

Ana Luiza de Mesquita Maia Santos – DAG/TJ

J93 Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003-

Quadrimestral.

ISSN 1807-0957

1. Menor – Juizado da Infância e Juventude – Periódico I. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça.

CDU 347.157(05)

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca do TJRS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Desembargador OSVALDO STEFANELLO
Presidente

Desembargador VLADIMIR GIACOMUZZI
1º Vice-Presidente

Desembargador JAIME PITERMAN
2º Vice-Presidente

Desembargador MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA
3º Vice-Presidente

Desembargador ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO
Corregedor-Geral da Justiça

CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – CONSIJ

Desembargador JORGE LUIS DALL'AGNOL
Presidente

Dra. VIVIAN CRISTINA ANGONESE SPENGLER
Vice-Presidente

1º Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre
Dr. BRENO BEUTLER JÚNIOR

2º Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre
Dr. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR

3º Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre

Dr. LEOBERTO NARCISO BRANCHER

Projeto Justiça Instântanea

Dra. VERA LÚCIA DEBONI

Juizado Regional de Osório

Dra. CLÁUDIA JUNQUEIRA SULZBACH

Juizado Regional de Passo Fundo

Dr. CLÓVIS GUIMARÃES DE SOUZA

Juizado Regional de Novo Hamburgo

Dr. VOLNEI DOS SANTOS COELHO

Juizado Regional de Pelotas

Dra. MARIA DO CARMO MORAES AMARAL BRAGA

Juizado Regional de Santo Ângelo

Dr. JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

Juizado Regional de Santa Cruz do Sul

Dr. CLEBER AUGUSTO TONIAL

Juizado Regional de Caxias do Sul

Dr. SÉRGIO FUSQUINE GONÇALVES

Juizado Regional de Santa Maria

Dr. LUCIANO BARCELOS COUTO

Juizado Regional de Uruguaiana

Dra. ROSMARI GIRARDI

Juizado Regional de Canoas

Dra. VIVIANE SOUTO SANT'ANNA

SUMÁRIO

DOCTRINA

Infância, Lei e Democracia na América Latina – Luigi Ferrajoli	9
O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e o Controle Jurisdicional das Omissões Administrativas – Maria Helena Ramos de Freitas	15
Recomendações aos Orientadores de Medidas Socioeducativas – MSE – de Liberdade Assistida – Marcia Helena de Menezes Ribeiro	23
O Prazo Peremptório da Internação Provisória no Estatuto da Criança e do Adolescente – Olegário Gurgel Ferreira Gomes	31
Crítica da Guarda Estatutária – Cleber Augusto Tonial	43

SENTENÇA

Adoção	49
--------------	----

LEGISLAÇÃO

Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad)	57
Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing)	69

Visite o *site* da Justiça da Infância e da Juventude:

www.tj.rs.gov.br

Link Infância e Juventude.

DOCTRINA

INFÂNCIA, LEI E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

LUIGI FERRAJOLI¹

Este livro documenta uma extraordinária experiência cumprida nestes últimos anos na América Latina: a refundação, para começar, no plano legislativo, de um Direito da infância baseado na garantia de seus direitos. Este é também um livro de educação cidadã que expressa e reafirma um ato de confiança na função de projeção e garantia do Direito e dos direitos, entendidos como única alternativa realista para as múltiplas violações dos direitos das quais as crianças são vítimas em todo o mundo.

Em nossa tradição jurídica, ao Direito – direitos e infância são termos tendencialmente antagônicos. Por um lado, estando as crianças privadas da capacidade de atuar, sempre foram tratadas – e, antes disto, inclusive pensadas – muito mais como objetos do que como sujeitos do Direito. Por outro lado, o Direito dos “menores” sempre foi concebido em nossa cultura jurídica como um Direito menor, alheio ao horizonte teórico do jurista e escassamente compatível com as avançadas formas jurídicas do Direito dos adultos. A mencionada “autonomia científica” do Direito do Menor, tal como sustentam os organizadores deste volume, transformou-se de fato em uma autonomia do Direito Constitucional, ou seja, daquele sistema de direitos e garantias que constitui a substância do atual constitucionalismo democrático.

Nas origens desta exclusão das crianças do horizonte do Direito, encontra-se um paradoxo vinculado à rígida separação entre esfera pública e esfera privada que é gerada com o nascimento do Direito moderno. Produto desta separação, os direitos de liberdade dos indivíduos machos e adultos se consolidaram, no velho Estado liberal, como uma garantia de imunidade do Direito à esfera privada, esfera à qual pertencem, junto ao patrimônio, a família e a casa. O universo doméstico, não muito diversamente da fábrica, se configurou como sociedade “natural” dentro da qual os “menores” e as mulheres acabaram ficando alheios ao Direito e, além disso tudo, submetidos ao poder absoluto – paterno e conjugal – conseqüência lógica das liberdades “civis” do pai-patrão. É assim que, mesmo adentrando em nosso século, o Direito desinteressou-se pelos “menores” – através de tribunais e orfanatos – unicamente como problema de polícia ou de assistência caritativa, resultado de seus atos desviados ou de seu abandono. É por esta via que foi mantida, também nas leis européias, uma legislação ao mesmo tempo paternalista e repressiva.

1 – O presente texto é o prefácio apresentado à obra *Infância, Lei e Democracia na América Latina*, de Emilio Garcia Mendez e Mary Beloff, tradução de Eliete Ávila Wolff, publicada pela EDIFURB-Blumenau, em 2001.

Esta função do Direito se agravou dramaticamente na América Latina pelas condições de pobreza e marginalidade em que vivem milhões de crianças, empurradas pela fome a uma relação adulta com a sociedade, através do trabalho, ou, pior ainda, da pequena criminalidade de subsistência; ao mesmo tempo oprimidos, explorados, escravizados, violentados e inclusive exterminados como no Brasil e na Colômbia. A função do Direito foi estendida neste caso, além do âmbito doméstico, às ruas das grandes metrópoles e aos lugares clandestinos de trabalho ilegal e prostituição, onde as crianças são abandonadas às relações selvagens próprias do estado de natureza, vítimas indefesas de um gigantesco crime contra a humanidade; com o qual colaboram, não tanto seus pais, geralmente ausentes e de todos os modos vítimas por sua vez da desigualdade e da miséria, mas principalmente as classes mais favorecidas e os grupos dirigentes nacionais, assim como aqueles dos países ricos e desenvolvidos, responsáveis principais pela desigualdade e pela miséria.

Resulta mais claro agora, tendo desenvolvido estas premissas, o verdadeiro valor transformador da concepção do Direito da infância expressa neste livro e que se materializa nas novas legislações latino-americanas dos anos noventa aqui analisadas. A relação tradicional entre infância e Direito é aqui duplamente reformulada. Em primeiro lugar, rejeita-se totalmente a velha idéia segundo qual a infância pertence – e é justo que pertença – a um mundo puramente “natural” de relações privadas não reguladas pelo Direito, unicamente submetido à dinâmica espontânea de relações afetivas e tutelares, sejam estas familiares ou extrafamiliares. Pelo contrário, o enfoque deste livro reivindica com força para o Direito da infância a lógica dos direitos e suas garantias. Como se sabe, os direitos e as garantias constituem sempre as leis dos mais fracos contra a lei do mais forte que se desenvolve e impera cada vez que os direitos e garantias estão ausentes ou não efetivos. E são precisamente as crianças, mais que ninguém, os sujeitos “fracos” por antonomásia, destinadas a sucumbir neste estado de natureza no qual são abandonadas à lógica da força do mercado.

Em segundo lugar, e conseqüentemente, esta mudança de perspectiva tomando com seriedade a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, inverte a velha relação de Direito com os “menores” considerando-os, tal como estabelece Mary Beloff em seu ensaio, não mais como simples objeto do Direito, ou seja, de tutela e repressão, mas como sujeitos plenos de direito. Esta transformação – da tutela paternalista e autoritária à garantia dos direitos, do velho regime “compaixão–repressão”, como foi chamado por Emilio García Méndez, à cidadania da infância – se traduz em uma nova dimensão constitucional do Direito da infância que reformula todos os principais setores com o vinculado: do trabalho infantil, das adoções e da delinqüência juvenil, para dar somente alguns dos múltiplos exemplos.

Desta nova perspectiva na concepção do Direito da infância queria assinalar aqui dois aspectos que se vinculam estreitamente com a relação infância, Direito e democracia.

O primeiro aspecto se refere à forma como as leis e projetos de lei contidos neste livro foram elaborados. Em nossa tradição jurídica, ao paternalismo próprio do Direito de menores sempre correspondeu um paternalismo equivalente nos métodos de produção, entregue a “técnicos” e a “especialistas” imbuídos geralmente de preconceitos e lugares comuns ocultos atrás das fórmulas retóricas tais como a “situação irregular” ou “o interesse superior do menor”. Pelo contrário, as leis aqui contidas são o resultado de um amplo debate que, nos diversos países da América Latina, envolveu, também graças ao compromisso de todos os autores deste livro, não somente juristas e especialistas, mas também amplos setores da opinião pública. Neste sentido são exemplares o Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, de 1990, fruto de um movimento de luta pelos direitos da criança, iniciado a partir de 1986, e o Código da Criança e da Juventude da Guatemala, de 1996. Tal como afirma Emilio García Méndez, ambos textos se distinguem não somente por sua qualidade técnico-jurídica, mas também pela mobilização social que durante quatro anos acompanhou seu processo de gestação.

O segundo aspecto, ainda mais importante, refere-se ao conteúdo e à substância da legislação contida neste livro. Contra o substancialismo paternalista e correccionalista próprio das velhas legislações de menores, o traço distintivo da maior parte destas novas leis consistiu na valorização da forma jurídica: imposta a qualquer intervenção sobre as vidas de crianças e de adolescentes destinada à proteção de seus direitos e mais ainda de sua dignidade de cidadãos. O tradicional paradigma paternalista do Direito de menores é, de fato, por sua natureza informal e discricionário, sempre consignado a um suposto poder “bom” que invariavelmente atuaria pelo “interesse superior do menor”. É justamente este pressuposto o que foi dramaticamente desmentido pela realidade, tendo-se transformado de fato na ausência de regras, que possibilitou e legitimou os piores abusos e arbitrariedades.

O terreno privilegiado deste enfoque sobre as garantias do Direito da infância é naturalmente o da resposta às infrações penais cometidas por adolescentes. O paradigma escolhido, como assinala Mary Beloff, foi o do *Direito Penal mínimo*, que é incomparavelmente menos grave e mais respeitoso em relação ao adolescente do que o velho sistema “pedagógico” das chamadas “sanções suaves” impostas informal, e de fato, arbitrariamente. Isto por três razões. Primeiro pelo recurso ao Direito Penal como *extrema ratio* e, conseqüentemente, pela despenalização total dos delitos cometidos pelas crianças (menores de 12 ou de 14 anos, de acordo com as diversas legislações), assim como pela despenalização da delinqüência pequena e sem importância dos adolescentes, entendida muito mais como problema social antes do que criminal para ser enfrentado primordialmente com políticas de assistência ou com meios extrapenais de conciliação dos conflitos, em lugar de estéreis medidas repressivas. Segundo, pelo rigoroso respeito de todas as garantias penais e processuais – da taxatividade dos delitos à comprovação da ofensa e da culpabilidade, da carga da prova ao contraditório e ao direito de defesa – imposto ao sistema de responsabilidade penal juvenil, mesmo reconhecendo-os

(os adolescentes) como imputáveis. Em terceiro lugar, pela diminuição das penas juvenis, através da existência, na maior parte dos casos, de medidas socioeducativas alternativas à privação de liberdade e somente em casos extremos de utilização deste tipo de medida, por outra parte rigidamente limitada em sua duração e intensidade.

Em outras palavras, um Direito Penal juvenil dotado das mesmas garantias que o Direito Penal adulto, mas menos severo, tanto na tipificação dos delitos quanto na quantidade de qualidade das sanções. Tudo isto sobre a base do princípio claramente expresso por Mary Beloff, no sentido de que a intervenção punitiva na vida dos jovens deve ser limitada o máximo possível, mas existir, quando necessário, com a observância de todas as garantias legais. Trata-se de uma opção respeitosa, que contradiz o conformismo dominante também na Europa, onde continuam prevalecendo modelos substancialistas, “pedagógicos” e subjetivistas de tratamento do desvio juvenil, que, de fato e em última instância, se convertem em formas de Direito Penal máximo, pois são extremamente repressivos. Além do mais, uma verdadeira educação na legalidade, ou seja, com respeito à regras, se obtém sobretudo respeitando o adolescente, inclusive o infrator, como cidadão responsável, exigindo o respeito, e portanto, o valor das regras na própria resposta punitiva a suas infrações.

Obviamente uma boa legislação é somente o primeiro passo – nem sequer o mais importante ou o mais difícil – no caminho de uma efetiva defesa dos direitos da infância. Sobretudo em países como os da América Latina, que sofrem uma prolongada anomia de poderes efetivos, esta nova legislação apresenta o risco de ficar no papel e, conseqüentemente, de produzir nova e frustrante desilusão em relação à função garantidora do Direito.

O problema mais sério que se apresenta hoje em matéria de Direito da infância é o da efetividade das leis aprovadas. Os obstáculos e as dificuldades são muitos e diversos. Em primeiro lugar, as resistências opostas a este novo Direito por parte dos poderes fortes e consolidados, não dispostos a renunciar aos obscuros e geralmente turvos interesses perseguidos à sombra da atual anomia no assunto sobre “menores”. Exemplar neste sentido, tal como assinala Emilio García Méndez, é de novo o caso da Guatemala, onde estes poderes, que até agora manejaram com discrição o tráfico de crianças, conseguiram adiar pela terceira vez a entrada em vigência do novo código da infância que, do mesmo modo que todas as novas leis da região, exclui a pobreza da família natural como pressuposto suficiente para a declaração do estado de abandono e, portanto, da adoção.

O segundo tipo de obstáculos e de dificuldades se refere à resistência para desenvolver aquelas políticas sociais necessárias para o cumprimento do novo Direito da infância. As causas das violações dos direitos da criança radicam-se fundamentalmente tanto na pobreza endêmica quanto nas escandalosas desigualdades sociais, responsáveis pela exploração do trabalho infantil, dos diversos estados de abandono e da delinqüência juvenil, que é principalmente, em termos quantitativos, uma delinqüência de subsistência. É claro que a efetividade dos direitos das crianças – do direito à alimentação, à sobrevivência e à saúde, assim com o

direito real à família e à educação – requerem, da mesma forma que a prevenção da delinqüência juvenil, uma decidida política dos gastos públicos em matéria escolar e de assistência às famílias mais necessitadas. Esta política não só é imposta pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, mas também exige, tal como está estabelecido nos pactos internacionais sobre os direitos econômicos de 1966, o compromisso das instituições internacionais e a cooperação dos países mais ricos. Dever de cooperação profundo, se considerarmos sua responsabilidade pelas condições de miséria em que vive o resto do mundo.

O terceiro tipo de dificuldades se refere à implementação das novas leis, aspecto que requer uma multiplicidade de condições não somente jurídicas, mas também econômicas, políticas e culturais: exemplo, a efetivação de novas instituições dirigidas a assegurar o cumprimento dos direitos, tais como os Conselhos de Direito da Infância previstos nas leis do Brasil e da Guatemala: a renovação do antigo pessoal do poder judicial, a formação, sobretudo, de uma nova cultura baseada sobre a percepção de uma infância cidadã e de suas condições de vida como símbolo de civilidade de um país, de seu futuro do gênero humano e, por último, da compreensão da violação de seus direitos como lesões mortais à democracia e atentado aos direitos do conjunto da sociedade.

Existe, por último, um obstáculo ideológico assinalado por Emilio García Méndez, que representa a desculpa mais insidiosa para a aceitação resignada do *status quo*, desculpa capaz de socavar a própria função do Direito na construção da democracia. Refiro-me àquela forma de realismo substancialista e pessimista, tão difundido na América Latina, que consiste em desqualificar como utópico qualquer projeto jurídico de regulação e transformação da realidade, e que se transforma, de fato, em uma abdicação moral e intelectual do compromisso civil imprescindível na luta pelo direito e pela democracia. Trata-se, como o tenho sustentado reiteradamente, de uma clássica falácia: a falácia naturalista e determinista, que confunde o que sucede com aquilo que é inevitável (ou pior ainda, justo) que suceda. Falácia, por outra parte, constitutivamente contrária ao caráter normativo do Direito, cuja função é justamente aquela de modificar a realidade, fazendo com que aconteça (ou não aconteça) aquilo que em sua ausência aconteceria (ou não aconteceria). É precisamente a consciência desta dimensão pragmática do Direito, parece-me, a chave para se opor a todos estes obstáculos, e se não consegue eliminá-los, pelo menos reduzi-los. O Direito que emerge das garantias e do constitucionalismo constitui simultaneamente um modelo e um projeto de democracia cuja realização depende da ação e da responsabilidade de todos. Existe um vínculo – confirmado pelas dramáticas vicissitudes de nossa época a partir do fracasso da grande esperança do século encarnado pelo socialismo real – entre Direito e democracia e, inversamente, entre ausência e fragilidade da democracia e ausência e desprezo pelo direito. Por isto, a democracia é também, necessariamente, uma construção ao mesmo tempo racional e social, confiada simultaneamente a um projeto teórico e às lutas que o sustentam.

Nesta perspectiva, adquire um valor particularmente estratégico a forma, já mencionada, do debate e da participação popular com a qual foram produzidas as

leis da infância que aqui se apresentam e, por outra parte, a função de projeção e a dimensão militante do tipo de cultura jurídica da qual este livro é expressão. Da mesma forma que estas leis não caíram do céu, mas foram conquistadas pela mobilização social, também sua defesa e implementação dependerá sobretudo do compromisso conjunto da cultura jurídica e das forças democráticas presentes na sociedade civil. De fato, o nexo entre Direito e democracia não é só teórico, mas também prático. Este nexo não vive somente nas leis e nas práticas institucionais, mas também, e principalmente, nas lutas sociais e no imaginário coletivo. Não consiste somente na função insubstituível da garantia desenvolvida pelo Direito em relação à democracia, mas implica também as condições de efetividade de um e da outra. Condições de efetividade de que, por sua vez, dependem da medida na qual o Direito e os direitos se convertem – através do diálogo, do confronto racional e da firmeza em sua defesa – em sentido comum socialmente compartilhado, fincado na cultura popular e nas práticas sociais e políticas.

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

MARIA HELENA RAMOS DE FREITAS
Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

“Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu”
(Boaventura de Souza Santos, 2000, p. 41)

Sumário: 1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana. 3. O Princípio da Prioridade Absoluta. 4. O Controle Jurisdicional das Omissões Administrativas. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da atual Constituição da República significou larga ruptura com o modelo de Estado Autoritário que vigorava até então e a reconquista plena dos direitos fundamentais, inaugurando-se um novo modelo de Estado denominado “Estado Democrático de Direito”, fundado em valores democráticos e que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.

No que concerne às crianças e adolescentes, a Carta Constitucional estabeleceu o princípio da prioridade absoluta representado pela prevalência e especialidade de seus direitos e garantias, considerando sua situação peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento.

É neste contexto de valorização dos direitos fundamentais, no caso em exame, dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, dentre os quais os direitos sociais, que se coloca o tema da imposição de condutas ao Estado-Administração com o objetivo de concretizá-los principalmente no que concerne à formulação de políticas públicas, exurgindo, por consequência, a possibilidade de controle judicial na hipótese de sua omissão, sem que isto implique ofensa à discricionariedade administrativa ou ao princípio da separação de Poderes.

É justamente nesse último aspecto que se situa o objeto do presente estudo. O que se pretende demonstrar é que o Judiciário, ao efetuar o controle das omissões administrativas não estará infringindo a harmonia e a separação entre os Poderes, mas, sim, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo e ao princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A entrada em vigor da atual Constituição significou o abandono da Ordem Jurídica anterior, cuja nota predominante era o total descompromisso com os direitos e garantias individuais, bem como o descompasso com os valores democráticos.

A dignidade da pessoa humana, consoante dispõe o art. 1º da Carta Maior, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inc. III) e corresponde ao respeito aos significados da democracia.

Em que pesem os diversos significados atribuídos ao mencionado conceito no decorrer da história, atualmente e sob o enfoque do presente estudo, ver-se-á o conteúdo jurídico da dignidade a partir de sua relação com os chamados direitos fundamentais ou humanos, sendo certo que terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados.

Nesta linha de raciocínio, crianças e adolescentes terão respeitada sua dignidade quando seus direitos fundamentais forem observados e realizados de forma prioritária, consoante determinação do art. 227 do referido Diploma Maior.

3. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O denominado princípio da prioridade absoluta encontra fundamento no art. 227 da Carta Constitucional, que preconiza ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O referido princípio, que trata, portanto, da dignidade da pessoa humana criança e adolescente, foi esmiuçado no art. 4º do da Lei 8.069/90, *verbis*: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária.

“Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”

Como salienta Marchesan: “A soma dos vocábulos já nos indica sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros”

Nas palavras de Gonçalves (2002, p. 31), o princípio da prioridade absoluta é “a concretização dos direitos fundamentais, a afirmação do pleno exercício da cidadania social do cidadão Criança e Adolescente”.

Certo é, ainda, que o mencionado princípio da prioridade absoluta não contém conteúdo meramente programático, configurando-se, na verdade, como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na medida em que traz em seu bojo todos

os elementos imprescindíveis à possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos (art. 5º, § 2º, da CF/88).

Importa considerar, ainda, a tese da máxima efetividade consagrada na doutrina para fins de sua interpretação, no sentido de sua implementação concreta, sua eficácia social, que merece inteira adesão principalmente quando o que se cuida é a prioridade constitucional ao atendimento dos direitos infanto-juvenis.

Segundo Gouvêa (2003, p. 42): “[...] a tese da máxima efetividade é um desdobramento do reconhecimento da força normativa da Constituição. Partindo do pressuposto de que tudo na Constituição é norma, e norma suprema, seus cultores passaram a enfatizar uma atuação que tivesse em vista não apenas a eficácia jurídica, *dever ser* considerando em si mesmo, mas principalmente a efetividade, a formulação de estratégias jurídicas para a transformação do *dever ser* em realidade”.

O Direito da Infância e da Juventude conta com a peculiaridade de ser o que mais se preocupa com a máxima efetividade, uma vez que minudencia, com a precisão possível, o conteúdo das prestações devidas pelo Estado nesta seara, além de enfatizar o cabimento de toda e qualquer ação pertinente para a tutela dos direitos que enumera (art. 212 da Lei 8.069/90), alargar a legitimidade do Ministério Público para a adoção das providências judiciais e extrajudiciais necessárias à proteção de crianças e de adolescentes e, finalmente, prever a possibilidade de dedução do imposto de renda dos valores doados em favor dos Conselhos de Direitos (art. 260 da mesma Lei). (*Ibidem*, p. 88)

4. O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Para a implementação da Doutrina da Proteção Integral na sua inteireza, ou melhor, para a observância de alguns direitos contidos no art. 227 da Carta Constitucional, mormente no que concerne aos direitos sociais, necessária a ação positiva estatal¹.

Conforme Gouvêa (*Ibidem*, p. 85), extraem-se possíveis direitos prestacionais à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura, assumindo os demais direitos forma, no mais das vezes, de direitos de defesa (vida, liberdade) e de proteção (como, p. ex, contra a negligência e a violência).

Assim é que os referidos direitos necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas públicas para serem concretizados.

As políticas públicas devem ser vistas como um processo que culmina na escolha racional ou coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito. (Bucci, 2002, p. 264)

Conforme José Eduardo Faria (*apud* Port, 2004, p. 164): “Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias individuais desenvolvidos pelo

1 – A ação positiva estatal pode ser vista como dever que se contrapõe ao direito prestacional, entendido este como sendo “qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do Estado” conforme definiu Gouvêa (Marcos, Maselli, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, 2003, p. 11).

liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os 'direitos sociais' não podem simplesmente ser 'atribuídos' aos cidadãos. Como não são *self-executing* nem muito menos fruíveis ou exeqüíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependentes de um *welfare commitment*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas em sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos [...]"

Se as ditas políticas públicas, a cargo do administrador, representam os instrumentos para o cumprimento das tarefas e dos programas estabelecidos na Constituição, bem como instituem novas diretrizes e metas, todas de caráter cogente, não há como deixar de reconhecer a limitação do grau de discricionariedade em sua implementação, que é ainda maior no trato dos direitos da infância e da juventude, em razão de sua prioridade absoluta.

A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador, conforme Port (2004, p. 186), "não se refere ao 'se', nem ao 'quando' da implementação das políticas públicas, mas tão-somente ao 'como', vale dizer, à forma, meio ou maneira pelas quais são implementadas as políticas públicas. Muitas vezes mesmo os meios, bem como as respectivas fontes de custeio, já se encontram previamente determinados, como no caso já referido da política pública de assistência social".

O Chefe do Poder Executivo normalmente usa, como argumento para a omissão na implementação dos direitos sociais, o choque entre as despesas necessárias para fazer frente a estes interesses. Como bem salientou Gouvêa (2003, p. 85), "na hipótese dos direitos previstos no art. 227, a cláusula da *prioridade absoluta* vem definitivamente bitolar o juízo político do legislador e do administrador público. Havendo duas prestações a serem exercitadas e recursos financeiros hábeis a satisfazer apenas uma delas, deverá ser eleita a que disser respeito ao atendimento infanto-juvenil".

Como é cediço, a discricionariedade atualmente deve ser vista como um poder limitado pela lei, e que, de há muito deixou de ser insuscetível de controle jurisdicional, mesmo porque a regra inserta no art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é de imposição obrigatória.

Entendemos, tal como Palu (2004, p. 337), que: "o controle da legalidade ampla sobre o governo e a administração – e a omissão destes – são não somente admissíveis *mas consequência natural do Estado Democrático de Direito, em que o controle da legalidade transforma-se em controle de conformidade na tutela de direitos fundamentais*, com as técnicas da garantia dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, etc. havendo hoje uma 'administração de prestações' ('Estado Providência'), em que a violação dos direitos, inclusive direitos fundamentais, que são aplicáveis independentemente de lei formal – art. 5º, § 1º, da Consti-

tuição, se faz mais pela desigualdade de tratamento, pela omissão, do que pela violação direta das liberdades clássicas”. (grifos do original)

O que tem ocorrido é que “as dificuldades em entender onde termina a legalidade e onde começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido “mérito” da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei”. (Di Pietro, 2001, p. 38)

Assim é que os nossos tribunais, de modo geral, vem entendendo que caberia somente ao Administrador Público, no uso da discricionariedade administrativa, definir a implementação das políticas públicas, não podendo o Judiciário se imiscuir na determinação de tais políticas ou no asseguramento dos direitos que ela visa a garantir, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

São usados outros fundamentos, tais como o da ausência de previsão e os a seguir expostos, listados por Barcellos (2002, p. 208): “[...] (II) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos, etc., atributo que não caberia ao Judiciário; (III) a decisão sobre como e onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (IV) o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas etc.”.

No que concerne ao fundamento das decisões judiciais de ausência de recursos financeiros para a implementação da Doutrina da Proteção Integral, por absoluta pertinência pede-se *venia* para trazer à baila o entendimento de Gouvêa (*Ibidem*, 2003, p. 88): Ora, de nada adiantariam tantos cuidados se os direitos de crianças e dos adolescentes permanecessem dependentes da discricionariedade da Administração, no momento de definir onde se dará a alocação dos recursos financeiros de que dispõe. A cláusula da prioridade absoluta objetiva, precisamente, restringir a discricionariedade do administrador, evitando que se tornem inócuas todas as prerrogativas e garantias listadas acima. [...]

De acordo com o princípio da unidade, não existe norma hierarquicamente superior ao art. 227 da Constituição a afirmar que tais investimentos podem ser postergados em função de despesas com pagamento da dívida pública, por exemplo, ou com investimentos em outras áreas. Contrariamente ao que alegam os críticos dos direitos prestacionais, o Juiz que acolhe a reserva do possível² é que

2 – A reserva do possível, em termos gerais, pode ser entendida como a efetiva disponibilidade de recursos para que se faça viável o efetivo cumprimento da prestação requerida (Port, 2004, p. 99).

Canotilho, *apud* Port (*Ibidem*, p. 99), sobre o tema: “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia contitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos.

está se imiscuindo numa consideração macroeconômica que não é de sua alçada, desprestigiando com isso as normas jurídicas que determinam a primazia da infância e da juventude. Para que o não-reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o Juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas, sim, na comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário”.

O Poder Judiciário, ao efetuar o controle das omissões administrativas não estará infringindo a harmonia e a separação entre os Poderes, mas, sim, em verdade, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais que foram denegados pelo Administrador, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo e ao princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos afirmar que o singelo estudo teve por desiderato contribuir para uma nova postura do Poder Judiciário a partir do controle das omissões públicas de forma a conferir real eficácia ao princípio da prioridade absoluta, mormente quanto ao núcleo de seus direitos sociais os quais demandam prestações positivas por parte do Estado.

Para tanto, entendemos que o Judiciário pode e deve efetuar o referido controle quando acionado, sem que esteja invadindo a seara discricionária do Administrador e do princípio da separação dos Poderes, afastando-se, ainda, da aplicação do fundamento da reserva do possível e do argumento da inexistência de recursos destinados à tutela dos interesses infanto-juvenis, senão quando isto estiver absolutamente comprovado.

Em assim o fazendo, não estará senão reconhecendo a máxima efetividade aos direitos das crianças e dos adolescentes, cumprindo, portanto, com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, fazendo com que os mesmos não se traduzam em meras exortações e intenções para o futuro.

Impõe-se uma visão clara dos institutos tratados, a fim de que o princípio da prioridade absoluta não se torne letra morta, uma vez que oprimir sua eficácia “é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso.

É fazer de um diploma que se pretenda revolucionário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de acomodação”. (Marchesan, *Ibidem*, p. 25)

Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica [...]”

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Emerson (coord.), vários autores. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção Integral: Paradigma Multidisciplinar do Direito Pós-moderno*. Porto Alegre: Alcance, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade Administrativa*. Curitiba: Igualdade, vol. 6, nº 21, pp. 01-35, out.-dez./1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo, 2004.

_____, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 11ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 1993.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. 2ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 41.

SHREIBER, Elizabeth. *Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

RECOMENDAÇÕES AOS ORIENTADORES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – MSE – DE LIBERDADE ASSISTIDA¹

MARCIA HELENA DE MENEZES RIBEIRO

Psicóloga do JRIJ de Santo Ângelo

Psicanalista, membro da Associação Psicanalítica de Porto Alegre.

O que vou abordar com vocês nasceu da reflexão, partilhada com vários interlocutores, do trabalho que desenvolvo há vários anos na escuta de adolescentes que cometeram algum tipo de ilícito legal e, colateralmente, da escuta de pessoas que desempenharam ou desempenham a função de orientador de medida socioeducativa de liberdade assistida².

Evidentemente que minha fala será enunciada desde o lugar que ocupo, como bem pontuou Dr. Saraiva em sua palestra de quarta-feira à noite.

Cada um vê o mundo e o interpreta desde sua janela, desde seu lugar singular. Esse lugar é constituído de uma trama complexa de lembranças e histórias que construímos nas relações com o outro e que fundam nossas crenças. Porém, essa mesma possibilidade de pensar e refletir sobre o mundo termina quando esse ponto de referência nos aparece constituído como uma certeza inabalável. É justamente por isso que o trabalho interdisciplinar e encontros como este – especialmente no atendimento de crianças e adolescentes – são fundamentais, porque construídos sobre a possibilidade de contar com diferentes discursos sobre a mesma questão. Arejam nossas posições.

Pretendo contribuir com algumas indicações sobre a função do orientador de medida socioeducativa de liberdade assistida, tentando articulá-las com a particular posição do adolescente, especialmente do adolescente que transgride. Espero que o diálogo que possamos fazer depois nos ajude a avançar nessa reflexão.

1 – Trabalho apresentado no *Seminário de Capacitação – Atendimento Jurídico ao Adolescente em Conflito com a Lei*, promovido pelo CEDEDICA – Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santo Ângelo (www.cedica.org.br), Santo Ângelo-RS, outubro de 2005.

2 – Liberdade Assistida – Junto com Advertência, Obrigação de Reparar o Dano e Prestação de Serviços à Comunidade – é uma das medidas socioeducativas em meio aberto, elencadas no art. 112 do ECA.

A medida socioeducativa de liberdade assistida, então, comporta um trabalho formal e burocrático, estabelecido no art. 119 do ECA³.

Penso que o trabalho de orientação não se restringe a um procedimento formal e burocrático, está para além disso. As chances de alavancar mudanças são mínimas, para não dizer nulas, quando nos restringimos ao estrito cumprimento formal e burocrático.

Vou tentar explicar por quê. Para isso vou precisar fazer um parêntese, espero que possam me acompanhar.

Embora haja toda uma concepção de que adolescência ocorra em razão das mudanças corporais, biológicas – o que não é uma inverdade, embora não seja a explicação toda – a adolescência se define como um momento de “passagem”⁴, um tempo no qual não se está mais no registro da infância mas também não se é adulto. Assim, o que valia na infância como ponto de referência e ancoragem, e que permitia ao pequeno ser circular no mundo das relações familiares, será colocado em cheque. Os pais, ou as pessoas que funcionavam como referência para a criança, na adolescência já não estão investidos da mesma função, serão testados em sua potência.

A adolescência é o tempo propício para testar a consistência das referências e se aventurar na experimentação de outros mundos, oportunizada pela circulação social em busca de um reconhecimento diferente do recebido na infância, distante do infantil. Esse reconhecimento, via de regra, é buscado e encontrado no grupo de iguais.

Ocorre, então, uma “passagem” da lei que organiza a família para a lei que organiza os laços sociais. A lei familiar é a que os pais definem, estabelecida por um acordo mais ou menos coerente entre eles, que tece as bordas do aceitável no âmbito da intimidade familiar, impondo sanções ao descumprimento. A lei social é aquela a qual todos, inclusive os pais, estamos referidos, mesmo quando a transgredimos. Não se trata de que a transgressão aconteça por ausência de lei. A existência da lei é condição para a transgressão, já que define os limites. De modo geral, todos sabemos bem que ela existe.

Estando de acordo sobre esse ponto podemos avançar um pouco para distinguir lei jurídica de Lei, como produção simbólica. Lei jurídica todos sabemos do

3 – “Incumbe ao orientador, com o apoio e supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II – supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV – apresentar relatório do caso”.

4 – Termo cunhado pelo Psicanalista Jean-Jaques Rassial e que dá nome a um de seus livros: *A Passagem Adolescente*, Porto Alegre, Artes e Ofícios, 1997.

que se trata. Mas e a lei simbólica? Vou me valer de um exemplo. Ajuda a entender como o simbólico produz efeitos.

Trata-se uma obra de arte⁵ constituída de uma série ordenada de quadros. Há um primeiro quadro com uma imensa pedra, num lugar selvagem, que obstrui a passagem de um lado a outro. No quadro seguinte, a pedra aparece desgastada pelo tempo e os primeiros sinais de civilização: um caminho a circunda, permitindo que se passe de um lado a outro. O outro quadro é constituído da mesma pedra, muito diminuída pelo desgaste do tempo e que já não obstrui a passagem, e o mesmo caminho, no mesmo lugar, porém agora uma estrada de terra. No último quadro, não há mais pedra, só há a estrada, que continua no mesmo lugar, com o mesmo traçado, circundando a pedra, que já não se encontra mais ali.

É uma obra que se presta a várias interpretações, mas me interessa tomá-la pelo que a pedra, em sua ausência, pode representar: um, uma referência que constitui um limite, uma borda. Ou seja, o efeito simbólico pode ser pensado através dessa metáfora: como essa pedra, que não precisa mais de materialidade para exercer sua função ao delimitar lugares, caminhos e possibilidades. A gente sabe, embora ela não esteja mais ali materialmente para nos advertir. Há uma lei implícita, que não precisa de consistência material – como a pedra – para ser operativa.

Esse mesmo exemplo nos serve para pensar a lei jurídica. A lei jurídica tem materialidade, porém ela só alcança sua efetividade se construída e emanada de um acordo coletivo, de um pacto social, porque partilhamos dessa referência. Porque decidimos, coletivamente, voltando ao exemplo, que a pedra deveria ser preservada por qualquer motivo.

Assim, para alguns, as referências não precisam de materialidade constante para se fazerem valer. Esse acordo simbólico pode permitir que vivamos em comunidade⁶, distantes da barbárie. Muito embora cada um esteja referido a ela de forma singular. Isso tem conseqüências.

Se vocês me acompanham, sustento que, justamente por que cada um está referido de forma singular à Lei, que mais rigor de lei jurídica não é garantia de cumprimento. Não é garantia de produção de indivíduos ordeiros. Justamente porque, para que ela tenha efeitos de ordenação, precisa de uma operação de

5 – Lastimo não poder indicar a autoria, foi-me descrita por um amigo que a apreciou numa exposição, no Uruguai.

6 – Em momentos dramáticos, como, por exemplo, na guerra ou numa catástrofe natural, como aconteceu em *New Orleans* após a passagem do furacão *Katrina*, esse pacto pode se romper, criando um estado de barbárie, de paranóia generalizada em que o que parece prevalecer é uma lógica puramente imaginária: ou eu ou o outro. Evidentemente que aquele fenômeno tem outras explicações, entre eles poder-se-ia pensar num retorno do recalcado: aquela é uma população que historicamente sofreu das mais diversas e pungentes formas de discriminação e segregação racial. Não dá para esquecer que é o berço da *Ku Klux Klan*.

inscrição e “aceitação”. É necessário que haja um “acordo tácito” para que ela seja efetiva.

A adolescência se constitui como o tempo propício para testar a potência dessa lei. Para alguns, ela funciona somente na condição de encontrar efetivamente a pedra no caminho, como um obstáculo real e concreto, algumas vezes encarnado na Polícia.

Lacan, em um de seus seminários, diz que quanto mais os laços são reais (sustentados pela força, pela coerção, por exemplo) mais os atos são simbólicos. Em extensão, podemos dizer que os atos delinqüenciais são simbólicos, simbólicos, por exemplo, de uma tentativa de inscrição que fracassou. E porque fracassou, repete. Repete justamente para tentar encontrar uma solução, mas a solução é sempre da mesma ordem. Nesse sentido, os atos infracionais que se repetem podem ser entendidos como sintomas. Não há como extirpar um sintoma sem que se corra o risco de extirpar também o sujeito. É algo como: “ao colocar fora a água do banho colocar fora também o bebê.”

Insisto nisso, se os atos infracionais são simbólicos de algo que fracassa, insistir na extirpação dessa repetição não conduz a solução que tentamos alcançar. Explico: tentar fazer parar o ato infracional por mais repressão e maior rigor da lei não funciona, porque mais rigor não garante que assim o sujeito vai encontrar nela uma referência, que ela terá efetividade para ele. Voltando à metáfora: que ele siga pelo caminho que circunda a pedra.

O outro extremo, sustentar que a lei não é efetiva – dizendo que para adolescente que comete crime “não dá nada”, como se costuma ouvir no senso comum – também não é a solução. Denunciamos com esse “não dá nada” uma fantasia de que haveria uma idade em que os atos seriam sem conseqüências, um tempo na vida em que estaríamos protegidos das sanções, podendo gozar sem limites?

Tomemos um exemplo contemporâneo para explicitar essa idéia de que mais rigor não determina mais cumprimento da lei. Observem esse fenômeno, que vivemos nesse tempo que antecede o referendo sobre o comércio de armas. Como vocês sabem, a venda de armas nesses últimos meses chegou a ser 70% maior do que no ano passado. O que pode explicar que a proposta de maior rigor justamente aguçou o desejo por aquilo que a própria medida tenta suprimir? Para os humanos não funciona de outro jeito, é assim mesmo.

Recentemente o CEDEDICA divulgou uma pesquisa realizada em todas as Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, em que faz um mapeamento sobre os adolescentes em medida socioeducativa em meio aberto. Traz vários elementos importantes para análise. Hoje, temos cerca de 1.500.000 adolescentes no Rio Grande do Sul. 0,36% (5.500) estão sob medida socioeducativa em meio aberto. Há cerca de dois meses, o número de adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação, ou seja, privados de liberdade, era de 1.100.

Em uma outra pesquisa sobre adolescentes que cometem delitos, há um outro dado sobre o qual valeria a pena refletir: os principais crimes são de furto e

de roubo. Não deveríamos nos surpreender que em nossa sociedade contemporânea esses sejam os delitos mais freqüentes entre os adolescentes. A forma como organizamos nosso laço social hoje está fundada na idéia de que o indivíduo encontra seu valor pelo ter, muito mais do que pelo ser, como acontecia nas sociedades tradicionais. Dito de outro modo, a posse dos bens parece conferir ao detentor um lugar de valor, e, por conseguinte, de reconhecimento.

O adolescente é sensível e denuncia a forma como organizamos nosso laço social, assim, não é de se estranhar que o sintoma apareça justamente pelo furto/roubo de objetos. Como fazer, o que fazer para se fazer reconhecer num lugar de valor quando se está excluído de qualquer possibilidade de troca social, e mais, quando essa possibilidade está fundada na condição de ter acesso aos bens? Exemplar disso parece ser a fala de um menino de 12 anos a um jornalista. Quando questionado por quê servia de “aviãozinho para o tráfico”, ele responde: “porque assim posso comprar um tênis *Nike* e ser igual a todo mundo”. “Ser igual a todo mundo” pode ser lido como sinônimo de ‘existir’. Isso que aparece como um sintoma individual denuncia também nosso sintoma social, nossa forma de organização. Fecho parêntese.

Passemos à medida socioeducativa de liberdade assistida e as indicações para pensarmos alguns pontos do trabalho de orientador.

Primeira. O acompanhamento da liberdade assistida comporta um paradoxo que precisamos equacionar a cada caso. Trata-se do seguinte: ao mesmo tempo em que o orientador precisa cumprir uma parte formal e burocrática da medida pela obrigação de prestar contas deste acompanhamento à autoridade judicial, ele precisa acompanhá-lo para além dessa condição, se abstendo de ficar colado à imagem de julgador ou de denunciante. Os vínculos organizados entre o orientador e o adolescente, submetido à medida socioeducativa de liberdade assistida, fundados exclusivamente sobre essa lógica fornecem as bases para a constituição de um laço paranóico, por exemplo. No entanto, mesmo que o orientador se absteinha de ocupar esse lugar, pelo próprio caráter intrínseco da medida, há o risco de ele ser identificado exclusivamente pelo adolescente nessa função de controle. Então, sendo o ponto de partida do encontro uma determinação judicial em função de um delito, precisa-se contar com a possibilidade de que operem resistências, redimensionando a cada vez sua potência, para que não se estabeleça exclusivamente entre orientador e adolescente um vínculo de perseguidor–perseguido.

Segunda. Uma orientação judiciária exclusivamente formal e burocrática não funciona. Assim, quem se ocupa desse trabalho não deveria e não poderia fazê-lo por imposição, sem ter um mínimo de conhecimento e desejo para executá-la. Justamente porque para exercê-la precisa ter uma disponibilidade subjetiva que não são todos os que têm. Isso não constitui nenhum problema, não podemos todos fazer todas as coisas. Há coisas para as quais estamos impedidos subjetivamente. Não podemos correr o risco de que ser orientador judiciário, por uma imposição, se transforme no cumprimento de uma pena, de um fardo ao qual gostaríamos rapidamente de nos desvencilhar, especialmente porque o “fardo” seria o adolescente.

Terceira. Como condição dada pela premissa anterior, a condução de uma orientação de liberdade assistida exige comprometimento e implicação dos orientadores. Sem comprometimento e implicação permanecemos no nível formal e burocrático, executor de tarefas.

É comum que um adolescente recuse insistentemente um encontro, que pode se manifestar pelas repetidas ausências. Momentos que poderíamos perguntar, também, sobre nossa posição. Não desconheço que há resistências que se organizam do lado do adolescente, mas há também as nossas.

Da mesma forma que para uma lei ter vigência há de se estar minimamente “de acordo” sobre ela, o mesmo pode ser aplicado sobre o laço que pode se constituir entre orientador e o adolescente.

Questionar, oferecer resistência, desafiar faz parte do jogo. Quebrar as regras nem sempre significa desconhecê-las, mas condição mesma da posição do adolescente que se acompanha. Nesse mesmo sentido, endurecer com o adolescente, impondo sanções e obrigações mais severas não é garantia de cumprimento.

Precisamos estar advertidos que, se houver condições para isso, o adolescente tenderá a repetir com o orientador alguns padrões de comportamento que o levaram ao encontro da lei jurídica e o conduziram à medida socioeducativa.

Assim, esses momentos de encontro entre o adolescente e o orientador poderiam se constituir no tempo propício para uma parada reflexiva, imprescindível e pontual na vida dos adolescentes, suscetíveis que estão ao ato, ao agir.

Quarta. O confronto cotidiano com a repetição dos atos infracionais produz efeitos. Algumas vezes o sentimento de fracasso, tanto mais se estivermos convencidos de que as mudanças dependem exclusivamente daquilo que fazemos. Essa convicção, em face da repetição dos atos infracionais, desperta sentimentos de impotência que conduzem à desistência. Por outro lado, se acreditamos que a responsabilidade é exclusivamente do adolescente, a solução mais comum é o uso de mais rigor.

Pode se estabelecer um circuito difícil de romper: onipotência – repetição de atos infracionais – frustração – desistência – punição como solução.

É verdade que há crimes e loucuras para as quais nossa razão não encontra solução, como aponta Contardo Calligaris⁷. Acrescentaria, no entanto, que só dá para saber depois, não numa desistência antecipada, fundada sobre preconceitos.

Qualquer possibilidade de mudança exige o engajamento efetivo de quem deseja mudar e de quem se dispõe acompanhar. Acompanhamento que poderia ser enriquecido se pudéssemos nos abster de tentar ajustar o adolescente aos nossos ideais. Uma posição mais realista poderia nos proteger da impotência que se produz pela onipotência, ambas paralisantes.

Quinta. Especialmente por estarmos tratando de adolescentes em conflito com a lei: não assumir uma posição de cumplicidade complacente. Cúmplice não é só

7 – *Os Loucos, os Delinqüentes e a Arrogância da Razão*, artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, em novembro de 2003.

aquele que participa de uma ação, mas aquele que, por sua particular posição enunciativa, se compadece, por exemplo, e confirma o adolescente numa posição de vitimizado, encontrando e sustentando as desculpas para seus atos. Desculpas que, embora possam ser momentaneamente apaziguadoras, não deslocam dessa posição – freqüente entre os adolescentes engajados numa saída delinqüencial – de sustentar que seus atos são puro efeito de cobrança daquilo que a vida não doou, que teria o direito de “cobrar” e tomar aquilo que a vida não lhe ofertou. Uma cobrança interminável que não se esgota quando, numa tentativa de resolver a questão, se assume uma postura assistencialista. Sustentá-lo numa posição de vítima o reenvia a mesma lógica que pode estar subjacente ao ato. Mais valeria, como condição para todos, se responsabilizar por suas escolhas, escolhas que sempre comportam riscos.

Sexta. Deveríamos nos abster de ocupar a posição “daquele-que-sabe-tudo” ou “daquele-que-não-sabe-nada”.

No lugar “daquele-que-sabe-tudo”, ancorados numa posição de mestria, ignora-se o saber que o adolescente pode produzir narrativamente sobre sua vida (escolhas, anseios, temores, projetos [...]). Impede-se que se aproprie e se responsabilize por suas escolhas. Inviabiliza-se o exercício da palavra, intermediado pela escuta e ressonâncias que sua fala pode produzir.

Uma escuta respeitosa faz parte do nosso arsenal de trabalho. O termo arsenal é proposital. As palavras podem ter efeitos tão violentos quanto os atos. Não se pode perder a dimensão disso, especialmente quando se trabalha com crianças e adolescentes. Um dito, enunciado desde um lugar de referência, tem conseqüências e pode traçar o rumo da vida.

Na posição “daquele-que-não-sabe-nada”, empurra-se agora o adolescente ao lugar de mestre, correndo o risco de ratificá-lo no lugar do que-tudo-pode, inclusive gozar sem sanção.

Mais valeria aos adolescentes, desenvolvermos a capacidade de acompanhá-los sem atropelos por fazê-los mudar a todo custo, suportando, no sentido de oferecer suporte, suas idiossincrasias, suas idas e vindas, suas experimentações. Mesmo porque, é preciso dizer, o cometimento de ato infracional na adolescência não é definitivo, não firma para sempre um diagnóstico de psicopatia, de delinqüência. Não firma justamente por que a adolescência é o tempo propício para “experimentar várias roupagens⁸”, se identificar com várias saídas. A posição dos adultos que se constituem como referência para o adolescente podem confirmá-lo ou não num desses modelitos de herói-bandido.

É justamente por isso a sexta recomendação: mais valeria oportunizar aos adolescentes que delinqüem circular por diferentes discursos, contar com diferentes olhares, para que não fiquem exclusivamente sob a mira legal. Essa circulação social e a conseqüente experimentação de múltiplos discursos (escolas, grupo de

8 – Rassial, J. J. *O Adolescente e o Psicanalista*, Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 1999.

iguais, grupo de música, e todos os outros disponíveis na comunidade), ao mesmo tempo que vai tecendo uma rede de inclusão social, pode produzir reconhecimentos distintos, que não o confirmem irremediavelmente no lugar do delinqüente.

Essa circulação oferece também o apoio que o orientador necessita para conduzir o trabalho de liberdade assistida, não o deixando solitário, e dispensando-o de se oferecer como modelo de identificação único. Aí está um dos fundamentos do trabalho interdisciplinar.

Sétima. A concepção teórica que sustenta a proposta de “redução de danos”, utilizada no atendimento a toxicômanos, pode subsidiar nossas ações no acompanhamento de adolescentes em conflito com a lei. Ou seja, poder reconhecer os pequenos passos da caminhada, poder reconhecer quando o adolescente constrói outros laços, diferentes daqueles que o conduziram ao Judiciário, pode lançar luz sobre o fato inegável de que a vida do adolescente não gravita em torno do ato infracional. Colocar o acento sobre o ato infracional, ou seja, se para o adolescente fica claro que nosso interesse se restringe a saber se está cometendo delitos, corre-se o risco de apontar um destino. Fazendo uma aproximação, é semelhante ao que acontece com as armas, até os que não pensavam em tê-la desejam comprá-la. Passa a ocupar um lugar central por onde gravita nossa vida. Assim, valeria então estar disponível para escutar, também, para além do ato infracional.

Última. E talvez devesse ser a primeira. Para exercer a função de orientador de liberdade assistida precisaríamos, no mínimo, ter presente nosso passado adolescente.

O trabalho de orientador pode se constituir como um momento propício para se aprender – tecendo – “tecer redes de solidariedade”, redes de inclusão social. Redes que podem evitar que a exclusão, motor da violência, mostre toda a sua potência. Nesse sentido, acrescentaria, para finalizar, que mais do que querer o bem do outro, deveríamos querer que cada um encontrasse seu assento numerado no trem da vida.

O PRAZO PEREMPTÓRIO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

OLEGÁRIO GURGEL FERREIRA GOMES
10º Promotor de Justiça de Mossoró-RN
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – UERN

1. PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença apresenta disciplina processual distinta no Estatuto da Criança e do Adolescente ao comparar com o regime jurídico dos imputáveis, consoante as regras estatuídas nos art. 282 e ss. do CPP. As hipóteses de cabimento e os institutos processuais se distinguem, de forma a se amoldarem aos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, em especial aos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta, da brevidade, da excepcionalidade e ao da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Contudo, as normas do processo penal podem, em diversas circunstâncias, ser aplicadas para integrar o processo da Infância e da Adolescência, valendo-se da analogia e da permissão expressa do art. 152 da Lei nº 8.069/90, como reconhece o Superior Tribunal de Justiça.¹

Assim, a idéia básica em ambos os sistemas persiste numa linha única e inarredável segundo a qual a presunção de inocência², enquanto garantia constitu-

1 – “Estatuto da Criança e do Adolescente. Internação provisória. Ordem pública e clamor popular. Efeito suspensivo ao recurso especial. Viabilidade. A internação provisória do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretada por analogia ao instituto da prisão preventiva do Código de Processo Penal. A segregação provisória do menor deve ser fundamentada de forma objetiva e concreta, o exame do mérito da representação é inviável na via eleita do *writ*. Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, requisitos essenciais ao deferimento da cautela, justifica-se a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, a fim de possibilitar a internação provisória do adolescente. Medida cautelar julgada procedente”. (MC nº 7.677-AC, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJU, de 03-05-04, p. 213)

2 – A presunção de inocência refere-se à exclusão da culpabilidade e, conseqüentemente, da pena na fase anterior ao trânsito em julgado de decisão judicial. De igual modo, o princípio em comento exclui a sanção decorrente do ato infracional. Implica dizer que nenhum direito de liberdade será restringido a não ser por decisão judicial transitado em julgado. A presunção de inocência tem referência em várias normas internacionais: art. 40, § 2º, alínea *b-i*, da Convenção sobre os Direitos da Criança; inc. 7.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); inc. 17 das Regras das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade.

cional prevista no art. 5º, inc. LVII, da CF/88, cede espaço tão-somente para o imperativo de salvaguardar bens jurídicos de igual magnitude, a exemplo da ordem pública e da paz social. Não há distinções quanto à natureza cautelar da decisão judicial que, no curso da ação, restringe a liberdade do homem, quer seja adolescente ou maior de 18 anos. Como qualquer outra medida cautelar, serve de instrumento para a realização do processo e garantia de seus resultados, impedindo que o efeito do tempo destrua a utilidade almejada com a propositura da ação principal.³

Neste sentido, o decreto de prisão preventiva ou internação provisória, nas hipóteses de processo-crime e ação socioeducativa, respectivamente, depende de se constatar, no caso concreto, a presença dos pressupostos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, ou seja, a plausibilidade do direito alegado e o risco de ineficácia do provimento principal. É preciso que os fatos justifiquem a adoção da medida extrema, sob pena de expor a um risco desnecessário a própria ordem pública. Presentes os pressupostos, é de se entender que a privação de liberdade não constitui coação ilegal nem afronta o princípio constitucional da presunção de inocência.⁴

Como visto, se a qualidade da decisão judicial não destoa, caracterizando-se como uma medida cautelar, a diferenciação se revela no tratamento que a legislação confere aos requisitos para a segregação provisória. E não poderia ser diferente, uma vez que as ações socioeducativa e criminal miram responsabilidades distintas, a primeira voltada para a aplicação de uma sanção prevalentemente pedagógica⁵, consistente nas medidas socioeducativas destacadas no art. 112 da Lei nº 8.069/90, e a segunda em busca de uma pena.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento constituem os principais referenciais para a conformação dos direitos e garantias do adolescente, apresentando, igualmente, fortes implicações no campo processual. Com o primeiro tem-se que a família, a sociedade e o Estado são responsáveis solidários em assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, inclusive o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, quando o jovem se encontra em situação de risco em razão do cometimento de ato infracional. Trata-se de princípio constitucional, expresso no art. 227

3 – A este respeito, consultar: Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 276.

4 – Na doutrina pátria, é praticamente consenso o entendimento que fixa a natureza cautelar da prisão preventiva. Trata-se de uma medida de privação de liberdade cujo cabimento restringe-se a situações específicas nas quais a segregação, embora um mal indesejado, revela-se imprescindível.

5 – A proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas, elaborada pela Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude (ABMP), dispõe, em seu art. 2º, que “a medida socioeducativa tem natureza sancionatória e conteúdo prevalentemente pedagógico”. Disponível em: <http://www.abmp.org.br>. Acesso em 16-06-05.

da CF, que orientou a elaboração da Lei nº 8.069/90, seguindo os avanços delineados na Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.⁶

A doutrina da proteção integral, em síntese, confere proteção à cidadania, estendendo o Estado de Direito à criança e ao adolescente, não se aplicando medida socioeducativa antes do trânsito em julgado da sentença, em respeito ao devido processo legal.

Assim, diversas inovações de ordem processual podem ser assinaladas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as quais a limitação em 45 dias do período de internação provisória e o prazo fatal para conclusão do processo. A restrição da liberdade do adolescente exige a imediata instauração da relação processual, com a oferta da representação e a formação do contraditório, com vista a se obter, com celeridade, a responsabilização socioeducativa.

O princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento⁷ informa que a criança e o adolescente gozam dos mesmos direitos do cidadão imputável, mas, por estarem num período de formação física, moral e social, dispõem de tratamento jurídico especial, assegurado no art. 228 da CF. Deste modo, não são simplesmente equiparados em direitos aos maiores de 18 anos, mas também dotados de prerrogativas no exercício destes direitos, num desdobramento lógico do princípio da igualdade, que encara desigualmente os desiguais, em nome da paridade de armas.

O Direito da Criança e do Adolescente precisa ser especial, na medida da necessidade de igualar a seus pares adultos, conferindo as oportunidades para o desenvolvimento digno e livre. No dizer de João Batista da Costa Saraiva, a ordem jurídica confere todos os direitos assegurados a qualquer pessoa e “mais um *plus* de direitos específicos precisamente por reconhecer-se que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento”.⁸

Daí o princípio da urgência, a exigir uma pronta resposta do Poder Judiciário. Do compromisso com a celeridade resultam todas as restrições do inquisitório policial, reduzido ao mínimo necessário. Também a regra da mitigação da prova, com a qual a internação provisória pode ser deferida pelo magistrado mediante a simples constatação de indícios da materialidade e da autoria do ato infracional, dispensando a prova da ocorrência da infração, requisito assentado no art. 312 do CPP. Nesta mesma linha, a segurança pessoal serve de fundamento para a privação da liberdade do adolescente, o que não se admite para o imputável. Os dois pontos são inovações do Estatuto da Criança e do Adolescente, diferenciando-se do sistema adotado pela lei processual penal.

6 – Art. 1º da Lei nº 8.069/90: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

7 – O princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento é expresso nos arts. 6º, 15, 69, 71 e 121, *caput*, do ECA.

8 – João Batista Costa Saraiva, *Adolescente em Conflito com a Lei: da Indiferença à Proteção Integral, uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil*, p. 56.

O presente trabalho visa a demonstrar que a liberação imediata e a internação provisória devem ser compreendidas como institutos próprios do Direito Processual da Infância e da Juventude, apresentando normas distintas e, via de consequência, impedindo o emprego direto do processo penal. Acredita-se que o estudo comparativo é essencial, mormente para se fixar a idéia de que o Direito da Criança e do Adolescente, no capítulo do ato infracional, buscou inspiração no Direito Penal para dele se distanciar na formação de um ramo autônomo do Direito, com institutos próprios e princípios específicos.

2. LIBERAÇÃO IMEDIATA

Corolário do princípio da presunção de inocência, o instituto da liberação imediata tem previsão normativa nos arts. 107, parágrafo único, e 174 da Lei nº 8.069/90. Uma vez apreendido o adolescente na prática de ato infracional, é regra a liberação imediata, fazendo-se a entrega aos pais ou a responsável, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público.

A liberação imediata possui fundamento constitucional. O art. 227, § 3º, inc. V, da CF, informa expressamente que a privação de liberdade tem caráter excepcional, preceito reproduzido no art. 121 do ECA. Ora, se a internação tem cunho extraordinário, é porque o comum, o usual, o normal deve ser a liberdade.

O legislador pátrio buscou igualmente inspiração nas normas internacionais. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas como uma Carta Magna para as crianças de todo o mundo, em 20-11-89, e integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 99.710, de 21-11-90, ressalta, no art. 37, alínea a, que nenhuma criança há de ser privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. Já as regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude, as Regras de Beijing, dispõem no art. 10 que “o Juiz, funcionário ou organismo competentes examinarão sem demora a possibilidade de pôr o jovem em liberdade”.

Como se observa, a liberdade forma um dos pilares dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com assento constitucional, na Lei nº 8.069/90 e nos tratados internacionais firmados pelo País. Deste modo, somente após o trânsito em julgado da sentença de internação ou de semiliberdade, em ação judicial sujeita ao devido processo legal, em conformidade com o art. 110 do ECA, será admissível restringir o direito de locomoção.

Já no decorrer do processo, presume-se que, em meio aberto, a família e a sociedade podem oferecer a resposta pedagógica mais eficaz para o jovem infrator. Cuida-se de presunção relativa, considerando que o próprio art. 174 do ECA faz a ressalva quanto à possibilidade da internação provisória. Aliás, a privação de liberdade deve ser o último recurso a se integrar no esforço para a formação cidadã do adolescente em conflito com a lei. A família e as demais instituições, em particular a Escola, apresentam meios infinitamente mais eficientes para socializar o jovem e proteger a comunidade, assumindo uma responsabilidade solidária com o Estado-sancionador. Observe que por imperativo legal as medidas socioeducativas

em meio aberto têm prevalência sobre as privativas de liberdade, à luz do que preconizam os arts. 100, 113 e 122, § 2º, da Lei nº 8.069/90.⁹

Neste aspecto, importa anotar a natureza vinculada da liberação imediata. Os pais ou o responsável assumem o compromisso de apresentar, no mesmo dia ou no primeiro dia útil seguinte, o adolescente ao Promotor de Justiça. Subentende a lei que o compromisso de apresentação abrange o dever de, ao longo do processo, afastar o infrator das circunstâncias que o levaram a cometer o ato infracional, de forma a sanear a situação de risco e proteger a ordem social.

A ausência de pais ou de responsável não compõe justificativa para manter a custódia do adolescente. Sendo caso de liberação imediata, o Conselho Tutelar deve ser comunicado para providenciar o abrigo provisório, a localização de parentes ou mesmo sugerir a colocação em família substituta, a depender das circunstâncias.

3. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

O direito fundamental à liberdade e a imprescindível segregação provisória como garantia da ordem pública são idéias antagônicas que protagonizam um embate de particular interesse social. A ocorrência da infração penal abala, indubitavelmente, a tranqüilidade da sociedade, disseminando a insegurança e provocando o clamor popular, o que demanda uma resposta rápida e incisiva. Os bens jurídicos em conflito, um de caráter individual, dos mais valiosos à condição humana, porque afeta ao direito fundamental de ir e vir, e outro de cunho público, com esteio na paz, pressuposto essencial à civilização, resultam em tutelas urgentes que precisam ser compatibilizadas no Direito positivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente equacionou a questão de forma singular, conferindo ao Estado-sancionador a pretensão à internação cautelar, ao passo que lhe impôs a obrigação correlata de disponibilizar uma série de garantias, muitas de caráter processual.

De fato, o adolescente pode ser privado de sua liberdade, antes da sentença, por um prazo máximo de 45 dias, em razão do cometimento de ato infracional. Nos termos do art. 108 da Lei nº 9.069/90, a decisão deverá ser fundamentada e baseada em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida. O dispositivo em tela se completa com o teor dos arts. 121, 122, 173, 174, 183 e 184 do diploma referido, permitindo afirmar que a internação provisória se sujeita ao princípio da excepcionalidade, tem lugar na hipótese de ato infracional grave e de repercussão social, baseia-se na garantia da

9 – O art. 4º do ECA confere a defesa da liberdade e convivência familiar de forma simultânea à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao Poder Público. No art. 15, o referido instrumento normativo assegura à criança e ao adolescente o direito à liberdade e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento, anotando-se, ainda, que é dever de todos, consoante o art. 18, impedir tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública, impõe celeridade à marcha processual, com um prazo máximo e improrrogável para sua conclusão, e deve necessariamente ser veiculada através de decisão fundamentada da autoridade judicial, mantendo a apreensão em flagrante ou simplesmente decretando a internação provisória.

4. EXIGÊNCIA DE CELERIDADE

O contato do adolescente com o sistema judicial, quando inevitável, deve se pautar pela celeridade, no sentido de que o valor pedagógico da medida socioeducativa se desvanece progressivamente no decorrer do tempo. Ademais, a submissão do jovem ao Poder Judiciário já constitui em si um constrangimento, o qual deve ser minimizado com a agilidade dos atos processuais.¹⁰

A Convenção sobre os Direitos da Criança ressalta a necessidade de a causa ser decidida sem demora (arts. 37, alínea *d*, e 40, alínea *b*, III), assim como as Regras de Beijing (art. 20, item 1).

A exigência de celeridade impõe inovações no procedimento de apuração de ato infracional ao se comparar aos dispositivos do Código de Processo Penal, especialmente em situação de flagrância. A fase inquisitorial apresenta-se dramaticamente reduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente. A autoridade policial, frente a uma infração cometida com violência ou grave ameaça à pessoa, deve lavrar o auto de apreensão em flagrante, ouvir testemunhas e o adolescente, apreender os produtos e instrumentos do ato e requisitar os exames de corpo de delito pertinentes. Tudo deve ser providenciado nos momentos seguintes à apreensão, considerando que o adolescente não liberado de imediato e os autos de investigação serão desde logo encaminhados ao representante do Ministério Público (art. 175 do ECA). As provas periciais, por conseguinte, serão juntadas na fase judicial da persecução. Natural que a este momento as provas não sejam conclusivas quanto à autoria e à materialidade do evento infracional, tanto é verdade que o art. 179 da Lei nº 8.069/90, expressamente, faculta ao Promotor de Justiça atividades investigatórias, auxiliando-o na eventual oferta da representação.

Resulta daí a opção do legislador estatutário pela mitigação da prova. Claramente, a segurança jurídica cede lugar à noção de eficácia de um processo que almeja a construção cidadã do adolescente infrator. Destarte, a internação provisória pode ser deferida pelo magistrado mediante a simples constatação de indícios

10 – Proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas, elaborada pela Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude (ABMP), art. 3º: “O procedimento socioeducativo, em observância ao princípio constitucional da prioridade absoluta, insculpido no art. 227, *caput*, da CF, deverá tramitar de forma célere e, juntamente com todos os demais feitos relativos à área da infância e da juventude, terá preferência de instrução e julgamento sobre todos os demais processos em tramitação no mesmo juízo ou tribunal”.

da materialidade e autoria do ato infracional, dispensando a prova da ocorrência da infração, requisito assentado no art. 312 do CPP.

O art. 108, parágrafo único, do ECA define os requisitos da internação provisória, que tem por base indícios suficientes de autoria e de materialidade, demonstrada sua necessidade imperiosa. Na qualidade de medida cautelar, a averiguação da prova equivale a aferir a fumaça do bom Direito (*fumus boni juris*), ou seja, a plausibilidade do Direito, distinguindo, no conjunto das investigações, elementos que autorizem, por indução, atribuir o ato infracional ao adolescente, bem como atestar a existência deste ato.¹¹

Por necessidade imperiosa da medida, entende-se o segundo pressuposto do provimento cautelar, o perigo da demora (*periculum in mora*), consubstanciado na garantia da segurança pessoal do jovem infrator ou na manutenção da ordem pública, expressos no art. 174 do ECA, em rol taxativo. Apenas nestas duas circunstâncias está o magistrado autorizado a decretar a internação cautelar.

As hipóteses de cabimento da segregação provisória da Lei nº 8.069/90 são bastante restritas, tendo em vista o art. 312 do CPP, não se podendo privar a liberdade do adolescente com fundamento na garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Na prática, a destruição de provas, a ameaça a testemunhas ou a ocorrência de fuga não servem para justificar o decreto da internação no decorrer da ação socioeducativa. Não constitui o art. 108 do ECA, portanto, meio de instrução nem garantia de execução de medida¹². Neste sentido, agiu de forma acertada o legislador, uma vez que a liberdade do adolescente exige maior proteção, preservando seu direito à convivência comunitária e respeitando sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Interessante observar, enfim, que o abrandamento dos parâmetros do *fumus boni juris*, alterando a prova por apenas indícios da materialidade, acompanha uma limitação nas hipóteses que configuram o *periculum in mora*, conferindo certa compensação na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. EXCESSO DE PRAZO

A integração da disciplina jurídica do ato infracional com os institutos do Direito Penal e do Processo Penal pressupõe, assim, a observância aos princípios informadores do Direito da Criança e do Adolescente. O emprego direto das normas penais sem uma anterior conformação aos ditames da Lei nº 8.069/90 resulta em situações teratológicas, as quais vêm sendo objeto de seguidos hábeas-córpus nos tribunais pátrios.

11 – Conforme o art. 239 do CPP, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

12 – A este respeito: Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, p. 370.

Exemplo clássico surge da interpretação dos arts. 108 e 183 do ECA, em conjunto com a Súmula nº 52 do STJ, que tem sua referência legal no art. 401 do CPP. Consoante a Súmula em destaque, encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Neste sentido, vicejam decisões ampliando o prazo de internação além dos 45 dias, sob o fundamento do término da fase probatória.

A razão de um prazo exíguo na apuração do ato infracional reside no caráter urgente da Justiça da Infância e da Juventude, cujas lides são, essencialmente, efêmeras. A medida socioeducativa, caso necessária sua aplicação, deve ser acertada prontamente, em prol do sucesso e da efetividade da prestação jurisdicional, de forma a conferir o atendimento pedagógico adequado ao jovem em conflito com a lei.

Os princípios constitucionais da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, expressos no art. 227, § 3º, inc. V, da CF, vedam o emprego da referida Súmula para estender a internação provisória. De certo que os arts. 108, 183 e 184 da Lei nº 8.069/90 fixam um prazo fatal, delimitando não-só a medida cautelar mas também a própria marcha processual, que deve ser ultimada obrigatoriamente no interregno legal, gozando de prioridade absoluta na pauta de audiência e nos demais serviços do juízo todos os processos em que o adolescente esteja privado de liberdade por medida cautelar.

É de ressaltar que os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente não guardam correspondência com o art. 401 do CPP, que trata do prazo máximo de 20 para oitiva das testemunhas de acusação. Os argumentos doutrinários e as referências legais que serviram de base à construção da Súmula não se conformam ao rito de cognição sumária previsto nos arts. 182 a 190 da Lei nº 8.069/90. Assim, situações jurídicas distintas não podem ter tratamento semelhante, sem que se incorra em crasso erro de interpretação.

Malgrado o entendimento exposto, a jurisprudência ainda se revela vacilante quanto ao tema, sendo diversos os julgados que defendem a inexistência de excesso de prazo uma vez instruída a ação socioeducativa.¹³ Na doutrina, colhe-se a posição de Valter Kenji Ishida, para quem o excesso de prazo não implica a libe-

13 – Contra a aplicação da Súmula nº 52 do STJ: “Habeas-cópus. Internação provisória. Infringência ao art. 183 do ECA. Concessão da ordem. Esgotado o prazo estipulado no art. 183 do ECA, sem qualquer culpa por parte do adolescente/paciente, deve a internação provisória ser revogada. Ordem concedida”. (HC nº 70007234024, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 06-11-03) (Ementas no mesmo sentido) JECA. 183.

“Habeas-cópus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional previsto como roubo. Internação provisória. Fundamentação com apoio em fatos. Excesso de prazo inexistente. 1. Além da gravidade da infração atribuída ao adolescente, prevista como roubo qualificado na lei penal, justificada está sua internação provisória em razão dos indícios de pertencer a gangue que se dedica a danificar patrimônio público e por outras seis passagens pela Vara da Infância e da Juventude. 2. A internação provisória deve durar, no máximo, 45 dias. Rejeita-se a alega-

ração do adolescente, desde que justificável. Cita ainda julgados que firmam a periculosidade do adolescente como um fator a autorizar a custódia do adolescente além dos 45 dias.¹⁴

O risco na adoção da Súmula nº 52 do STJ está na completa falta de controle, uma vez que vencida a instrução a cautelar de privação de liberdade terá vigência indefinida, redundando em constrangimento ilegal inaceitável, por ser atentatória à liberdade do adolescente.

Tem-se, portanto, prazo peremptório de 45 dias para a internação provisória e conclusão do processo, que não decai após finda a instrução processual nem sofre mitigação com o argumento de atraso no desenvolvimento processual por culpa da defesa. Nem mesmo fatos relevantes argüidos pelas partes e a complexidade do caso concreto, duas fortes razões construídas pela jurisprudência para validar a continuidade da prisão provisória no processo penal podem ser levantadas para sustentar a renovação do prazo do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵

Alcançado o termo final sem que o juízo tenha proferido a sentença, é compulsória a liberação do adolescente, tendo este direito inviolável a um julgamento célere, não podendo ser prejudicado pelas falhas do Poder Judiciário.

A contagem do prazo tem como termo *a quo* o recebimento da representação, decisão que já acompanha o decreto da internação provisória. Isto considerando que no prazo de vinte quatro horas da apreensão em flagrante de ato infracional, o adolescente deve ser apresentado ao Promotor de Justiça, este no mesmo

ção de excesso de prazo uma vez provada sua não-extrapolação". (HC nº 20030020072887-DF, 2ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Des. Getúlio Pinheiro, *DJU*, de 08-10-03, p. 117)

Admitindo a aplicação da Súmula nº 52 do STJ: "Hábeas-cópus. Menor. Ato infracional. Representação por roubo qualificado e porte de arma de fogo. Internação provisória. Excesso de prazo na formação da culpa. Alegado constrangimento ilegal. Instrução criminal encerrada. Prejudicialidade da ordem. Consoante entendimento jurisprudencial pátrio, onde se destaca a Súmula nº 52 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, uma vez encerrada a instrução criminal, não há que se falar em constrangimento ilegal sofrido pelo paciente em razão de excesso de prazo para a formação da culpa. Ordem prejudicada. Unânime". (HC nº 20030020102976 -DF, CM do TJDF, Rel. Des. Otávio Augusto, *DJU*, de 27-01-04, p. 71) No mesmo sentido: (HC nº 100030024630, CM do TJES, Rel. Des. Wellington da Costa City, julgado em 22-09-03) e [HC nº 012885-2003 (45.468/2003), Câmara Especial de Férias do TJMA, Rel^a Des^a Maria Dulce Soares Clementino, julgado em 30-07-03]

14 – Valter Kenji ISHIDA, *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*, p. 168.

15 – Em sentido contrário: "Processo penal. Hábeas-cópus. Internação de menores por prazo superior a 45 dias. Constrangimento ilegal. Inocorrência. I – Em sendo interposto hábeas-cópus para fustigar alegado excesso de prazo em sede de internação provisória de menores infratores, e informando a dita autoridade coatora que tal elastério se mostra necessário ante as peculiaridades do caso, há de se negar a ordem como medida de correta prestação jurisdicional. II – Outrossim, sendo posto em liberdade um dos pacientes, prejudicado se mostra a apreciação da ordem em relação a este". [HC nº 014157 (45.998/2003), TJMA, Rel. Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo, julgado em 02-09-03]

dia deve ofertar a peça inaugural, seguindo-se a deliberação do magistrado. Nesta fase pré-processual, o atendimento é de urgência, com atos que se seguem sem prazo determinado, porque contínuos, devendo-se mesmo ultimar nas vinte e quatro horas após a apreensão.¹⁶

CONCLUSÕES

O legislador pátrio reconhece que a privação da liberdade do adolescente, mesmo que imbuída de um propósito pedagógico, deve se submeter aos critérios objetivos da tipicidade e a uma atividade jurisdicional moldada no princípio do devido processo legal e seus consectários lógicos. A disciplina da internação provisória deve ser vista através deste prisma. Assim, é possível chegar às seguintes conclusões:

1 – Uma vez decretada, a internação provisória condiciona a marcha processual. O processo deve estar concluído em 45 dias, prazo peremptório, que não decai após finda a instrução processual. Alcançado o termo final sem que o juízo tenha proferido a sentença, é compulsória a liberação do adolescente, que tem direito subjetivo a um julgamento célere, dada a prioridade absoluta nos serviços públicos, inclusive a prestação jurisdicional (art. 4º da Lei nº 8.069/90). Aliás, trata-se de direito fundamental, consoante a nova redação do art. 5º, inc. LXXVIII, conferida pela EC nº 45/2004, delimitando as margens objetivas do que vem a ser razoável duração do processo.

2 – Não há, portanto, compatibilidade lógica nos sistemas processuais de persecução do ato infracional e do delito, pelo menos no que se refere à aplicação dos arts. 108 e 183 do ECA, em conjunto com a Súmula nº 52 do STJ, em referência ao art. 401 do CPP. Ainda que encerrada a fase de instrução, é de se concluir pelo constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo, saneável pela via do hábeas-cópus.

16 – Em sentido contrário: Murillo José Digiácomo, *Breves Comentários sobre a Proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas*, disponível em: <http://www.abmp.org.br>. Acesso em 16-06-05. Comentário ao art. 15. O autor defende que o prazo se inicia com a apreensão do adolescente, criticando a redação pouco incisiva do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MAÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2002.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Breves Comentários sobre a Proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas*. Disponível em: <http://www.abmp.org.br>>. Acesso em 16-06-05, comentário ao art. 3º.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1993.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da Indiferença à Proteção Integral, uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional, Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. 2ª ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CRÍTICA DA GUARDA ESTATUTÁRIA

CLEBER AUGUSTO TONIAL
Juiz da Infância e da Juventude

Não objetiva esse ensaio esgotar o assunto, mas chamar a atenção para um tema que amiúde é tratado de forma superficial, talvez despreocupada. A guarda estatutária, assim adjetivada para evitar confusões com a guarda do Direito de Família, é uma das formas de colocação em família substituta. Em tais modalidades subsidiárias de convivência familiar, a criança ou o adolescente deixa de conviver com a família biológica para ser confiado aos cuidados de terceiros, mediante autorização judicial. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi taxativo ao definir as três únicas modalidades deste tipo de medida protetiva em seu art. 28.

Inobstante a disciplina legal, nota-se uma certa “ordinarização” da guarda. Os respectivos pedidos suplantam em número os pleitos de tutelas e de adoções. Pode a guarda, afinal, disputar espaço em pé de igualdade com esses dois consagrados institutos? Os interessados em assumir os cuidados de uma criança podem livremente optar entre essas modalidades de colocação em família substituta? Os Juízes estão autorizados a deferir guardas tão-só em função da capacidade dos cuidadores e da concordância dos genitores? Quais as implicações disso?

As respostas dependerão do estudo da guarda em conformidade com o princípio do *superior interesse da criança*. Embora tal princípio seja admirável em sua formulação abstrata, ainda é um tanto vazio de significado concreto e tem permitido que o aplicador da lei, obrigado a decidir pela e para a criança, permaneça em paz com sua própria subjetividade. Se isso pode ser bom para afastar injustiças que sempre vêm a reboque das generalizações legais, não podemos olvidar que a discricionariedade jurisdicional é o outro extremo que devemos manter sob controle. Portanto, existindo um rol de direitos fundamentais que deve ser respeitado, o *superior interesse da criança* não discrepa, em um primeiro momento, do interesse do legislador. Esse princípio sempre deverá ser interpretado como o interesse de que aqueles direitos fundamentais sejam efetivados na prática. Esse é um balizamento impositivo. Somente a partir daí é que se poderia falar em liberdade para decidir, no caso concreto, conforme o bom senso.

Dentre os direitos fundamentais, de acordo com o art. 19 do ECA, está o de convívio prioritário com a família biológica ou natural, seja ela monoparental, pobre, disfuncional ou não. Tal norma impõe a todo operador jurídico o cuidado de reservar a colocação em família substituta, em qualquer de suas modalidades, para um segundo momento. Jamais a concessão de guardas, tutelas e adoções deveria ser pensada como primeira solução para resolver problemas de proteção. Existem outros caminhos para contornar dificuldades e o art. 129 do Estatuto apresenta várias sugestões.

Afinal o poder familiar é, sobretudo, um feixe de deveres. O art. 1.634 do CC não deixa dúvidas de que aos pais compete ter os filhos em sua companhia e *sob* sua guarda. Trata-se, sobretudo, de um *dever de proteção*. Note-se que ainda estamos sob o tratamento do Direito de Família, pois a guarda, como instituto, surge apenas no Direito Protetivo. De acordo com João Andrades Carvalho¹, esse dever decorre do *poder familiar*, é gerado por ele, nasce de sua constituição. O titular do poder familiar não tem a liberdade de abrir mão dele em favor de quem é estranho à relação filial, pois ele é ditado no interesse do filho e se constitui como um direito exigível dos pais.

Porém, diante da falta ou falha irreparável da família biológica, abre-se a possibilidade, agora como direito da criança, de ser cuidada por terceiros. É interessante notar que a medida que era secundária, passa a ser imediatamente exigível quando o exercício integral do poder familiar não é possível. Justamente esse direito exigível serve como sinalizador de que o *superior interesse da criança* somente será atendido se a colocação for realizada da forma mais protetiva, estável e segura possível, e que preferencialmente se aproxime do poder familiar.

Por isso que a guarda não pode conviver em pé de igualdade com a tutela e a adoção. É causadora de apreensão a distinção costumeira feita entre guardas “provisórias” e guardas “definitivas”. Toda e qualquer guarda é, por natureza, provisória. A própria tutela é provisória, pois não se mantém por toda a vida do tutelado. A imprecisão terminológica só se presta à perpetuação dos equívocos e à manutenção de uma cultura que aceita a guarda, precária por natureza, como um fim em si mesma.

A guarda estatutária tem na provisoriidade a sua nota marcante. Admite, no entanto, duas classificações: instrumental e excepcional. A instrumentalidade da guarda é a regra. Sua natureza é processual. Especialmente cautelares. Note-se que não existe tratamento isolado da guarda no direito material. O Código Civil não traz regulamentação específica e isolada sobre a guarda, fazendo menção a ela somente quando trata do exercício do poder familiar. O Estatuto, por sua vez, foi bastante explícito ao definir em seu art. 33, § 1º, a finalidade processual desse instituto.

A outra forma de guarda, a que paradoxalmente se “ordinarizou”, está prevista no art. 33, § 2º, da lei especial. A redação do parágrafo já principia com um termo condicionante. Mais adiante a exceção é de novo reafirmada pela inserção no texto de hipóteses estritas: a) presença de situação peculiar; b) falta eventual de pais ou de responsável. Gramaticalmente era evitável a redundância, pois um rol magro e taxativo de hipóteses é suficiente para estabelecer, por si só, uma excepcionalidade. Muito provavelmente isso mostra a preocupação do legislador, que preferiu ser enfático ao restringir o cabimento de guardas autônomas.

1 – *Tutela, Curatela, Guarda, Visita e Pátrio Poder*. Aide, 1995, p. 147.

Mas o que devemos entender por *situações peculiares*? Toda característica particular, própria, única, pode ser dita como peculiar. Sob o ponto de vista do legislador e da lei, peculiar é tudo aquilo que não poderia ser previsto e que não foi regrado genericamente. Podemos concluir que não cabe a guarda *excepcionalíssima* se a situação puder ser resolvida com a aplicação das normas gerais. Ou seja, não se deve confiar em guarda se a criança pode ser submetida ao poder familiar, posta sob tutela ou adotada. O guardião excepcional é aquele que não pode ser tutor e nem pode adotar, salvo o que foi incumbido da prática de atos determinados e por um período definido de tempo. Desse modo, nem o Juiz nem os interessados possuem total liberdade de escolha entre as modalidades de colocação em família substituta. Lembro mais uma vez da lição de João Andrades Carvalho²: “De qualquer modo, havendo a possibilidade do exercício efetivo do pátrio poder, não há situação peculiar alguma que permita o deferimento da guarda a terceiros. Se a impossibilidade desse exercício for temporária, será admissível essa guarda excepcional, desde que não haja outra solução prevista em lei”.

Correndo o risco de ser repetitivo, é importante que se tornem claros os desdobramentos dessas ponderações. Não cabe a guarda para terceiros quando a criança continuar sob os cuidados fáticos do pai ou da mãe, simplesmente porque não há *substituição* de famílias. Esses pedidos são muito comuns nos Juizados, ora sendo formulados por avós que residem na mesma residência dos pais da criança ou pelo cônjuge do genitor que a cuida. Ora, a guarda *factível* inerente ao poder familiar exclui a guarda da família substituta, porque a primeira prefere à segunda.

Mas existem ainda situações graves. Pela permissividade no deferimento de guardas excepcionais, pessoas que na verdade pretendem adotar pleiteiam *guardas provisórias* contando com a concordância dos genitores. Além da falsidade inicial, pela alteração de fato juridicamente relevante, aguardam o decurso de alguns meses, ou anos, para ingressar com uma adoção embasada na vinculação afetiva. Evidente a ilegalidade do procedimento, não apenas porque a adoção é um ato oficial por excelência (art. 30 do Estatuto), mas por contornar as exigências de prévia habilitação e de solução da situação jurídica da criança. O deferimento da guarda, em tais casos, cria uma situação de instabilidade e de perigo, pois não é possível garantir que uma demanda pela retomada da guarda não seja proposta pelos genitores. A prática nos ensina que as decisões e sentimentos referentes à prole costumam se alterar com o decurso do tempo. O menor risco de retirada da criança do lar onde foi criada e educada, de forma traumática, é algo que deveria demover os profissionais a construírem ou a concordarem com proteções jurídicas deste tipo.

Enfim, o deferimento de guardas excepcionalíssimas sem avaliação da *peculiaridade* do caso inflige graves danos ao sistema de proteção, porque: I – abre

2 – *op. cit.*, p. 151

ensanchas para a irresponsabilidade dos genitores, que ficam livres para produzir e distribuir a prole conforme lhes convém; II – legitima uma tênue proteção à criança pela provisoriedade da medida e inexistente controle estatal sobre o gerenciamento de bens e direitos; III – pode incentivar a burla aos procedimentos oficiais de adoção pela pacóvia chancela judicial sobre interesses escusos não manifestados; IV – pode contribuir para o surgimento de demandas futuras de difícil composição, diante dos vínculos afetivos criados; além de V – permitir a oneração indevida de sistemas previdenciários públicos e privados, premiando alimentantes relapsos.

SENTENÇA

Adoção nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Requerente: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Menores: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Adoção: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Vistos, etc.

XXXXXXXXXX, brasileira, solteira, residente e domiciliada nesta Cidade na, Rua XXXXX, vivendo em união estável com XXXXXXXXXXX, *Requer* a adoção dos menores XXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXX, nascidos em 00-00-03 e 00-00-02, respectivamente, filhos de XXXXXXXXXXXXXXXX.

Vieram aos autos os documentos necessários à instrução. As crianças já foram adotadas pela companheira da requerente, conforme processos de adoção nºs 0000000 e 0000000.

O Ministério Público manifestou-se contrariamente ao pedido (fls. 10/1). Foi juntado estudo social realizado junto à requerente (fls. 13/7). Foi acolhido parecer ministerial, e, determinada avaliação psicológica da requerente (fl. 17v.). Veio aos autos laudo psicológico relativo à requerente (fl. 22). *Relatei*.

Decido. O presente feito trata de pedido de adoção das crianças XXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXX pela pessoa de XXXXXXXXXXXXXXXX.

As crianças foram adotadas unilateralmente por XXXXXXXXXXXXXXXX, com quem a requerente mantém união estável, como se casadas fossem, há sete anos. A adoção pretendida não é unilaterial, mas, sim, visa a incluir o nome da requerente nos assentos de nascimento das crianças, sem a exclusão da convivente.

O tema, apesar de não ser novo, ao menos nos debates, não encontra grandes precedentes na jurisprudência pátria, ao menos de forma reiterada. Portanto, como matéria deduzida em juízo, a questão é nova.

Pelo Estudo Social realizado e pelas declarações de sua própria requerente, constata-se sua condição de homossexual. Tal condição, ou melhor, escolha sexual, é atualmente, se não de forma unânime, em sua grande maioria conhecida e de certa forma aceita pela sociedade, principalmente por se tratar de uma evolução natural da sociedade humana e também por basear-se nos princípios garantidos fundamentalmente aos indivíduos em geral.

Talvez nem se devesse falar em evolução, e sim em maior divulgação e despudoramento daqueles que muitas vezes, desde sempre estiveram convictos de sua opção sexual, mas, por antes viverem em uma sociedade onde a moralidade baseava-se simplesmente no que era ditado pela maioria, ou ainda, pelo fraco argumento de que o homossexualismo não era da "natureza humana", encobriam a própria opção sexual.

Tal argumento, fraco, diga-se de passagem, tem sido totalmente rechaçado pelas pesquisas e pelos estudos atuais, que comprovam ser inerente à condição humana a diferente opção sexual, sendo o homossexualismo, ao contrário do que dizem os conservadores ortodoxos, tão natural como o próprio heterossexualismo.

Exatamente por estas razões, o Direito, como ciência responsável por dar aos fatos uma posição legal concreta, baseando-se nestes mesmos fatos e na maneira como a sociedade os tem aceitado, não pode, simplesmente, “dar as costas” a tal evolução natural e arraigar-se em normas preconceituosas. Ademais, não se trata de uma proibição da lei, e sim de uma simples omissão da mesma, casos nos quais, o Juiz, utilizando-se de bom senso, princípios gerais de Direito, analogia e costume, deve dar uma solução ao caso.

Nesse sentido, manifesta-se o Juiz Roberto Lorea em matéria veiculada pelo *Diário da Justiça*, de 10-12-04. O magistrado participa de um projeto de acesso à Justiça, que efetua levantamento de trabalhos bibliográficos para analisar as pesquisas realizadas com crianças criadas por homossexuais nos últimos 20 anos. Afirma que “não se trata de uma vedação mas de uma falta de previsão legal”.

Disse, ainda o magistrado que “a legislação brasileira, nos impeditivos para o casamento como a bigamia, não proíbe o fato de duas pessoas serem do mesmo sexo. Nem poderia, pois no Brasil há um dispositivo constitucional que garante a liberdade de orientação sexual”. Portanto, complementa, “esta discriminação é vedada pelo texto constitucional, tanto no tecido social como na questão jurídica na composição do estado democrático de direito, que é o Brasil”.

A questão ora tratada, refere-se à adoção por casal homossexual, questão extremamente recente e sem maiores precedentes; não possuindo, exatamente por esta razão, posicionamento fixado pela doutrina e jurisprudência.

O Ministério Público, no parecer das fls. 10/11, posiciona-se contrário ao pedido, lastreando-se na dicção do art. 1.622 do CC, que vedaria a adoção por casal homossexual.

Com o devido acatamento, a interpretação dada não merece guarida, pois o dispositivo embasador da manifestação ministerial não impede a adoção por pessoas do mesmo sexo. Diz o art. 1.622 do CC: “Art. 1.622. ‘Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável’”. Ora, a adoção visa a dar à criança uma família e, por óbvio, a preocupação do legislador foi exatamente essa, ou seja, de que os adotantes sejam marido e mulher ou que vivam em união estável.

A situação da adotante é exatamente a prevista no texto legal, ou seja, vive em união estável com XXXXXXXXXXXX.

A união estável entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida pela jurisprudência, inclusive assegurando a guarda de filho do convivente, após a morte deste, quando disputada com avós.

Também a união estável homossexual é reconhecida para efeitos sucessórios e previdenciários. “*Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável*. Partilha. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência

da sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. *Partilha*. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. Nega-ram provimento”. (AC nº 70006542377, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Rui Portanova)

“*União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma*. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do Direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros”. (AC nº 70001388982, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14-03-01)

Assim, o art. 1.622 do CC não veda a adoção por casal homossexual. Ao contrário, permite expressamente a adoção nesse caso ao afirmá-la possível por duas pessoas que mantenham união estável.

Também não pode ser erigido como óbice o argumento doutrinário trazido à colação pelo Exmo. Promotor de Justiça, no sentido da impossibilidade de alguém ter dois pais ou duas mães. A adoção não persegue os canais da natureza. O vínculo de parentesco por ela criado é puramente jurídico e não consangüíneo, tanto assim que admite a adoção por somente uma pessoa, enquanto que na concepção, excluída a clonagem, depende da participação do homem e da mulher.

Em que pese não brandido pelo Ministério Público, oportuno enfrentar outros argumentos que se opõem à adoção pretendida. O principal argumento para essa “aversão”, seria o de que o comportamento, a aceitação, as condições gerais da criança adotada sofra conseqüências em razão da sexualidade dos pais homossexuais.

No entanto, apesar de concordar que na adoção devam ser consideradas, em primeira mão, as condições nas quais permanecerão os adotandos, discordo que o bem-estar e o são desenvolvimento das crianças sofram malefícios com a concessão da adoção.

É ato extremamente discriminatório que se presuma o mau desenvolvimento da criança em razão da homossexualidade dos pais. Deve-se considerar, primeiramente, as reais condições – psicológicas, afetivas, materiais, etc. –, daqueles que pretendem a adoção.

Apesar de não dizer respeito exatamente à adoção, transcrevo parecer ministerial nos autos do Proc. nº 000000, pedido de habilitação, junto ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Passo Fundo, que trata do pedido de habilitação para adoção por homossexual: “Na verdade, no caso em tela, o ponto crucial a ser examinado, embora não recaia diretamente na homossexualidade, centra-se na possibilidade de que a criança pretendida, com idade de até seis meses, possa sofrer prejuízos no seu desenvolvimento em virtude desta circunstância, motivo pelo qual a prova técnica, que avaliou a pretendente, assume características extremamente relevantes, como adiante será abordado.

“Sobre esse ponto, importante o ensinamento do jurista Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 20 e 21: *‘É imprescindível que o menor conviva com pessoas idôneas, sem o que a sua formação estará comprometida. Bem mais importante que as condições materiais é a postura moral daquele que pretende a guarda, a tutela ou a adoção. Além daquele que vai se responsabilizar pela criança ou adolescente, é necessário que os demais que habitam seu novo lar não interfiram negativamente no seu desenvolvimento. É por isso que é importante uma equipe interprofissional competente e de confiança para o estudo de cada caso. As famílias devem ser visitadas e todos devem ser ouvidos’*.”

As condições acima citadas, podem ser encontradas junto à requerente e sua companheira, de acordo com o estudo social realizado (fls. 13/17). Também não se pode afirmar que a adoção por homossexual possa afetar a opção sexual da criança.

O argumento é falacioso, até porque a homossexualidade não é derivada da pura opção sexual. Ninguém escolhe ser hetero ou homossexual. A determinação da sexualidade é consequência da carga hormonal. Ninguém opta pelo sofrimento.

A prevalecer o argumento, filhos de pais heteros jamais seriam homossexuais, o que não corresponde à verdade. É sabido que o preconceito contra a homossexualidade ainda é marcante na sociedade e na família, dificultando que o homossexual assumira a sua sexualidade e possa buscar a felicidade, vivendo ele, na maioria das vezes, conflitos que lhe atormentam durante toda a sua existência.

O conceito tradicional de família modificou-se sensivelmente. Modernamente, a família não se restringe ao superado conceito de que derivaria tão-somente do casamento de pessoas do sexo oposto. O próprio legislador reconheceu a união de fato, estendendo-lhe os efeitos do casamento.

Nesse sentido manifestou-se a psicanalista e antropóloga Elisabeth Zambrano, em matéria divulgada pelo *Diário da Justiça*, de 10-12-04: *“A família é uma construção social e por isso acompanha os movimentos sociais, inserindo hoje em suas novas configurações, a homoparentalidade. ‘As principais entidades americanas de psiquiatria e pediatria apontam, baseadas em pesquisas, que não existe um impedimento para a adoção de crianças por homossexuais do ponto de vista do desenvolvimento’*”.

A entrevistada, ainda na mesma oportunidade, elucidou questões fundamentais quanto à adoção por homossexuais, quais sejam a dúvida que se apresenta quanto à futura opção sexual da criança adotada, a relacionamento interpessoais,

a prejuízos na escola, etc.: “As dúvidas são geralmente se essas crianças, ao crescerem, serão homossexuais, se serão prejudicadas na escola, se terão problemas de relacionamento ou de confusão a respeito da identidade sexual”. Esse possíveis prejuízos, revela, *não se confirmam nem pelas pesquisas, nem pelas entidades de psiquiatria.*”

Trago, ainda, à colação, lição da Desembargadora do Tribunal de Justiça gaúcho Maria Berenice Dias, quando enfrenta o assunto da *União homossexual: Aspectos Sociais e Jurídicos*. Dentre os tópicos do estudo, a Desembargadora enfrenta a questão da adoção por homossexuais: “A possibilidade de adotar. A mais tormentosa questão que se coloca, e que mais divide as opiniões, é quando se questiona sobre a possibilidade de os parceiros virem a adotar. O projeto de lei da união civil nada previa, sendo que a vedação da adoção, tutela ou guarda foi introduzida pelo relator.

“Não há qualquer impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a capacidade para a adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante, sendo expresso o art. 42 ao dizer: ‘Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil’.

“A única objeção que poderia ser suscitada seria em face dos termos do art. 29: ‘Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado’. No entanto, o princípio que deve prevalecer é o do art. 43: ‘A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo’. Ao depois, é de se atentar, em nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados em situação irregular, que poderiam vir a ter uma vida com mais dignidade.

“Assim, não há como se ter por incompatível com a natureza da medida a relação, ainda que homossexual, que possua as características de uma união estável, em que exista um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres assemelhados aos dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida e de interesses.

“Como não se pode excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção garantido a todo cidadão, independentemente de sua orientação sexual, tal restrição pode gerar situações injustas. Em havendo a possibilidade de a adoção ser feita por um só dos parceiros, eventuais direitos do adotado, quer de alimentos, quer sucessórios, só poderão ser buscados com relação ao adotante, fato que, com certeza, acarreta injustificável prejuízo, por não gerar direitos com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe.

“Na Califórnia, há pesquisadores que, desde meados de 1970, vêm estudando famílias formadas por lésbicas e gays. Concluíram que crianças com os dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto as crianças com os pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças”. (*Filhos de Lésbicas e Gays*, Flaks, Ficher, Masterpasqua & Joseph, 1995; Gottman, 1990; Patterson, 1992, 1994, – in Harris, Judith Rioch. *Diga-me com quem andas...*, Ed. Objetiva, 1999, p. 80)

Vale, ainda, lembrar que a simples formalização de uma situação fática que já dura desde a adoção das crianças, só poderia trazer benefícios às mesmas, uma vez que resolveria sem maiores transtornos a questão patrimonial e futuramente sucessória entre as partes.

Neste mesmo sentido, baseia-se Enéas Castilho Chiarini Júnior, advogado e árbitro em Pouso Alegre-MG, especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC em parceria com a Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais – FDSM: “Ao decidir sobre uma possível adoção, o Juiz deve levar em conta as ‘reais vantagens’ para o menor que poderão advir da adoção, pois, segundo o art. 43 da Lei nº 8.069/90 – ECA, *in verbis*: ‘A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, decidindo, sempre, pelo bem-estar do menor”.

Cabe lembrar que a adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica, pelo qual se cria um vínculo parental que não corresponde à realidade biológica.

Por fim, é de ser registrado que o acolhimento do pedido visa tão-só a formalizar uma situação fática preexistente. Não se está especulando sobre benefícios ou não da adoção, pois estes já são comprovados pela salutar convivência das crianças com a adotante.

A negativa ao pedido seria prejudicial aos adotandos, pois os privariam de usufruir de bolsas de estudo junto à universidade local, onde a requerente é professora, e, também, de plano de saúde.

Pelas razões acima expostas, é de ser acolhido o postulado pela adotante, em face principalmente da procedência do pedido, somente vir a formalizar uma situação fática existente desde o momento em que se deu a adoção em favor de sua companheira.

Isto posto, dou pela procedência do pedido, deferindo à requerente XXXXXX a adoção das crianças XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que passarão a chamar-se, respectivamente, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Trânsita em julgado, expeçam-se os mandados para registro dos adotandos, acrescentando-se aos assentos o nome da adotante, de acordo com o disposto no art. 47, e parágrafos, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Possível dúvida pode pairar sobre a realização dos assentos de nascimento. No caso deverá constar que os adotandos são filhos de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, sem mencionar as palavras pai e mãe. Da mesma forma a relação avoenga também não explicitará a condição materna ou paterna.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Bagé, 28 de outubro de 2005.

Marcos Danilo Edon Franco,

Juiz de Direito da Infância e da Juventude.

LEGISLAÇÃO

DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL (DIRETRIZES DE RIAD)

O OITAVO CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE

Tendo presentes a Declaração Universal dos Direitos Humanos [Resolução nº 217-A (III) da Assembléia Geral, de 10 de dezembro de 1948]; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos [Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral, anexo, de 16 de dezembro de 1966]; como também outros instrumentos internacionais relativos aos direitos e ao bem-estar dos jovens, entre eles as normas pertinentes estabelecidas pela Organização Internacional do Trabalho;

tendo presentes, do mesmo modo, a Declaração de Direitos da Criança [Resolução nº 1386 (XIV) da Assembléia Geral, de 20 de novembro de 1959]; a Convenção sobre os Direitos da Criança (Resolução nº 44/25 da Assembléia Geral, de 20 de novembro de 1989); e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Resolução nº 40/33 da Assembléia Geral, de 29 de novembro de 1985;

Recordando a Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1985, da Assembléia Geral que, entre outras coisas, aprovou as regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça de jovens por recomendação do Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente;

recordando também que a Assembléia Geral, em sua Resolução nº 40/35, de 29 de novembro de 1985, aprovada por recomendação do Sétimo Congresso das Nações Unidas, pediu que se elaborassem critérios sobre esse tema que fossem de utilidade para os Estados-Membros na formulação e execução de programas e políticas especializados, dando ênfase às atividades de assistência e cuidado e à participação da comunidade, e pedindo ao Conselho Econômico e Social que informasse ao Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente sobre os progressos feitos a respeito desses critérios para que fossem examinados e se chegasse a uma decisão;

recordando, do mesmo modo, a Resolução nº 1986/10 do Conselho Econômico e Social, de 21 de maio de 1986, pela qual se pediu ao Oitavo Congresso que examinasse o projeto das diretrizes para a prevenção da delinquência juvenil, visando à sua aprovação,

reconhecendo que é necessário estabelecer critérios e estratégias nacionais, regionais e inter-regionais para prevenir a delinquência juvenil;

afirmando que toda criança goza de direitos humanos fundamentais, particularmente o acesso à educação gratuita;

tendo presente o grande número de jovens que, estando ou não em conflito com a lei, encontram-se abandonados, sem atenção, maltratados, expostos ao uso indevido das drogas, marginalizados e, em geral, expostos a risco social;

tendo em conta os benefícios das medidas progressistas para a prevenção da delinquência e para o bem-estar da comunidade;

1. reconhece, com satisfação, o importante trabalho realizado pelo Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinquência e pela Secretaria na preparação das Diretrizes para a prevenção da delinquência juvenil;

2. expressa seu reconhecimento pela valiosa colaboração do Centro Árabe de Capacitação e de Estudos de Segurança de Riad que recebeu a Reunião Internacional de Especialistas sobre o estabelecimento do projeto de normas das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil, em Riad, de 28 de fevereiro a 1º de março de 1988, com a colaboração do Escritório das Nações Unidas em Viena;

3. aprova as Diretrizes para a prevenção da delinquência juvenil, figurada no anexo da presente resolução, com o nome de “Diretrizes de Riad”;

4. exorta os Estados-Membros para que, nos seus planos globais de prevenção de delito, apliquem essas Diretrizes na legislação, na política e na prática nacionais e consigam a atenção das autoridades competentes, inclusive dos encarregados de formular políticas, do pessoal da Justiça da infância e da juventude, dos educadores, dos meios sociais de comunicação, dos profissionais e dos estudiosos;

5. pede ao Secretário-Geral que procure dar a maior difusão possível ao texto das Diretrizes em todos os idiomas oficiais das Nações Unidas e convida os Estados-Membros para que façam o mesmo;

6. pede, além disso, ao Secretário-Geral um esforço conciliador para fomentar a aplicação das Diretrizes e convida todos os escritórios competentes das Nações Unidas e instituições interessadas, particularmente o Fundo das Nações Unidas para a Infância, como também os especialistas a título individual que se unam neste mesmo objetivo;

7. insta todos os órgãos competentes das Nações Unidas para que colaborem com o Secretário-Geral na adoção das medidas necessárias para garantir a aplicação da presente resolução;

8. convida a Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias, da Comissão de Direitos Humanos, a examinar o presente novo instrumento internacional com o objetivo de fomentar a aplicação da presente resolução;

9. convida também os Estados-Membros a apoiarem firmemente a organização de cursos práticos de caráter técnico e científico, como também projetos pilo-

tos e de demonstração sobre questões práticas e aspectos normativos, relacionados com a aplicação do disposto nessas Diretrizes e com a adoção de medidas concretas, tendentes a estabelecer serviços baseados na comunidade e dirigidos a atender as necessidades, os problemas e os interesses especiais dos jovens, pedindo ao Secretário-Geral que coordene os esforços nesse sentido;

10. convida, além disso, os Estados-Membros a informarem ao Secretário Geral sobre a aplicação das Diretrizes e a apresentarem relatórios periódicos ao Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinquência sobre os resultados alcançados.

ANEXO

DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL (DIRETRIZES DE RIAD)

I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

1. A prevenção da delinquência juvenil é parte essencial da prevenção do delito na sociedade. Dedicados a atividades lícitas e socialmente úteis, orientados rumo à sociedade e considerando a vida com critérios humanistas, os jovens podem desenvolver atitudes não-criminais.

2. Para ter êxito, a prevenção da delinquência juvenil requer, por parte de toda a sociedade, esforços que garantam um desenvolvimento harmônico dos adolescentes e que respeitem e promovam a sua personalidade a partir da primeira infância.

3. Na aplicação das presentes Diretrizes, os programas preventivos devem estar centralizados no bem-estar dos jovens desde sua primeira infância, de acordo com os ordenamentos jurídicos nacionais.

4. É necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. Essas políticas e medidas deverão conter o seguinte:

a) criação de meios que permitam satisfazer às diversas necessidades dos jovens e que sirvam de marco de apoio para velar pelo desenvolvimento pessoal de todos os jovens, particularmente daqueles que estejam patentemente em perigo ou em situação de insegurança social e que necessitem um cuidado e uma proteção especiais;

b) critérios e métodos especializadas para a prevenção da delinquência, baseados nas leis, nos processos, nas instituições, nas instalações e uma rede de prestação de serviços, cuja finalidade seja a de reduzir os motivos, a necessidade e as oportunidades de cometer infrações ou as condições que as propiciem;

c) uma intervenção oficial cuja principal finalidade seja a de velar pelo interesse geral do jovem e que se inspire na justiça e na equidade;

d) proteção do bem-estar, do desenvolvimento, dos direitos e dos interesses dos jovens;

e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade; e

f) consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de “extraviado”, “delinqüente” ou “pré-delinqüente” geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado.

5. Devem ser desenvolvidos serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinqüência juvenil. Só em último caso recorrer-se-á a organismos mais formais de controle social.

II – EFEITOS DAS DIRETRIZES

6. As presentes Diretrizes deverão ser interpretadas e aplicadas no marco geral da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Declaração dos Direitos da Criança e da Convenção sobre os Direitos da Criança e no contexto das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens, como também de outros instrumentos e normas relativos aos direitos, interesses e bem-estar de todas as crianças, e adolescentes.

7. Igualmente, as presentes Diretrizes deverão ser aplicadas no contexto das condições econômicas, sociais e culturais predominantes em cada um dos Estados-Membros.

III – PREVENÇÃO GERAL

8. Deverão ser formulados, em todos os níveis do governo, planos gerais de prevenção que compreendam, entre outras coisas, o seguinte:

a) análise profunda do problema e relação de programas e serviços, facilidades e recursos disponíveis;

b) funções bem definidas dos organismos e instituições competentes que se ocupam de atividades preventivas;

c) mecanismos para a coordenação adequada das atividades de prevenção entre os organismos governamentais e não-governamentais;

d) políticas, estratégias e programas baseados em estudos de prognósticos e que sejam objeto de vigilância permanente e avaliação cuidadosa durante sua aplicação;

e) métodos para diminuir, de maneira eficaz, as oportunidades de cometer atos de delinqüência juvenil;

f) participação da comunidade em toda uma série de serviços e programas;

g) estreita cooperação interdisciplinária entre os governos nacionais, estaduais, municipais e locais, com a participação do setor privado, de cidadãos representativos da comunidade interessada e de organizações trabalhistas, de cuidado à criança, de educação sanitária, sociais, judiciais e dos serviços de repressão, na aplicação de medidas coordenadas para prevenir a delinquência juvenil e os delitos dos jovens;

h) participação dos jovens nas políticas e nos processos de prevenção da delinquência juvenil, principalmente nos programas de serviços comunitários, de auto-ajuda juvenil e de indenização e assistência às vítimas;

i) pessoal especializado de todos os níveis.

IV – PROCESSOS DE SOCIALIZAÇÃO

9. Deverá ser prestada uma atenção especial às políticas de prevenção que favoreçam à socialização e à integração eficazes de todas as crianças e jovens, particularmente através da família, da comunidade, dos grupos de jovens nas mesmas condições, da escola, da formação profissional e do meio trabalhista, como também mediante a ação de organizações voluntárias. Deverá ser respeitado, devidamente, o desenvolvimento pessoal das crianças e dos jovens que deverão ser aceitos, em pé de igualdade, como co-participantes nos processos de socialização e integração.

A. Família

10. Toda a sociedade deverá atribuir elevada prioridade às necessidades e ao bem-estar da família e de todos os seus membros.

11. Como a família é a unidade central encarregada da integração social primária da criança, deve-se prosseguir com os esforços governamentais e de organizações sociais para a preservação da integridade da família, incluída a família numerosa. A sociedade tem a obrigação de ajudar a família a cuidar e proteger a criança e garantir seu bem-estar físico e mental. Deverão ser prestados serviços apropriados, inclusive o de creches diurnas.

12. Os governos deverão adotar políticas que permitam o crescimento das crianças num ambiente familiar estável e firme. Deverão ser facilitados serviços adequados para famílias que necessitem de assistência para a resolução de situações de instabilidade ou conflito.

13. Quando não existir um ambiente familiar estável e firme e quando os esforços da comunidade para oferecer assistência aos pais, nesse aspecto, tiverem fracassado, e a família numerosa já não puder cumprir essa função, deverá recorrer-se a outras possíveis modalidades de situação familiar, entre elas o acolhimento familiar e a adoção que, na medida do possível, deverão reproduzir um ambiente familiar estável e firme e, ao mesmo tempo, produzir nas crianças um sentimento de permanência, para evitar os problemas relacionados com o “deslocamento” de um lugar a outro.

14. Deverá ser prestada uma atenção especial às crianças de famílias afetadas por problemas originados por mudanças rápidas e desiguais no âmbito econômico, social e cultural, especialmente as crianças de famílias indígenas e imigrantes. Como tais mudanças podem alterar a capacidade social da família para proporcionar a educação e a alimentação tradicional aos filhos, geralmente, como resultado do conflito do papel social e da cultura, será necessário elaborar modalidades inovadoras e socialmente construtivas para a socialização das crianças.

15. Deverão ser adotadas medidas e elaborados programas para dar às famílias a oportunidade de aprender suas funções e obrigações em relação ao desenvolvimento e ao cuidado de seus filhos, para os quais se fomentarão relações positivas entre pais e filhos, sensibilizar-se-ão os pais no que diz respeito aos problemas das crianças e dos jovens e se fomentará a participação dos jovens nas atividades familiares e comunitárias.

16. Os governos deverão adotar medidas para fomentar a união e a harmonia na família e desencorajar a separação dos filhos de seus pais, a não ser quando circunstâncias que afetem o bem-estar e o futuro dos filhos não deixem outra opção.

17. É importante destacar a função de controle social da família e da família numerosa, mas também é igualmente importante reconhecer a função futura, as responsabilidades, a participação e a associação dos jovens na sociedade.

18. Com o objetivo de assegurar o direito das crianças a uma integração social adequada, os governos e outros organismos deverão recorrer às organizações sociais e jurídicas existentes, mas deverão, também, adotar ou facilitar a adoção de medidas inovadoras, quando as instituições e costumes tradicionais já não forem eficazes.

B. Educação

19. Os governos têm a obrigação de facilitar o acesso ao ensino público a todos os jovens.

20. Os sistemas de educação, além de suas possibilidades de formação acadêmica e profissional, deverão dar atenção especial ao seguinte:

a) ensinar os valores fundamentais e fomentar o respeito à identidade própria e às características culturais da criança, aos valores sociais do país em que mora a criança, às civilizações diferentes da sua e aos direitos humanos e liberdades fundamentais;

b) fomentar e desenvolver, o mais possível, a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física dos jovens;

c) conseguir a participação ativa dos jovens no processo educativo, no lugar de serem meros objetos passivos de tal processo;

d) desenvolver atividades que fomentem um sentimento de identidade e integração à escola e à comunidade, como também a compreensão mútua e a harmonia;

e) incentivar os jovens a compreender e a respeitar opiniões e pontos de vista diversos, como também as diferenças culturais e de outra índole;

f) oferecer informação e orientação sobre a formação profissional, as oportunidades de trabalho e as possibilidades de uma profissão;

g) evitar medidas disciplinares severas, particularmente os castigos corporais.

21. Os sistemas de educação deverão tentar trabalhar em cooperação com os pais, com as organizações comunitárias e com os organismos que se ocupam das atividades dos jovens.

22. Deverá ser dada ao jovem informação sobre o ordenamento jurídico e seus direitos e obrigações de acordo com a lei, assim como sobre o sistema de valores universais.

23. Os sistemas de educação deverão cuidar e atender, de maneira especial, aos jovens que estejam em situação de risco social. Deverão ser preparados e utilizados, plenamente, programas de prevenção e materiais didáticos, assim como planos de estudos, critérios e instrumentos especializados.

24. Deverá ser prestada especial atenção na adoção de políticas e estratégias gerais de prevenção do uso indevido de álcool, drogas e outras substâncias por parte dos jovens. Deverá dar-se formação aos professores e outros profissionais e provê-los com meios que possam prevenir e resolver estes problemas. Deverá ser dada aos estudantes informação sobre o emprego e o uso indevido das drogas.

25. As escolas deverão servir como centros de informação e consulta para prestar assistência médica, assessoria e outros serviços aos jovens, sobretudo aos que estiverem especialmente necessitados e forem objeto de maus-tratos, abandono, vitimização e exploração.

26. Serão aplicados diversos programas com o objetivo de que professores e outros adultos possam compreender os problemas, as necessidades e as preocupações dos jovens, especialmente daqueles que pertençam a grupos mais necessitados, menos favorecidos; a grupos de baixa renda e a minorias étnicas ou de outra índole.

27. Os sistemas escolares deverão tratar de promover e alcançar os mais elevados níveis profissionais e educativos, no que diz respeito a programas de estudo, métodos e critérios didáticos e de aprendizagem, contratação e capacitação de pessoal docente. Deverá haver supervisão e avaliação regulares dos resultados, tarefa que se encomendará a organizações e órgãos profissionais competentes.

28. Em cooperação com grupos da comunidade, os sistemas educativos deverão planejar, organizar e desenvolver atividades paralelas ao programa de estudos que forem de interesse para os jovens.

29. Deverá ser prestada ajuda a crianças e jovens que tenham dificuldades para respeitar as normas da assistência, assim como aos que abandonam os estudos.

30. As escolas deverão fomentar a adoção de políticas e normas equitativas e justas; os estudantes estarão representados nos órgãos da administração escolar e nos de adoção de decisões e participarão nos assuntos e procedimentos disciplinares.

C. Comunidade

31. Deverão ser estabelecidos serviços e programas de caráter comunitário ou serem fortalecidos os já existentes, de maneira a que respondam às necessidades, aos interesses e às inquietudes especiais dos jovens e ofereçam a eles e a suas famílias assessoria e orientação adequadas.

32. As comunidades deverão adotar ou reforçar uma série de medidas de apoio, baseadas na comunidade e destinadas a ajudar aos jovens, particularmente centros de desenvolvimento comunitário, instalações e serviços de recreação, visando a fazer frente aos problemas especiais dos jovens expostos a risco social. Essa forma de ajuda deverá ser prestada respeitando os direitos individuais.

33. Deverão ser estabelecidos serviços especiais para dar alojamento adequado aos jovens que não puderem continuar morando em seus lares.

34. Serão organizados diversos serviços e sistemas de ajuda para enfrentar as dificuldades que os jovens experimentam ao passar da adolescência à idade adulta. Entre estes serviços, deverão figurar programas especiais para os jovens toxicômanos, onde será dada a máxima importância aos cuidados, ao assessoramento, à assistência e às medidas de caráter terapêutico.

35. Os governos e outras instituições deverão dar apoio financeiro e de outra natureza às organizações voluntárias que ofereçam serviços aos jovens.

36. No plano local, deverão ser criadas ou reforçadas as organizações juvenis que participem plenamente na gestão dos assuntos comunitários. Estas organizações deverão animar os jovens a organizar projetos coletivos e voluntários, particularmente aqueles cuja finalidade seja a de prestar ajuda aos jovens necessitados.

37. Os organismos governamentais deverão assumir, especialmente, a responsabilidade do cuidado das crianças sem lar (meninos de rua) e organizar os serviços que estes necessitem. As informações sobre serviços locais, alojamento, trabalho e outras formas e fontes de ajuda deverão ser facilmente acessíveis aos jovens.

38. Deverá ser organizada uma grande variedade de instalações e serviços recreativos de especial interesse para os jovens, aos quais estes tenham fácil acesso.

D. Meios de Comunicação

39. Os meios de comunicação deverão certificar-se de que a criança tem acesso à informação e aos materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais.

40. Os meios de comunicação deverão ser incentivados a divulgarem a contribuição positiva dos jovens à sociedade.

41. Deverão ser incentivados os meios de comunicação a difundirem informação relativa à existência de serviços, instalações e oportunidades destinados aos jovens dentro da sociedade.

42. Deverá ser solicitado aos meios de comunicação em geral, e à televisão e ao cinema em particular, que reduzam o nível de violência nas suas mensagens e que dêem uma imagem desfavorável da violência e da exploração, evitando apresentações degradantes das crianças, da mulher e das relações interpessoais, fomentando, ao contrário, os princípios e as atividades de caráter comunitário.

43. Os meios de comunicação deverão ter consciência da importância de sua função e responsabilidade, assim como de sua influência nas comunicações relacionadas com o uso indevido de drogas entre os jovens. Deverão utilizar seu poder para prevenir o uso indevido de drogas, através de mensagens coerentes difundidas equilibradamente. Campanhas eficazes de luta contra as drogas deverão ser fomentadas, nos níveis primário, secundário e terciário.

V – POLÍTICA SOCIAL

44. Os organismos governamentais deverão dar a máxima prioridade aos planos e programas dedicados aos jovens e proporcionar fundos suficientes e recursos de outro tipo para a prestação de serviços eficazes, proporcionando, também, as instalações e a mão-de-obra para oferecer serviços adequados de assistência médica, saúde mental, nutrição, moradia e os demais serviços necessários, particularmente a prevenção e o tratamento do uso indevido de drogas, além de terem a certeza de que esses recursos chegarão aos jovens e serão realmente utilizados em seu benefício.

45. Só em último caso os jovens deverão ser internados em instituições e pelo mínimo espaço de tempo necessário, e deverá se dar a máxima importância aos interesses superiores do jovem. Os critérios para a autorização de uma intervenção oficial desta natureza deverão ser definidos estritamente e limitados às seguintes situações:

a) quando a criança ou o jovem tiver sofrido lesões físicas causadas pelos pais ou tutores;

b) quando a criança ou jovem tiver sido vítima de maus-tratos sexuais, físicos ou emocionais por parte dos pais ou tutores;

c) quando a criança ou o jovem tiver sido descuidado, abandonado ou explorado pelos pais ou tutores; e

d) quando a criança ou o jovem se ver ameaçado por um perigo físico ou moral devido ao comportamento dos pais ou tutores.

46. Os organismos governamentais deverão dar ao jovem a oportunidade de continuar sua educação de tempo completo, financiada pelo Estado quando os pais não tiverem condições materiais para isso, e dar também a oportunidade de adquirir experiência profissional.

47. Os programas de prevenção da delinquência deverão ser planejados e executados com base em conclusões confiáveis que sejam o resultado de uma pesquisa científica e, periodicamente, deverão ser revisados, avaliados e readaptados de acordo com essas conclusões.

48. Deverá ser difundida, entre a comunidade profissional e o público em geral, informação sobre o tipo de comportamento ou de situação que se traduza, ou possa ser traduzida, em vitimização, danos e maus-tratos físicos e psicológicos aos jovens.

49. A participação em todos os planos e programas deverá geralmente ser voluntária. Os próprios jovens deverão intervir na sua formulação, desenvolvimento e execução.

VI – LEGISLAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA

50. Os governos deverão promulgar e aplicar leis e procedimentos especiais para fomentar e proteger os direitos e o bem-estar de todos os jovens.

51. Deverá ser promulgada e aplicada uma legislação que proíba a vitimização, os maus-tratos e a exploração das crianças e dos jovens.

52. Nenhuma criança ou jovem deverá ser objeto de medidas severas ou degradantes de correção ou castigo no lar, na escola ou em qualquer outra instituição.

53. Deverão ser adotadas e aplicadas leis que regulamentem e controlem o acesso das crianças e jovens às armas de qualquer tipo.

54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.

55. Poderá ser considerada a possibilidade de se estabelecer um escritório de “proteção da infância e da adolescência” (ombudsman) ou um escritório análogo independente que garanta o respeito da condição jurídica, dos direitos e dos interesses dos jovens e, também, a possibilidade de remeter casos aos serviços disponíveis. Do mesmo modo, deverão ser estabelecidos serviços de defesa jurídica da criança.

56. O pessoal, de ambos os sexos, da Polícia e de outros órgãos de Justiça deverão ser capacitados para atender às necessidades especiais dos jovens; essa equipe deverá estar familiarizada com os programas e as possibilidades de remessa a outros serviços e recorrer a eles sempre que possível, com o objetivo de evitar que os jovens sejam levados ao sistema de Justiça penal.

57. Leis deverão ser promulgadas e aplicadas, estritamente, para proteger os jovens do uso indevido das drogas e de seus traficantes.

VII – PESQUISA, ADOÇÃO DE POLÍTICAS E COORDENAÇÃO

58. Esforços deverão ser feitos para fomentar a interação e coordenação, de caráter multidisciplinar e interdisciplinar, entre os distintos setores; e, dentro de cada setor, dos organismos e serviços econômicos, sociais, educativos e de saúde, do sistema judiciário, dos organismos dedicados aos jovens, à comunidade e ao desenvolvimento e de outras instituições pertinentes, e deverão ser estabelecidos os mecanismos apropriados para tal efeito.

59. Deverá ser intensificado, no plano nacional, regional e internacional, o intercâmbio de informações, experiências e conhecimentos técnicos obtidos graças a projetos, programas, práticas e iniciativas relacionadas com a delinquência juvenil, a prevenção da delinquência e a Justiça da Infância e da Adolescência.

60. Deverá ser promovida e intensificada a cooperação regional e internacional nos assuntos relativos à delinquência juvenil, à prevenção da delinquência e à Justiça da Infância e da Adolescência, com a participação de profissionais, especialistas e autoridades.

61. Todos os governos, o sistema das Nações Unidas e outras organizações interessadas deverão apoiar firmemente a cooperação técnica e científica nos assuntos práticos relacionados com a adoção de políticas, particularmente nos projetos experimentais, de capacitação e demonstração, sobre questões concretas relativas à prevenção da delinquência juvenil e de delitos cometidos por jovens.

62. Deverá ser incentivada a colaboração nas atividades de pesquisa científica sobre as modalidades eficazes de prevenção da delinquência juvenil e dos delitos cometidos por jovens; e suas conclusões deverão ser objeto de ampla difusão e avaliação.

63. Os órgãos, organismos e escritórios competentes das Nações Unidas deverão manter uma estreita colaboração e coordenação nas distintas questões relacionadas com as crianças, a Justiça da Infância e da Adolescência, e a prevenção da delinquência juvenil e dos delitos cometidos por jovens.

64. Com base nessas Diretrizes, as Nações Unidas, em cooperação com as instituições interessadas, deverão desempenhar um papel ativo na pesquisa, na colaboração científica, na formulação de opções de política e no exame e na supervisão de sua aplicação e, também, servir de fonte de informação fidedigna sobre as modalidades eficazes de prevenção da delinquência.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRAS DE BEIJING)

PRIMEIRA PARTE

PRINCÍPIOS GERAIS

1. ORIENTAÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1. Os Estados-Membros procurarão, em consonância com seus respectivos interesses gerais, promover o bem-estar da criança e do adolescente e de sua família.

1.2. Os Estados-Membros se esforçarão para criar condições que garantam à criança e ao adolescente uma vida significativa na comunidade, fomentando, durante o período de idade em que ele é mais vulnerável a um comportamento desviado, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação o mais isento possível do crime e da delinquência.

1.3. Conceder-se-á a devida atenção à adoção de medidas concretas que permitam a mobilização de todos os recursos disponíveis, com a inclusão da família, de voluntários e de outros grupos da comunidade, bem como da escola e de demais instituições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar da criança e do adolescente, reduzir a necessidade da intervenção legal e tratar de modo efetivo, eqüitativo e humano a situação de conflito com a lei.

1.4. A Justiça da Infância e da Juventude será concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e deverá ser administrada no marco geral de justiça social para todos os jovens, de maneira que contribua ao mesmo tempo para a sua proteção e para a manutenção da paz e da ordem na sociedade.

1.5. As presentes regras se aplicarão segundo o contexto das condições econômicas, sociais e culturais que predominem em cada um dos Estados-Membros.

1.6. Os serviços da Justiça e da Infância e da Juventude se aperfeiçoarão e se coordenarão sistematicamente com vistas a elevar e manter a competência de seus funcionários, os métodos, enfoques e atitudes adotadas.

2. ALCANCE DAS REGRAS E DEFINIÇÕES UTILIZADAS

2.1. As regras mínimas uniformes que se enunciam a seguir se aplicarão aos jovens infratores com imparcialidade, sem distinção alguma, por exemplo, de raça,

cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

2.2. Para os fins das presentes regras, os Estados-Membros aplicarão as definições seguintes, de forma compatível com seus respectivos sistemas e conceitos jurídicos:

a) jovem é toda criança ou adolescente que, de acordo com o sistema jurídico respectivo, pode responder por uma infração de forma diferente da do adulto;

b) infração é todo comportamento (ação ou omissão) penalizado com a lei, de acordo com o respectivo sistema jurídico;

c) *jovem infrator* é aquele a quem se tenha imputado o cometimento de uma infração ou que seja considerado culpado do cometimento de uma infração.

2.3. Em cada jurisdição nacional, procurar-se-á promulgar um conjunto de leis, normas e disposições aplicáveis especificamente aos jovens infratores, assim como aos órgãos e instituições encarregados das funções de administração da Justiça da Infância e da Juventude, com a finalidade de:

a) satisfazer as diversas necessidades dos jovens infratores, e ao mesmo tempo proteger seus direitos básicos;

b) satisfazer as necessidades da sociedade;

c) aplicar cabalmente e com justiça as regras que se enunciam a seguir.

3. AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS REGRAS

3.1. As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.

3.2. Procurar-se-á estender o alcance dos princípios contidos nas regras a todos os jovens compreendidos nos procedimentos relativos à atenção à criança e ao adolescente e a seu bem-estar.

3.3. Procurar-se-á também estender o alcance dos princípios contidos nas regras aos infratores adultos jovens.

4. RESPONSABILIDADE PENAL

4.1. Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá se fixar numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.

5. OBJETIVOS DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

5.1. O sistema de Justiça da Infância e da Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração.

6. ALCANCE DAS FACULDADES DISCRICIONÁRIAS

6.1. Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente

para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões.

6.2. Procurar-se-á, não obstante, garantir a devida competência em todas as fases e níveis no exercício de quaisquer dessas faculdades discricionárias.

6.3. Quem exercer tais faculdades deverá estar especialmente preparado ou capacitado para fazê-lo judiciosamente e em consonância com suas respectivas funções e mandatos.

7. DIREITOS DOS JOVENS

7.1. Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

8. PROTEÇÃO DA INTIMIDADE

8.1. Para evitar que a publicidade indevida ou o processo de difamação prejudiquem os jovens, respeitar-se-á, em todas as etapas, seu direito à intimidade.

8.2. Em princípio, não se publicará nenhuma informação que possa dar lugar à identificação de um jovem infrator.

9. CLÁUSULA DE SALVAGUARDA

Nenhuma disposição das presentes regras poderá ser interpretada no sentido de excluir os jovens do âmbito da aplicação das Regras Mínimas Uniformes para o Tratamento dos Prisioneiros, aprovadas pelas Nações Unidas, e de outros instrumentos e normas relativos ao cuidado e à proteção dos jovens reconhecidos pela comunidade internacional.

SEGUNDA PARTE

INVESTIGAÇÃO E PROCESSAMENTO

10. PRIMEIRO CONTATO

10.1. Sempre que um jovem for apreendido, a apreensão será notificada imediatamente a seus pais ou tutor e, quando não for possível tal notificação imediata, será notificada aos pais ou tutor no mais breve prazo possível.

10.2. O juiz, funcionário ou organismo competentes examinarão sem demora a possibilidade de pôr o jovem em liberdade.

10.3. Os contatos entre os órgãos encarregados de fazer cumprir a lei e o jovem infrator serão estabelecidos de modo a que seja respeitada a sua condição jurídica, promova-se o seu bem-estar e evite-se que sofra dano, resguardando-se devidamente as circunstâncias do caso.

11. REMISSÃO DOS CASOS

11.1. Examinar-se-á a possibilidade, quando apropriada, de atender os jovens infratores sem recorrer às autoridades competentes, mencionadas na regra 14.1., adiante, para que os julgam oficialmente.

11.2. A polícia, o ministério público e outros organismos que se ocupem de jovens infratores terão a faculdade de arrolar tais casos sob sua jurisdição, sem necessidade de procedimentos formais, de acordo com critérios estabelecidos com esse propósito nos respectivos sistemas jurídicos e também em harmonia com os princípios contidos nas presentes regras.

11.3. Toda remissão que signifique encaminhar o jovem a instituições da comunidade ou de outro tipo dependerá do consentimento dele, de seus pais ou tutores; entretanto, a decisão relativa à remissão do caso será submetida ao exame de uma autoridade competente, se assim for solicitado.

11.4. Para facilitar a tramitação jurisdicional dos casos de jovens, procurar-se-á proporcionar à comunidade programas tais como orientação e supervisão temporária, restituição e compensação das vítimas.

12. ESPECIALIZAÇÃO POLICIAL

12.1. Para melhor desempenho de suas funções, os policiais que tratem freqüentemente ou de maneira exclusiva com jovens ou que se dediquem fundamentalmente à prevenção de delinqüência de jovens receberão instrução e capacitação especial. Nas grandes cidades, haverá contingentes especiais de polícia com essa finalidade.

13. PRISÃO PREVENTIVA

13.1. Só se aplicará a prisão preventiva como último recurso e pelo menor prazo possível.

13.2. Sempre que possível, a prisão preventiva será substituída por medidas alternativas, como a estrita supervisão, custódia intensiva ou colocação junto a uma família ou em lar ou instituição educacional.

13.3. Os jovens que se encontrem em prisão preventiva gozarão de todos os direitos e garantias previstos nas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovadas pelas Nações Unidas.

13.4. Os jovens que se encontrem em prisão preventiva estarão separados dos adultos e recolhidos a estabelecimentos distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja detentos adultos.

13.5. Enquanto se encontrem sob custódia, os jovens receberão cuidados, proteção e toda assistência - social, educacional, profissional, psicológica, média e física que requeiram, tendo em conta sua idade, sexo e características individuais.

TERCEIRA PARTE

DECISÃO JUDICIAL E MEDIDAS

14. AUTORIDADE COMPETENTE PARA DECIDIR

14.1. Todo jovem infrator, cujo caso não tenha sido objeto de remissão (de acordo com a regra 11), será apresentado à autoridade competente (juizado, tribunal, junta, conselho etc.), que decidirá de acordo como os princípios de um processo imparcial e justo.

14.2. Os procedimentos favorecerão os interesses do jovem e serão conduzidos numa atmosfera de compreensão, que lhe permita participar e se expressar livremente.

15. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E DIREITOS DOS PAIS E TUTORES

15.1. O jovem terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país.

15.2. Os pais ou tutores terão direito de participar dos procedimentos e a autoridade competente poderá requerer a sua presença no interesse do jovem. Não obstante, a autoridade competente poderá negar a participação se existirem motivos para presumir que a exclusão é necessária aos interesses do jovem.

16. RELATÓRIOS DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL

16.1. Para facilitar a adoção de uma decisão justa por parte da autoridade competente, a menos que se tratem de infrações leves, antes da decisão definitiva será efetuada uma investigação completa sobre o meio social e as circunstâncias de vida do jovem e as condições em que se deu a prática da infração.

17. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DECISÃO JUDICIAL E DAS MEDIDAS

17.1. A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios:

a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade;

b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível;

c) não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;

d) o bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.

17.2. A pena capital não será imposta por qualquer crime cometido por jovens.

17.3. Os jovens não serão submetidos a penas corporais.

17.4. A autoridade competente poderá suspender o processo em qualquer tempo.

18. PLURALIDADE DAS MEDIDAS APLICÁVEIS

18.1. Uma ampla variedade de medidas deve estar à disposição da autoridade competente, permitindo a flexibilidade e evitando ao máximo a institucionalização.

Tais medidas, que podem algumas vezes ser aplicadas simultaneamente, incluem:

- a) determinações de assistência, orientação e supervisão;
- b) liberdade assistida;
- c) prestação de serviços à comunidade;
- d) multas, indenizações e restituições;
- e) determinação de tratamento institucional ou outras formas de tratamento;
- f) determinação de participar em sessões de grupo e atividades similares;
- g) determinação de colocação em lar substituto, centro de convivência ou outros estabelecimentos educativos;
- h) outras determinações pertinentes.

18.2. Nenhum jovem será excluído, total ou parcialmente, da supervisão paterna, a não ser que as circunstâncias do caso o tornem necessário.

19. CARÁTER EXCEPCIONAL DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

19.1. A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível.

20. PREVENÇÃO DE DEMORAS DESNECESSÁRIAS

20.1. Todos os casos tramitarão, desde o começo, de maneira expedita e sem demoras desnecessárias.

21. REGISTROS

21.1. Os registros de jovens infratores serão de caráter estritamente confidencial e não poderão ser consultados por terceiros. Só terão acesso aos arquivos as pessoas que participam diretamente da tramitação do caso ou outras pessoas devidamente autorizadas.

21.2. Os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subseqüentes que envolvam o mesmo infrator.

22. NECESSIDADE DE PROFISSIONALISMO E CAPACITAÇÃO

22.1. Serão utilizados a educação profissional, o treinamento em serviço, a reciclagem e outros meios apropriados de instrução para estabelecer e manter a necessária competência profissional de todo o pessoal que se ocupa dos casos de jovens.

22.2. O quadro de servidores da Justiça e da Infância e da Juventude deverá refletir as diversas características dos jovens que entram em contato com o sistema. Procurar-se-á garantir uma representação eqüitativa de mulheres e minorias nos órgãos da Justiça e da Infância e da Juventude.

QUARTA PARTE

TRATAMENTO EM MEIO ABERTO

23. EXECUÇÃO EFETIVA DAS MEDIDAS

23.1. Serão adotadas disposições adequadas para o cumprimento das determinações ditadas pela autoridade competente, mencionadas na regra 14.1, por essa mesma autoridade ou por outra diferente, se as circunstâncias assim o exigirem.

23.2. Tais dispositivos incluirão a faculdade da autoridade competente para modificar periodicamente as determinações segundo considere adequado, desde que a modificação se pautar pelos princípios enunciados nestas regras.

24. PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA NECESSÁRIA

24.1. Procurar-se-á proporcionar aos jovens, em todas as etapas dos procedimentos, assistência em termos de alojamento, ensino e capacitação profissional, emprego ou qualquer outra forma de assistência útil e prática para facilitar o processo de reabilitação.

25. MOBILIZAÇÃO DE VOLUNTÁRIOS E OUTROS SERVIÇOS COMUNITÁRIOS

25.1. Os voluntários, as organizações voluntárias, as instituições locais e outros recursos da comunidade serão chamados a contribuir eficazmente para a reabilitação do jovem num ambiente comunitário e, tanto quanto possível, na unidade familiar.

QUINTA PARTE

TRATAMENTO INSTITUCIONAL

26. OBJETIVOS DO TRATAMENTO INSTITUCIONAL

26.1. A capacitação e o tratamento dos jovens colocados em instituições têm por objetivo assegurar seu cuidado, proteção, educação e formação profissional para permitir-lhes que desempenhem um papel construtivo e produtivo na sociedade.

26.2. Os jovens institucionalizados receberão os cuidados, a proteção e toda a assistência necessária - social, educacional, profissional, psicológica, médica e física que requeiram devido à sua idade, sexo e personalidade e no interesse do desenvolvimento sadio.

26.3. Os jovens institucionalizados serão mantidos separados dos adultos e serão detidos em estabelecimentos separados ou em partes separadas de um estabelecimento em que estejam detidos adultos.

26.4. A jovem infratora institucionalizada merece especial atenção no que diz respeito às suas necessidades e problemas pessoais. Em nenhum caso receberá

menos cuidado, proteção, assistência, tratamento e capacitação que o jovem do sexo masculino. Será garantido seu tratamento eqüitativo.

26.5. No interesse e para o bem-estar do jovem institucionalizado, os pais e tutores terão direito de acesso às instituições.

26.6. Será estimulada a cooperação interministerial e interdepartamental para proporcionar adequada formação educacional ou, se for o caso, profissional ao jovem institucionalizado, para garantir que, ao sair, não esteja em desvantagem no plano da educação.

27. APLICAÇÃO DAS REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DOS PRISIONEIRO, APROVADAS PELAS NAÇÕES UNIDAS

27.1. Em princípio, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros e as recomendações conexas serão aplicáveis, sempre que for pertinente, ao tratamento dos jovens infratores institucionalizados, inclusive os que estiverem em prisão preventiva.

27.2. Deverão ser feitos esforços para implementar os princípios relevantes das mencionadas Regras Mínimas na maior medida possível, para satisfazer as necessidades específicas do jovem quanto à sua idade, sexo e personalidade.

28. USO FREQUENTE E IMEDIATO DA LIBERDADE CONDICIONAL

28.1. A liberdade condicional da instituição será utilizada pela autoridade pertinente na maior medida possível e será concedida o mais cedo possível.

28.2. O jovem liberado condicionalmente de uma instituição será assistido e supervisionado por funcionário designado e receberá total apoio da comunidade.

29. SISTEMAS SEMI-INSTITUCIONAIS

29.1. Procurar-se-á estabelecer sistemas semi-institucionais, como casas de semiliberdade, lares educativos, centros de capacitação diurnos e outros sistemas apropriados que possam facilitar a adequada reintegração dos jovens na sociedade.

SEXTA PARTE

PESQUISA, PLANEJAMENTO E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS E AVALIAÇÃO

30. A PESQUISA COMO BASE DO PLANEJAMENTO E DA FORMULAÇÃO E AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS

30.1. Procurar-se-á organizar e fomentar as pesquisas necessárias como base do efetivo planejamento e formulação de políticas.

30.2. Procurar-se-á revisar e avaliar periodicamente as tendências, os problemas e causas da delinqüência e da criminalidade de jovens, assim como as diversas necessidades particulares do jovem sob custódia.

30.3. Procurar-se-á estabelecer regularmente um mecanismo de avaliação e pesquisa no sistema de administração da Justiça e da Infância e da Juventude, e coletar e analisar os dados e a informação pertinentes com vistas à devida avaliação e ao aperfeiçoamento do sistema.

30.4. A prestação de serviços na administração da Justiça da Infância e da Juventude será sistematicamente planejada e executada como parte integrante dos esforços de desenvolvimento nacional.

