Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume 18 | n. 2 (especial) | 2023 | seer.ufrgs.br/ppgdir

NORMAS COMUNS PARA A IBERO-AMÉRICA (TERCEIRA PARTE)

METODOLOGIA E PARTICIPANTES

METODOLOGÍA Y PARTICIPANTES

Gonzalo Berríos Díaz*

* Bacharel em Direito (U. do Chile) e mestre em Direito Penal e Processo Penal (Universidade Diego Portales). Professor de Direito Penal, Universidade do Chile. Publicações selecionadas: "Quatro considerações sobre direito penal juvenil e direitos da criança", no Ministério Público da Defesa. Defensoria Geral da Nação: Defesa pública: garantia de acesso à justiça, 1a Ed., Defensoria Geral da Nação, Buenos Aires, 2008; "A lei de responsabilidade penal do adolescente como sistema de justiça: Análise e propostas", Política Criminal, 2011; "O direito à defesa criminal e a Convenção sobre os Direitos da Criança: um requisito de especialização", em Musa, Laura: Uma dívida pendente na cidade de Buenos Aires: justiça penal especializada para menores de idade, 1a Ed., Eudeba, Buenos Aires, 2012.

** Doutora em Direito (U. Pontificia Comillas de Madrid, Espanha), especialista universitária em Criminologia (U. Complutense de Madrid, Espanha). Professora de Direito Penal na Universidade Pontifícia Comillas. Pesquisadora da Cátedra Santander de Direitos da Criança da Universidade Pontifícia Comillas. Publicações selecionadas: Os menores no Direito espanhol (em coautoria; Lázaro González, Coord.), Tecnos, Madrid, 2002; Questões relevantes na aplicação da Lei Orgânica Nº 5/2000, sobre responsabilidade penal de menores (em coautoria; Díez Riaza, Coord.), Comillas/Conselho Geral da Magistratura/Defensor de Menores a Comunidade de Madrid, Madrid, 2004;

Proteção jurídica de menores contra a violência (em coautoria: Martínez García, Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017; A vitimização sexual de menores no Código Penal espanhol e na política criminal internacional, Dykinson, Madrid, 2019.

*** Doutor em Direito (U. Ablo de Olavide, Espanha). Professor de Direito Penal Juvenil na Universidade Diego Portales (Chile). Pesquisador afiliado da Cátedra Santander de Direitos da Criança, Universidade Pontifícia Comillas. Presidente da Fundação Ibero-Americana pelos Direitos da Criança e da Família, CIDENI. Publicações selecionadas: "O interesse superior da criança no âmbito da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança", em Emilio García Méndez e Mary Beloff (comp.), Infância, lei e democracia na América Latina, Santa Fé de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, 1988, volume I; "Infância, autonomia e direitos: uma questão de princípios", em Unicef-IIN, Direito a ter direitos, volume IV, Montevidéu, 1999; "Proporcionalidade e finalidades da sanção penal a adolescentes: considerações para a aplicação do critério de adequação da sanção", em AA.VV., Estudos de direito penal juvenil I, Centro de Documentação, Defensoria Penal Pública, Santiago, 2009.

**** Doutora em Direito (U. Autônoma de Tlaxcala), mestre em Sistemas Penais Comparados e Problemas Sociais (U. de Barcelona e Universidade Autônoma de Tlaxcala). Professora-pesquisadora do Instituto Nacional de Ciências Penais (Inacipe, México) e professora competitiva da Universidade Nacional Autônoma do México. Publicações selecionadas: A execução das medidas aplicadas aos adolescentes infratores: uma abordagem às garantias, Inacipe, México, 2013; Devido processo e justiça para adolescentes: Análise a partir da Nova Lei Nacional do Sistema Integral de Justiça Penal para Adolescentes, Inacipe, México, 2016-2017.

***** Doutor em Direito (U. de Sevilha), professor de Direito Penal da Universidade Diego Portales (Chile) e pesquisador do Centro Ibero-Americano dos Direitos da Criança (CIDENI). Magdalene Schoch-Fellow, Universidade de Hamburgo. Bolsista de pós-doutorado da Fundação Alexander von Humboldt e da Comissão Fulbright. Publicações selecionadas: Fundamentos do Direito Penal da culpabilidade. História, teoria e metodologia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; Julgamento penal de adolescentes (em coautoria com Mauricio

Myriam Cabrera Martín[**]
Miguel Cillero Bruñol[***]
Sofía Cobo Téllez[****]
Jaime Couso Salas[*****]
Iván Meini Méndez[******]
Karyna Batista Sposato[********]
Carlos Tiffer Sotomayor[*********]
Luis Vial Recabarren[**********]

METODOLOGIA E PARTICIPANTES

Duce), LOM, Santiago, 2013; Intervenção criminal em contextos organizados (Co-editores: Couso/Werle), Tirant lo Blanch, Valência, 2017.

****** Doutor em Direito (U. de Cádiz), docente ordinário principal de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Peru. Pesquisador visitante na Universidade de Fribourg, no Instituto Max Planck, Freiburg, e na Universidade de Göttingen, Alemanha, e professor visitante na Universidade de Cádiz. Publicações selecionadas: Responsabilidade penal do empregador pelos atos cometidos por seus subordinados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; A autoria mediata: o caso Fujimori (Editores: Ambos/Meini), ARA Editores EIRL, Lima, 2010; Lições de Direito Penal, Parte Geral: teoria jurídica do crime, Fundo Editorial da PUCP, Lima, 2014.

******** Doutora em Direito (U. Federal da Bahia) e mestre em Direito (U. de São Paulo), professora adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Foi pesquisadora da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas e diretora executiva do Escritório Brasileiro do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas (Ilanud). Publicações selecionadas: O Direito Penal Juvenil, Editora Revista dos Tribunais, 2006; Direito Penal de Adolescentes – Elementos para uma Teoria Garantista, Editora Saraiva, 2013; Justiça Juvenil Restaurativa e Novas Formas de Solução de Conflitos, Editora CLA, 2018.

********* Legum Magister (Albert-Ludwigs-Uni., Freiburg) e doutor em Direito (Ernst-Moritz-Arndt-Univ., Greifswald), professor de Direito Penal na Universidade da Costa Rica, Mestre em Ciências Penais. Prêmio Juvenile Justice without Borders, concedido pelo International Juvenile Justice Observatory (IJJO). Publicações selecionadas: A sanção penal juvenil e suas alternativas na Costa Rica (em coautoria com Javier Llobet), Unicef, Ilanud e Comissão Europeia, San José-Costa Rica, 1999; Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksientigung von Costa Rica, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2000; Direito Penal Juvenil (em coautoria com Javier Llobet e Frieder Dünkel), Ilanud, DAAD, San José, Costa Rica, 2002; Lei de Justiça Penal Juvenil. Comentada e aprovada, 3ª edição, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2011.

********** Mestre em Ciências Sociais (Ehess-Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Marcella), pesquisador do Centro Ibero-Americano dos Direitos da Criança (Cideni), professor da Escola de Sociologia da Universidade Diego Portales. Foi chefe da Divisão de Estudos da Subsecretaria de Prevenção ao Crime, Chile. Publicações selecionadas: "A insegurança cidadã e a participação", em Enrique Correa e Marcela Noé (Editores), Noções de uma cidadania que cresce, FLACSO, Santiago, 1998; "Boomerang: Seeking to Reform Pretrial Detention Practices in Chile" (em coautoria com Verónica Venegas), em Justice Initiatives: Pretrial Detention. New York: Open Society Institute, 2008; 3 anos de vigência Lei de responsabilidade penal do adolescente. 8 de junho de 2007 a 7 de junho de 2010 (em coautoria com Gonzalo Berríos), Defensoria Penal Pública-Unicef, Santiago, 2011.

As *Normas Comuns para a Ibero-América sobre Determinação e Revisão Judicial de Sanções Penais para Adolescentes* foram elaboradas, conforme observado (*supra*, Introdução), por um grupo de especialistas em justiça juvenil de vários países, que formou um *Grupo Ibero-americano de Estudos sobre Justiça Juvenil*, em diálogo com um grupo mais amplo de especialistas e profissionais de justiça juvenil de vários países ibero-americanos.

O objetivo do projeto era "propor um conjunto de padrões comuns para a Ibero-América em termos de determinação e revisão judicial de sanções penais para adolescentes, com base nos princípios e padrões do direito internacional sobre os direitos da criança, e considerando as experiências, tensões e áreas problemáticas dos seus respectivos sistemas jurídicos, com o objetivo de contribuir para o aprimoramento da legislação, da jurisprudência e da prática judicial."

O projeto considerou duas fases de desenvolvimento, com várias metodologias de trabalho:

a) De janeiro a outubro de 2018, foi realizada uma investigação de direito comparado sobre a regulação e, em certa medida, a prática judicial de seis países ibero-americanos, no que diz respeito à determinação e revisão judicial de sanções penais para adolescentes. O método privilegiado foi a constituição de um "círculo de peritos nacionais", que preparava cada um dos seis *relatórios nacionais* com base num formulário de análise comum, que postulava um conjunto de dez *problemas* ou *tensões* dos sistemas de determinação de sanções penais para adolescentes, apresentadas como hipótese de trabalho e organizadas em quatro grandes *focos problemáticos* (*infra*, Anexos).

A seleção dos países escolhidos para o estudo comparativo procurou refletir a diversidade de áreas geográficas do espaço Ibero-Americano (Península Ibérica, América Central e do Norte, Cone Sul e Região Andina), de comunidades linguísticas (de língua Espanhol e Português), de inspiração doutrinal, dos sistemas de justiça juvenil (mais ou menos centrados em objetivos educativos, ou numa resposta proporcional à gravidade da infração), e em relação ao tipo de desafios ou fase de implementação dos seus sistemas de justiça juvenil (mais sistemas

consolidados, ou instalados mais recentemente; recentemente renovados, ou que estão planejando ser renovados).

Além disso, três especialistas foram responsáveis pela elaboração de três *estudos temáticos* referentes, respectivamente, à regulamentação internacional existente sobre a matéria, à regulamentação e jurisprudência alemãs sobre a imposição da privação de liberdade juvenil, e à regulamentação e prática processual sobre a introdução e avaliação de informações pessoais sobre o adolescente, no sistema de justiça juvenil dos Estados Unidos da América. Paralelamente, um especialista da área das ciências sociais contribuiu com um primeiro exercício de recolha da informação empírica disponível sobre a prática sancionatória dos países incluídos no estudo, refletindo também sobre os desafios que permanecem para melhorar a sua qualidade e relevância.

Esta primeira fase concluiu com a celebração de uma conferência internacional,[1] na qual cinco painéis de especialistas discutiram os resultados dos vários relatórios nacionais e abriram o debate sobre padrões desejáveis, para resolver os problemas identificados por tais relatórios, tendo em conta os contributos adicionais fornecidos pelas normas internacionais, estudos temáticos e "boas práticas" ou disposições legais ou institucionais identificadas em alguns dos próprios relatórios nacionais. A conferência foi encerrada, dirigida a especialistas, e a metodologia considerou o seu compromisso de avançar no estudo dos relatórios e estudos temáticos, e o seu registo para fazer comentários que deveriam ser apresentados nos vários painéis em que o debate foi organizado. Além disso, a organização da conferência colocou à disposição deste grupo de especialistas uma bibliografia especializada recomendada sobre proporcionalidade de sanções penais, com referências particulares ao caso dos adolescentes. O acesso a todos esses insumos para o debate foi facilitado pela criação de um grupo de pesquisa privado na plataforma *Mendeley*, associado a uma biblioteca completa do evento, ao qual foi oferecido acesso a todos os especialistas convidados, dois meses antes da conferência.

[1] I Conferência Ibero-Americana sobre os Direitos da Criança: Determinação e revisão judicial de sanções a adolescentes. Rumo a uma regulamentação modelo para a Ibero-América, Santiago do Chile, 18 e 19 de outubro de 2018, organizado pelo Centro Ibero-Americano dos Direitos da Criança (Cideni).

b) De outubro de 2018 a junho de 2019, foi debatida e elaborada a proposta de *Normas Comuns para a Ibero-América* que aqui se apresenta. A metodologia, neste caso, combinou: (i) um debate técnico entre um grupo mais amplo de especialistas, formado pelos participantes da própria I Conferência Ibero-Americana, em torno dos mesmos focos problemáticos que orientaram a produção dos relatórios nacionais, que resultou em uma série de "perguntas norteadoras" abordadas por cinco painéis de discussão, em dois dias de trabalho, que resultaram em uma série de propostas preliminares cadastradas por uma coordenação técnica; (ii) a elaboração de um primeiro rascunho de Normas pela coordenação técnica, com base nas propostas constantes daquele relatório dos debates produzidos durante a I Conferência; (iii) um extenso processo de revisão, discussão e reformulação do documento Normas, pelo Grupo Ibero-Americano de Estudos sobre Justiça Juvenil, integrado pelos autores dos relatórios nacionais e estudos temáticos, juntamente com mais cinco especialistas de três dos países considerados no projeto, uma discussão que funcionou com base em sucessivos processos de consulta e recepção de observações e propostas alternativas àquelas do primeiro projeto, propostas que foram discutidas e votadas, dando origem a novas versões das Normas, cada vez mais refinado e representativo das posições do Grupo, e iv) uma consulta específica sobre a utilização de relatórios técnicos e o papel das equipes técnicas na informação sobre as *circunstâncias do adolescente*, na justiça juvenil espanhola, no âmbito de uma jornada de especialistas organizada com esse objetivo preciso.[2]

O resultado deste processo é o documento de *Normas* que é apresentado nesta terceira parte do livro e que foi assinado por todo o Grupo de Estudos. Esta versão definitiva reflete um amplo consenso entre especialistas que, no entanto, em relação a algumas questões importantes relativas à justiça juvenil, partem de concepções relativamente diversas, ou que trabalham em países cujos sistemas de justiça juvenil, em alguns casos, se baseiam em orçamentos normativos ou em instituições largamente divergentes. Isto explica por que, por vezes, algumas das *normas*

[2] Encontro de Peritos em Justiça Juvenil: Avaliação da situação pessoal e social do menor na seleção da medida, Madrid, 19 de fevereiro de 2019, organizado pela Cátedra Santander de Direitos da Criança da Pontifícia Universidade Comillas e Cideni.

propostas não são redigidas em termos conclusivos, mas estão abertas a soluções alternativas, ou propõem a sua aplicação apenas quando o contexto jurídico ou institucional é relevante. Adicionalmente, algumas normas refletem uma certa solução de compromisso, naturalmente sempre considerada aceitável por cada membro do Grupo de Estudos, sem prejuízo de alguns investigadores terem defendido opiniões ligeiramente matizadas, o que não afetou essencialmente cada acordo. Nessa medida, cada membro reservou-se o direito de continuar a participar no debate que as Normas pretendem promover, defendendo, quando apropriado, aquelas nuances que não foram integralmente incluídas na redação de algumas das normas.

Como foi observado, ao longo das diversas fases e atividades do projeto foram muitas as pessoas que contribuíram com a sua *expertise* para o debate que resultou nas Normas Comuns para a Ibero-América, e é corresponde mencioná-los neste local.

– *Grupo Ibero-Americano de Estudos sobre Justiça Juvenil*:

Gonzalo Berríos (Universidade do Chile), Myriam Cabrera Martín (PUC-Comillas, Espanha), Álvaro Castro (Universidade do Chile), Miguel Cillero (Cideni, UDP, Chile), Sofía Cobo (Inacipe, México), Jaime Couso (Cideni, UDP, Chile), Ignacio Mayoral (Universidade Europeia de Madrid), Iván Meini (PUCP, Peru), Alejandra Mera (Academia Judiciária do Chile-UDP), Ana Paula Motta Costa (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Karyna Sposato (Universidade Federal de Sergipe, Brasil) e Carlos Tiffer (Univ. da Costa Rica).

– *Especialistas participantes da I Conferência Ibero-Americana sobre os Direitos da Criança (Santiago do Chile, outubro de 2018)*

Pablo Aranda (Defesa Criminal P.), Gonzalo Berríos (U. do Chile), Myriam Cabrera Martín (U. P. Comillas, Espanha), Alvaro Castro (U. do Chile), Miguel Cillero (Cideni, UDP, Chile), Sofía Cobo (Inacipe, México), Andrea Collell (Chile), Jaime Couso (Cideni, UDP, Chile), Catalina Droppelmann (PUC, Chile), Mauricio Duce (UDP), Francisco Estrada (Chile), Claudio Fierro (Defesa Criminal, Chile), Ricardo Garrido (Chile), Alejandro Gómez (Defesa

Criminal, Chile), Georgina Guevara (Defesa Criminal, Chile), Francisco Maldonado (U. de Talca), Iván Meini (PUCP, Peru), Rolando Melo (Ministério Público, Chile), Alejandra Mera (UDP, Chile), Ana María Morales (Paz Ciudadana, Chile), Ana Paula Motta Costa (U. Federal do Rio Grande do Sul), Ludmila Palazzo (Unicef, Chile), Ricardo Pérez Manrique (Corte Interamericana de Direitos Humanos), María Elena Santibáñez (PUC, Chile), Carlos Tiffer (U. da Costa Rica), Ester Valenzuela (Cideni, Chile), Matías Villalón (UDP, Chile), Jorge Vitar (UDP, Chile), Juan Opazo (Juiz 4º JG Santiago), Benjamín Ulloa (Sename, Chile), Sebastián Valenzuela (MinJusticia, Chile), Tatiana Vargas (U. Los Andes, Chile), Ernesto Vásquez (U. do Chile), Osvaldo Vásquez (Corporación Opción, Chile), Luis Vial (Cideni, Chile).

– *Especialistas participantes no Encontro de Peritos em Justiça Juvenil (Madri, fevereiro de 2019)*

Myriam Cabrera Martín (U. P. Comillas, Espanha), Miguel Cillero Bruñol (Cideni, UDP, Chile), Jaime Couso Salas (Cideni, UDP, Chile), José Miguel de la Rosa Cortina (Ministério do Supremo Tribunal, Espanha), Sara Díez Riaza (U. P. Comillas, Espanha), Francisco García Ingelmo (Procuradoria Juvenil de Madrid), Marta Gisbert Pomata (U. P. Comillas, Espanha), Javier Gómez Lanz (U. P. Comillas, Espanha), Luis González Cieza (Arrmi, Espanha), Isabel Maravall Buckwalter (U. P. Comillas, Espanha), Clara Martínez García (U. P. Comillas, Espanha), Ignacio Mayoral Narros (Universidade Europeia de Madrid), María Concepción Molina Blázquez (U. P. Comillas, Espanha), Vicente Peláez Pérez (Ordem dos Advogados de Madrid), Regina Otaola Muguera (Arrmi, Espanha), Concepción Rodríguez González del Real (Tribunal de Menores nº 1, Madrid), Inmaculada Urruela Arnal (Arrmi, Espanha), María José Virseda Sanz (Arrmi, Madrid).

NORMAS COMUNS PARA A IBERO-AMÉRICA SOBRE DETERMINAÇÃO E REVISÃO JUDICIAL DE SANÇÕES PENAIS PARA ADOLESCENTES

NORMAS COMUNES PARA IBEROAMÉRICA SOBRE LA DETERMINACIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL DE LAS SANCIONES PENALES PARA ADOLESCENTES

I PREÂMBULO

Natureza e alcance das Normas comuns para a Ibero-América

As Normas Comuns para a Ibero-América sobre a Determinação e Revisão Judicial de Sanções Penais para Adolescentes (doravante *Normas Comuns para a Ibero-América*) foram concebidas como um conjunto de diretrizes normativas, oferecidas aos tribunais e, conforme corresponda, aos legisladores dos países ibero-americanos, a partir de um exercício de reflexão coletiva realizado por especialistas de vários países do espaço ibero-americano, a partir do estudo das principais fontes problemáticas e tensões observadas nos seus sistemas próprios para determinação de sanções e levando em consideração os princípios e padrões gerais incluídos nos instrumentos internacionais sobre os direitos da criança e do adolescente (NNA).

A escolha da Ibero-América como destinatário da proposta justifica-se pelo fato de os países dessa área partilharem em grande medida não só laços de língua e cultura, mas também uma história semelhante no tratamento jurídico da criminalidade que envolve menores de idade; alguns desafios comuns que surgiram da reforma da justiça juvenil ou dos sistemas de justiça juvenil nas últimas décadas; um contexto jurídico-institucional mais ou menos relacionado, influenciado em quase todos os países daquele espaço tanto pela dogmática penal alemã como pelo modelo de justiça penal acusatória, e, finalmente, um nível importante e crescente de cooperação entre eles no desenvolvimento da doutrina jurídica, na formação de juízes, procuradores e defensores, e no desenvolvimento institucional e programático.

Neste contexto, a adopção de normas comuns por especialistas de vários países do espaço ibero-americano preenche uma lacuna, seguindo o exemplo de esforços e instrumentos semelhantes desenvolvidos noutras regiões, mas ao mesmo tempo tentando ir além deles na identificação de respostas equilibradas a problemas muito mais específicos.

Estrutura oferecida por outros princípios e normas contidos em instrumentos internacionais sobre os direitos da criança (NNA)

As *Normas Comuns para a Ibero-América* são formulados em plena harmonia com os instrumentos universais e regionais do direito internacional sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, ambos de carácter geral – o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – como os instrumentos específicos para crianças e adolescentes – a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) e as Regras e Diretrizes das Nações Unidas ou as Diretrizes e diversas normas europeias, que complementam, desenvolvem e interpretam as obrigações e normas derivadas

do Direito convencional para os Estados – levando também em conta a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as observações e recomendações do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.[3] No marco oferecido por estes instrumentos internacionais, as *Normas Comuns para a Ibero-América* pretendem atingir um maior grau de concretude, tendo em conta os desafios, também mais específicos, partilhados pelos países deste espaço.

II PRINCÍPIOS GERAIS E DEFINIÇÕES

1 Princípios orientadores para a legislação e para os tribunais

Os sistemas de determinação de sanções penais para adolescentes, bem como os de determinação de penas de direito penal comum, são definidos com base em princípios e normas dirigidas ao legislador e aos tribunais, de acordo com as competências que cabem a cada órgão: a definição das bases da política criminal juvenil e da administração da justiça juvenil, respectivamente. As *Normas Comuns para a Ibero-América* também são fundamentalmente formuladas de forma diferente para cada um destes organismos, sem prejuízo da proposta de algumas normas comuns importantes. Considerando as funções específicas que correspondem ao legislador e aos tribunais na determinação das sanções, e tendo em conta os desafios identificados no estudo dos sistemas de justiça juvenil de vários países ibero-americanos, as normas propostas, em cada caso, procuram garantir especialmente os seguintes princípios.

a) Legalidade da sanção, igualdade de tratamento e segurança jurídica: papel dos princípios e regras jurídicas

[3] N. dos Eds.: Após a redação destas *Normas*, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança publicou uma nova Observação Geral (OG 24) sobre "children's rights in the child justice system" (direitos das crianças no sistema de justiça para crianças), que substitui a OG 10, que foi tido em conta neste projeto. No entanto, como terão oportunidade de constatar, as principais inovações destas novas OG 24 no que diz respeito à determinação de sanções penais juvenis coincidem com princípios expressamente incluídos nestas Normas. V. General comment Nº 24 (2019) on children's rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en (consultado em 26 de setembro de 2019), Nº 73-81, 84.

As sanções penais para adolescentes devem ser determinadas e executadas de acordo com o princípio da legalidade (legalidade da determinação da sanção e legalidade da execução da sanção). Isto significa, especialmente, que a intensidade do impacto sobre os direitos de um adolescente que pode ser esperado devido à perpetração de um determinado crime[4] deve ser definida, em grande medida, pelo legislador democrático, especialmente se for uma sanção privativa de liberdade.

A aplicação efetiva do princípio da legalidade da sanção deve garantir a igualdade no tratamento dispensado aos diversos adolescentes em situações equivalentes e uma segurança jurídica que permita prever razoavelmente a intensidade da sanção que um adolescente corre ao cometer determinado tipo de crime.

O legislador deve enquadrar a atividade judicial de determinação e execução de sanções através de princípios claramente formulados, que proporcionem uma orientação definida ao raciocínio judicial – de uma forma que possa ser controlada pelas partes e alterável pelos tribunais superiores – mas também através de algumas regras não disponíveis aos tribunais, que delimitam o espaço que é legitimamente dado à argumentação judicial.

Comentário

Sem prejuízo da tensão que possa surgir entre os princípios da legalidade, da igualdade de tratamento e da segurança jurídica, por um lado, e a igualmente importante exigência de que a sanção imposta seja justa e adequada ao caso concreto, tendo em conta as circunstâncias do caso adolescente, por outro lado, a importância de afirmar esses princípios é claramente apreciada a partir do diagnóstico crítico existente na Ibero-América sobre a arbitrariedade que presidiu a escolha da resposta a um crime perpetrado por um menor nos sistemas de justiça tutelar de menores, devido em grande parte à ausência de um enquadramento legal imposto à atividade dos tribunais, no contexto de uma doutrina que negava o carácter aflitivo daquela

[4] Ao longo deste documento será utilizado o nome "crime" e não qualquer um daqueles que utilizam certas legislações da Ibero-América ("infração penal", "violação da lei penal" ou "*ato infracional"*), com o objetivo de destacar que os adolescentes não estão sujeitos à responsabilidade penal regulamentada pelos códigos penais. A opção por essa denominação ("crime"), sem ignorar que a responsabilidade dos adolescentes é substancialmente diferente da dos adultos, responde à necessidade de unificação da linguagem – num documento que remete para diversas legislações –, destacando também a natureza criminosa da infração e a exigência de culpa por parte do adolescente infrator (afastando-se assim, da doutrina que postulava que aqui haveria direito a medidas educativas ou corretivas para aqueles que não podem ser responsabilizados).

resposta, assumindo que o poder reformador ou tutelar constituía por definição um bem, um remédio benigno, para os menores que estavam em situação irregular. Neste contexto, a vulnerabilidade social dos adolescentes foram muitas vezes ocasião para uma interferência mais intensa nos seus direitos, tornando-os mais prováveis candidatos a uma medida de internação. A sombra da criminalização da pobreza era então, e não deixou de ser completamente, uma preocupação fundamental, que deslegitimava o projeto de justiça individualizada ou personalizada.

Para garantir que a atividade jurisdicional de determinação da pena seja suficientemente enquadrada pelo legislador, garantindo a igualdade de tratamento e a segurança jurídica, não basta que a lei estabeleça princípios que regem esta atividade; é preciso definir algumas regras. Estas regras podem ser especialmente importantes, na fase de determinação da sanção, para estabelecer limites absolutos à imposição de sanções privativas de liberdade, quer exigindo uma gravidade mínima do crime perpetrado, quer impondo limites máximos à sua duração, mesmo diferenciados em função da idade do adolescente, e na fase de execução da sanção, limitar os poderes de exasperação ou substituição da sanção por outra mais severa em caso de descumprimento da inicialmente imposta.

b) Justiça e adequação da sanção no caso individual: função da aplicação judicial do direito na imposição e modificação da sanção

A implementação do princípio da legalidade da sanção através de princípios e regras que garantam a igualdade de tratamento e a segurança jurídica deve também deixar espaço razoável para os tribunais adoptarem uma decisão que seja justa e adequada às circunstâncias do caso específico, bem como para a modificarem caso essas circunstâncias se alterem.

Em particular, a lei deve atribuir aos tribunais competência para avaliar as circunstâncias objetivas e subjetivas que reduzem a culpa individual do adolescente, bem como as circunstâncias pessoais que possam condicionar um impacto negativo ou positivo da sanção no desenvolvimento e integração social do adolescente.

Comentário

Sem prejuízo da necessidade de a lei enquadrar a atividade jurisdicional de determinação da sanção penal dos adolescentes, os tribunais devem ser competentes para avaliar as

circunstâncias que diferenciam o caso particular de outros da sua espécie porque diminuem a culpa individual do adolescente. A justiça exige, neste caso, permitir ao tribunal individualizar a sanção, adaptando-a ao grau de culpa. Isto também se aplica a sistemas jurídicos que afirmam a *não imputabilidade* dos adolescentes sob o direito penal comum, mas reconhecem uma responsabilidade ou culpa especial, para efeitos do sistema penal juvenil; nestes sistemas, o grau de culpa continua a ser um critério essencial para individualizar a sanção.

Além disso, os tribunais devem ter competência para escolher, dentro do leque de sanções que correspondam ao quadro legalmente estabelecido – eventualmente modificado em resposta à menor culpabilidade do autor –, aquela que for mais adequada para atingir os fins ou cumprir os objetivos, critérios correspondentes às circunstâncias pessoais do adolescente, bem como modificá-los durante a sua execução, tendo em conta o impacto que está a ter no desenvolvimento e integração social do adolescente.

c) Interesse superior do adolescente

A justiça juvenil, ao adotar decisões relacionadas com a imposição ou execução de sanções penais contra adolescentes, deve dar a maior prioridade possível aos objetivos e critérios de ação que otimizem a proteção dos direitos e a satisfação das necessidades especiais das pessoas menores de dezoito anos de idade.

Comentário

O princípio do interesse superior da criança tem uma função importante a cumprir na justiça juvenil, elevando em termos relativos a prioridade que, dada a inegável colisão de interesses presente nos conflitos de natureza penal, deve ser atribuída aos interesses dos adolescentes acusados ou condenados por um crime. Isto não significa negar que outras considerações ou interesses, como os das vítimas e da comunidade, devam ser protegidos, mas implica que, quando a resolução destes conflitos jurídicos exige a ponderação de alguns interesses contra outros, às necessidades e aos direitos dos adolescentes deve ser atribuído um peso especial, o que pode levar a uma renúncia relativa a outros interesses nos casos que, se fosse um acusado ou condenado maior de idade, isso possivelmente não ocorreria.

d) Seções de penalidade e critérios flexíveis

Para dar expressão concreta ao princípio de que a privação da liberdade deve ser utilizada apenas como último recurso (requisito de excepcionalidade) e pelo menor tempo possível (requisito de brevidade), a lei deve estabelecer seções (ou escalas) de penas, ou outros tipos de regras apropriadas, que graduam a intensidade da sanção tanto à gravidade da injustiça penal como à culpa do autor do crime. Estas secções ou normas devem deixar margem suficiente para que os tribunais raciocinem e decidam sobre a sanção mais justa e adequada ao caso, de acordo com critérios claramente formulados pelo próprio legislador, e relevantes de acordo com os propósitos e valores que a justiça juvenil procura preservar.

Comentário

A tensão que surge entre a exigência de um enquadramento definido pela lei em função do tipo de crime perpetrado (legalidade da sanção), por um lado, e um espaço razoável para uma decisão judicial justa e adequada ao caso concreto (individualização da sanção), por outro, é enfrentada de diferentes maneiras pelos diferentes sistemas de justiça juvenil na Ibero-América.

Em alguns deles, é atribuído um papel importante a regras não disponíveis pelos tribunais, aplicando em maior ou menor medida escalas ou seções de penas, ou estabelecendo outras regras que limitem a discricionariedade judicial, destinadas a garantir a igualdade de tratamento (e a segurança jurídica). Noutros sistemas de justiça juvenil, certos princípios e diretrizes jurídicas são mais importantes, os quais são formulados como declarações jurídicas indeterminadas, cuja especificação está à disposição dos tribunais. A persistência deste espaço de discricionariedade judicial na determinação da sanção – que pode ser relativamente ampla – não viola o princípio da igualdade de tratamento, se consistir numa discricionariedade regulada pela própria lei.

Sendo legítima esta diferença de abordagens, a preferência por qualquer uma delas não deve chegar ao ponto de ignorar nenhuma dessas duas exigências.

e) Fundamento das sentenças e sistema de impugnação

No exercício da sua competência discricionária – regida pela lei – para escolher uma sanção justa e adequada ao caso concreto, os tribunais devem cumprir requisitos qualificados de justificação da pena, estabelecidos na lei, e acompanhados de um sistema de recursos processuais que permite às partes controlar o cumprimento de tais requisitos e aos tribunais superiores assegurar a correta aplicação do direito e orientar a aplicação dos princípios e critérios jurídicos de uma forma relativamente igualitária.

Comentário

Os requisitos legais para a fundamentação das sentenças dos tribunais são um correlato necessário do reconhecimento de um espaço de discricionariedade regulada ou sujeita a critérios legais. A lei deve estabelecer parâmetros formais e substantivos para os tribunais em relação à fundamentação das sentenças, tanto em relação ao apuramento dos fatos cuja consideração é pertinente para determinar a sanção, como em termos de interpretação e aplicação dos princípios e regras. E para garantir que a aplicação destes parâmetros está sujeita a escrutínio e controle, é essencial que as partes tenham recursos para contestar decisões que não os cumpram.

2 Distinção categórica entre sanções privativas de liberdade e sanções não privativas de liberdade

As *Normas Comuns para a Ibero-América* reconhecem a diferença fundamental que existe entre sanções privativas de liberdade e sanções não privativas de liberdade, do ponto de vista do seu potencial impacto negativo no desenvolvimento e nos direitos dos adolescentes, bem como bem como o princípio especial que rege a imposição dos primeiros, exigindo que seja protegida a sua excepcionalidade e brevidade. O caráter excepcional das sanções privativas de liberdade faz com que as sanções não privativas de liberdade devam constituir as principais respostas ao crime de um adolescente, sempre que não seja possível resolver o conflito sem sanção (subsidiariedade da sanção).

Da distinção categórica entre os dois tipos de sanções, decorre também que algumas normas são aplicáveis especialmente ou apenas no caso das sanções privativas de liberdade, porque passam a orientar a resolução das tensões que estas sanções, e não outras, suscitam, ou

porque atendem a necessidades que surgem única ou principalmente devido ao risco de uma pena privativa de liberdade.

Comentário

Embora as sanções penais contra adolescentes compartilhem características que tornam necessários limites e garantias (como o respeito aos princípios da legalidade e da proporcionalidade) em relação a qualquer uma delas, o impacto negativo da privação de liberdade no desenvolvimento e nos direitos de crianças e adolescentes constitui um fato de tal importância que justifica limites e garantias especiais a seu respeito. O fato de o processo penal e a execução de sanções não privativas de liberdade também representarem riscos ao desenvolvimento e aos direitos das crianças e adolescentes justifica, como se verá, o carácter subsidiário do recurso às sanções penais e a preferência por formas de resolução de conflitos penais que dispensem todas as sanções e que reduzam ao mínimo o contato dos adolescentes com a justiça penal. Porém, quando isso não é possível, o maior risco representado pelas sanções privativas de liberdade fundamenta uma preferência por sanções não privativas de liberdade e um reforço das garantias que devem ser concedidas ao adolescente que corre o risco de ser sujeito a uma sanção do primeiro tipo.

3 Natureza das sanções criminais para adolescentes

a) Natureza aflitiva da sanção

As *Normas Comuns para a Ibero-América* assumem que as sanções de justiça juvenil têm um carácter aflitivo, ou seja, consistem numa privação ou restrição de direitos que justifica o estabelecimento de limites e garantias penais e processuais, bem como a preferência por saídas ou mecanismos alternativos ao processo e à sanção.

Comentário

Tal como os instrumentos internacionais aplicáveis na matéria, as *Normas Comuns para a Ibero-América* reconhecem que as sanções penais para adolescentes na justiça juvenil têm um caráter aflitivo.

Isto não significa que a imposição de sofrimento ao adolescente seja a sua finalidade, mas o reconhecimento de que as sanções implicam uma privação ou restrição dos direitos do adolescente permite-nos evitar o risco de definir a natureza da sanção com base em quaisquer fins benéficos, que servem de base para promover o seu uso indiscriminado. O estabelecimento de limites e garantias penais e processuais, bem como a preferência por soluções ou mecanismos alternativos ao processo e à sanção, não seriam compreendidos sem este reconhecimento básico da natureza aflitiva das sanções.

b) Relação entre sanção e responsabilidade: reconhecimento do adolescente como sujeito responsável

As sanções são impostas a um adolescente em decorrência de sua condenação por um crime. Isto tem como consequências: (i) ele é reconhecido como um sujeito responsável, capaz de responder às exigências da lei, mesmo quando a sua responsabilidade é especial, ou a sua culpa ou responsabilidade é menor que a de um adulto, e (ii) a sanção tem objetivamente uma conotação negativa, o que explica o interesse objetivo do adolescente em evitar a sua imposição, sem prejuízo de que através da sua execução se procura alcançar objetivos positivos (sobretudo, prevenção positiva especial).

Comentário

Embora alguns sistemas de justiça juvenil na Ibero-América considerem a responsabilidade dos adolescentes como uma instituição que está fora do direito penal, declarando-os *inimputáveis d*iante do sistema penal comum, enquanto outros entendem que é um subsistema que faz parte do sistema penal geral, de modo que os adolescentes são imputáveis, mas estão sujeitos a regras especiais, comum a todos eles é o reconhecimento dos adolescentes como sujeitos responsáveis, que podem ser destinatários de expectativas de conduta que respeite os direitos de terceiros, e podendo estar sujeitos a um julgamento de responsabilidade – ou culpabilidade – e a uma sentença quando decepcionarem aqueles

expectativas, sem prejuízo de que a sua responsabilidade – ou o seu grau de culpa – possa ser substancialmente inferior à de um adulto (a ponto de se poder falar de uma "culpa especial" ou "diferenciada" do adolescente) ou mesmo com maior frequência que, no caso deste último, em circunstâncias excepcionais pode desaparecer.

A conotação negativa da sanção, associada ao seu caráter aflitivo, é apreciada, tanto no nível comunitário como na perspectiva do adolescente a quem é imposta, como consequência da pena merecida por ter violado culposamente a lei penal. Por esta razão, a justiça juvenil reconhece, através de garantias processuais e exigências substantivas, o interesse objetivo do adolescente em procurar negar o mérito desta consequência negativa, seja porque afirma a sua inocência, seja porque considera a sanção excessiva em relação à sua culpa. Reconhecer desta forma a conotação negativa da sanção não é contraditório com a obrigação que cabe à administração – ou às instituições não governamentais que com ela colaboram através da implementação de programas socioeducativos – de executar a sanção de forma a influenciar positivamente o desenvolvimento e inserção social do adolescente.

c) Distinção clara entre justiça juvenil e sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente

As *Normas Comuns para a Ibero-América* pressupõem uma distinção clara entre os orçamentos de ação, as instituições legalmente competentes e a natureza das consequências legítimas a impor no domínio da justiça juvenil, por um lado e o sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente, por outro.

Esta distinção não exclui a possibilidade – mesmo o dever, em certos casos – de estabelecer pontes entre ambos os sistemas, especialmente através do encaminhamento de casos do sistema de justiça juvenil – com renúncia definitiva à sanção da alegada conduta – para instituições de proteção de crianças e adolescentes, quando o princípio da intervenção penal mínima torna possível ou desejável essa renúncia e, ao mesmo tempo, a existência de situação de violação ou ameaça de um direito da criança e do adolescente, justifica uma atividade de provisão ou proteção.

Comentário

A diferença entre os orçamentos de ação e a natureza das sanções é especialmente evidente em relação às sanções privativas de liberdade. Mas também deve ser reconhecido no caso das sanções não privativas de liberdade, que continuam a ter consequências aflitivas, de conotação simbólica negativa, merecidas pela perpetração culposa de um crime, características que claramente não deveriam ter as medidas do sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente, cujo fundamento é um dever de provisão ou proteção do Estado contra uma situação de violação ou ameaça, e que para crianças ou adolescentes tem o significado de satisfação ou garantia de um direito. Isto também justifica distinguir claramente os poderes institucionais estabelecidos por lei de uma situação para outra.

Nada disso impede, porém, a possibilidade de adolescentes acusados ou condenados por crime serem destinatários de medidas de proteção aos seus direitos, quando forem violados ou ameaçados no exercício ou gozo deles. Isto pode traduzir-se no estabelecimento de pontes entre ambos os sistemas e, por vezes, pode justificar uma renúncia à intervenção da justiça juvenil, se o interesse em perseguir a responsabilidade penal for menor comparado com a importância e urgência de uma resposta do sistema de proteção, e isto poderia ser frustrado pela intervenção paralela do sistema de justiça penal juvenil.



4 Finalidades da justiça juvenil

a) Proteção dos interesses individuais e sociais afetados pelos crimes

A justiça juvenil tem em comum com a justiça penal para adultos, como uma das suas finalidades, a proteção dos interesses individuais e sociais afetados pelos crimes.

Comentário

A justiça juvenil, dado que assenta na utilização de um meio negativo – a sanção penal – não pode encontrar a sua razão de ser nas necessidades dos adolescentes – necessidades que são mais bem respondidas pelas políticas sociais e pela proteção de direitos – mas na circunstância de que os crimes perpetrados pelos adolescentes afetam interesses individuais e sociais, cuja proteção requer uma intervenção formal sobre a parte do sistema de justiça.

Isto não significa, em qualquer caso, depositar esperanças excessivas nas instituições penais, uma vez que a proteção eficaz de tais interesses depende em maior medida de políticas públicas que abordem, dada a complexidade do problema, as múltiplas dimensões do conflito penal, efetivamente promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes, da justiça social e da resolução pacífica de conflitos.

b) Proteção do desenvolvimento e da integração social dos adolescentes

A intervenção da justiça, necessária à proteção desses interesses, pode afetar negativamente o desenvolvimento dos adolescentes e a sua integração na sociedade. Portanto, um dos objetivos da justiça juvenil – enquanto ramo autônomo e especializado da justiça – é proteger o seu desenvolvimento e integração social. Esta finalidade de proteção deve ser procurada, antes de mais, através da sua recusa em intervir junto dos adolescentes, se possível, tendo em conta a gravidade do crime e as suas circunstâncias pessoais. Caso contrário, a justiça juvenil deve procurar proteger o desenvolvimento e a integração social dos adolescentes através de ações positivas adequadas a esse objetivo.

Comentário

Nos sistemas de justiça juvenil da Ibero-América, a intervenção mínima é frequentemente postulada como um princípio fundamental que deve orientar as suas ações. Este princípio baseia-se em normas de instrumentos internacionais que exigem a aplicação tanto do processo como da sanção de forma subsidiária a outras formas de resolução de conflitos, afirmando também um princípio de excepcionalidade no uso da privação de liberdade. Esses princípios baseiam-se em antecedentes criminológicos que mostram que a superação do desvio criminal, na maioria dos casos, ocorre de forma espontânea no processo normal de maturação de um adolescente (de acordo com a chamada *abordagem baseada no processo de maturação*), de modo que a principal contribuição da justiça juvenil deve ocorrer, não estritamente buscando a reinserção social do adolescente por meio de uma intervenção aflitiva, mas evitando dificultar ou interromper esse processo de maturação ao expor os adolescentes a contextos crimino gênicos; isto é, acima de tudo uma contribuição *passiva*. Excepcionalmente, quando não for possível renunciar à intervenção da justiça juvenil e o adolescente estiver sujeito a sanção penal, especialmente se for privativa de liberdade, o Estado deverá, dada a sua posição de garantidor dos direitos do condenado, tentar favorecer ativamente esses objetivos – quer no momento da imposição da sanção, quer no momento de decidir a sua modificação ou substituição durante a execução – através de medidas adequadas; por exemplo, tentando evitar os conteúdos da sanção que podem dificultar o processo de amadurecimento e integração social e fortalecendo, em vez disso, aqueles que podem promovê-lo.

c) Processo civil com garantias legais

A justiça juvenil, por fim, tem por finalidade garantir os direitos de todas as pessoas envolvidas no processo judicial.

Comentário

Um dos objetivos buscados pela justiça criminal, também no caso da justiça juvenil, é lidar com um grave conflito social e interpessoal através de um processo que permita a participação e reconheça os direitos e garantias de todas as pessoas afetadas ou envolvidas,

reduzindo assim a violência do conflito e tornar a sua resolução mais previsível e justa. No caso dos adolescentes imputados, são garantias substantivas (como o princípio da legalidade), garantias processuais (como o direito à defesa) e garantias executivas (como o controle jurisdicional da execução da sanção). Mas a justiça juvenil também reconhece garantias processuais e assegura direitos substantivos (de liberdade, privacidade e segurança) às vítimas e, quando apropriado, às testemunhas e outros participantes, algo essencial num contexto que é marcado pelo exercício de uma atividade estatal coerciva.

5 Finalidades da sanção

a) Prioridade da dimensão expressivo-educativa da sanção

A sanção imposta a um adolescente em resposta ao seu crime o reconhece como sujeito responsável e expressa – se for o caso, perante a comunidade – uma desaprovação pelo seu ato e uma expectativa de que ele reconheça o valor dos direitos de terceiros e de que não volte a cometer crimes. Porém, dado que o adolescente é um sujeito ainda em fase de desenvolvimento, a intensidade da resposta deve ser moderada, priorizando a expectativa de aprendizagem e de não repetição, sobre a dimensão punitiva da reprovação do ato, num exercício de compreensão especial para com as pessoas que se encontram nessa fase de aprendizagem e experimentação. Esta ênfase na sanção dos adolescentes, com o seu efeito moderador na intensidade da resposta, constitui o aspecto central da sua dimensão educativa.

Comentário

As *Normas Comuns para a Ibero-América* assumem uma posição de relativo pluralismo diante da diversidade de opiniões doutrinárias que podem ser observadas na interpretação dos instrumentos internacionais sobre o espaço que poderia ser reconhecido para determinados fins da punição na justiça juvenil – em particular, o efeito dissuasor ou de prevenção geral e retribuição, mas também a educação–. Mas estas diferenças não impedem de reconhecer nas *Normas* um conjunto de finalidades e características das sanções aos adolescentes, consideradas pelos instrumentos internacionais dos direitos da criança e do adolescente, procurando

desenvolvê-las de forma relevante para a realidade de os sistemas de justiça dos países da Ibero-América.

Assim, a exigência de tratar os adolescentes que violaram a lei penal "de uma forma consistente com a promoção do seu sentido de dignidade e valor" e "que fortaleça o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros" (art. 40.1 CDN) pode derivar-se, em primeiro lugar, do seu reconhecimento como sujeitos responsáveis, o que significa que, quando confrontados com a perpetração de graves ataques aos direitos de outras pessoas, podem ser objeto de uma resposta que, através da imposição de consequências negativas, expressam desaprovação pelo ato, aliada à expectativa de que reconheçam o valor dos direitos de outras pessoas e não voltem a cometer crimes.

Em segundo lugar, desta exigência pode derivar-se uma dimensão educativa ou socioeducativa da sanção penal aos adolescentes, reconhecida pela maioria das legislações da Ibero-América. Mas esta dimensão educativa tem um significado diferente dentro de um sistema de justiça que reconhece os adolescentes como sujeitos responsáveis e a sanção como uma consequência negativa (aflitiva), do que o significado que caberia num sistema de justiça que concebe a sanção como uma medida benéfica a favor dos sujeitos incapazes de responder e que necessitam de tutela e reforma do estado. No primeiro caso, a sanção é dirigida a um sujeito considerado capaz de se comportar de acordo com as exigências da lei, mas que se sabe ainda não ter concluído sua formação e desenvolvimento, o que significa que a justiça exige que ele seja responsabilizado por seus atos, mas sem fazê-lo sofrer integralmente as consequências dessa responsabilidade, mas apenas de forma mitigada. Isto não só expressa o valor da compreensão da sociedade sobre aqueles que cometem erros com mais frequência durante o processo de aprendizagem do que aqueles que já estão totalmente treinados, mas também uma compreensão educacional da relação entre crime e sanção, que coloca mais ênfase na mensagem da norma – os direitos das outras pessoas são valiosos e a justiça espera que o adolescente os respeite no futuro – do que na necessidade do adolescente sofrer uma consequência negativa para expressar à comunidade a desaprovação do seu comportamento. Esta concepção da dimensão expressivo-educativa da sanção, ao contrário daquela que poderia ser sustentada a partir de uma concepção tutelar de justiça juvenil, não confunde a sanção com a própria educação, pelo que define a primeira como um fardo que (de forma atenuada) o adolescente está condenado a sofrer pelo seu crime, e o segundo como um direito - e não uma

imposição - que deve ser satisfeito através de políticas educacionais e dos métodos e instrumentos da pedagogia. Uma consequência prática desta dimensão expressivo-educativa da sanção é que a sua invocação deve servir sempre para justificar uma resposta menos angustiante do que aquela que corresponderia se a sanção apenas procurasse retribuir a culpa ou responder a necessidades gerais de prevenção, nunca mais aflitiva.

Tudo isto não impede que o Estado fique sujeito ao dever de promover e garantir o direito à educação dos adolescentes durante a execução da sanção, no âmbito de um plano de intervenção que visa promover uma vida futura sem criminalidade.

b) Prevenção de crimes

As sanções penais contra os adolescentes procuram contribuir para a proteção dos interesses individuais e sociais afetados pelos crimes perpetrados pelos adolescentes, através das proibições penais, da imposição de sanções e da sua execução, que deve procurar sobretudo promover a reintegração do adolescente e que assume uma função construtiva na sociedade e embora a contribuição das sanções para estes fins seja modesta em comparação com o que se pode esperar de políticas sociais e económicas centradas nos direitos das crianças e no fortalecimento da família – de modo que, desde que a gravidade do crime e as circunstâncias do adolescente o permitam, a justiça juvenil deve renunciar em favor de medidas que tenham esse enfoque -, esse contributo das sanções não deve ser descartado, especialmente se forem sanções não privativas de liberdade, na medida em que a sua eficácia preventiva se baseie em evidências.

Comentário

As sanções penais para adolescentes também buscam contribuir para a prevenção do crime. E sem prejuízo da discussão doutrinária sobre se delas se espera um efeito dissuasor geral, as sanções devem procurar, sobretudo, como se depreende da CDC, que o seu contributo para a prevenção se dê através da promoção da reintegração do adolescente na sociedade e para que ele assuma um papel construtivo nela. Mas, mesmo entendidas desta forma, a contribuição das sanções para estes fins é necessariamente modesta, na medida em que a sua concretização depende em grande medida da existência de políticas mais amplas e diversificadas, como as

políticas para a infância e a família, a educação e a formação para o trabalho, entre outras políticas sociais e económicas. Isto é reconhecido pelas recomendações e instrumentos internacionais sobre prevenção da criminalidade. Além disso, a criminologia mostra que, na maioria dos casos, a diminuição e o abandono da atividade criminosa é o resultado de um processo de maturação do adolescente, para o qual a justiça juvenil muitas vezes não contribui positivamente, mas pode até dificultar; É por isso que se afirmar que a justiça juvenil é chamada a contribuir para esses objetivos primeiro de forma *passiva*, através de instituições e regras que evitem, na medida do possível, o contato dos adolescentes com o sistema de justiça e, sobretudo, a privação de liberdade, ou que busquem reduzi-la ao máximo. Não obstante, quando é indicada a intervenção da justiça juvenil, tendo em conta a gravidade da sanção e as circunstâncias do adolescente, as sanções são chamadas a dar um importante contributo para a prevenção, através de programas cuja eficácia esteja sustentada em evidências empíricas, preferencialmente mantendo o adolescente em seu ambiente familiar e social, sem privá-lo de sua liberdade.

c) Reparação à vítima e recomposição dos laços sociais a nível comunitário

As sanções aos adolescentes também podem contribuir para reparar – reais ou simbólicos – os danos materiais e emocionais sofridos pela vítima do crime. Podem também contribuir para a reconstrução dos laços sociais ao nível da comunidade a que o adolescente pertence.

Comentário

Embora não deva ser subestimada a possibilidade de reparar os danos sofridos pela vítima através de uma sanção, as possibilidades de aplicação dos princípios da *justiça restaurativa* nos sistemas de justiça juvenil da Ibero-América são mais bem apreciadas no contexto de soluções ou mecanismos alternativos ao processo e à sanção, como reparação *em vez* de sanção, e não *através* de sanção. Quanto à recomposição dos laços sociais ao nível da comunidade a que o adolescente pertence, trata-se de uma finalidade bastante simbólica, que pode estar associada a determinados tipos de sanções (como a prestação de serviços em benefício da comunidade), mas que também, de forma mais geral, pode ser esperado do fato de o adolescente assumir um certo grau de responsabilidade ativa no cumprimento da sanção,

mesmo sanções que representem o seu compromisso de superar as condições que influenciaram a sua atividade criminosa.

d) Finalidades incompatíveis com os padrões internacionais

A sanção juvenil não pode ter como finalidade a mera *incapacitação* ou *inocuização* do adolescente autor do crime, através da sua privação de liberdade. Isto é contraditório com o mandato de proteger o seu desenvolvimento e integração social.

Comentário

O relativo pluralismo doutrinário que se observa no debate sobre as finalidades da punição no campo da justiça juvenil, ao interpretar os instrumentos internacionais, desaparece quando se trata de finalidades contraditórias com o objetivo de proteger o desenvolvimento e a integração social do adolescente. É o caso da finalidade de pura *incapacitação* ou de *inocuização* do autor do crime, finalidade que pode servir de base para demandas de aumento da extensão da privação de liberdade ou de redução dos poderes judiciais para substituir antecipadamente este tipo de sanção durante a fase de execução, sem levar em conta o efeito dessa medida sobre as possibilidades de integração do adolescente na sociedade.

6 Especialidade na determinação de sanções para adolescentes e atenção ao direito penal comum

Levando em conta os requisitos especiais do direito internacional sobre os direitos das crianças e adolescentes no que diz respeito ao tratamento que deve ser prestado a qualquer pessoa menor de dezoito anos considerada culpada de ter violado o direito penal, para que os fins especiais da justiça juvenil possam ser alcançado e de suas sanções, a determinação da sanção a ser imposta ao adolescente deve responder a regras e procedimentos próprios, diferentes daqueles que regem o direito penal comum. Sem prejuízo disso, devem ser tidos em conta os princípios jurídicos e os critérios de decisão com os quais o direito penal especificou a exigência de proporcionalidade entre a sanção e o crime, especialmente o princípio da culpa

como medida de punição, bem como as garantias estabelecidas para proteger o acusado ou condenado no processo de determinação da sanção.

Comentário

As sanções penais aos adolescentes, que compartilham sua natureza aflitiva com as penas dos adultos, devem estar sujeitas aos limites e garantias que são retirados do direito penal comum. Além disso, os propósitos especiais da justiça juvenil e das sanções penais para adolescentes traduzem-se na necessidade de ter um sistema diferente de determinação de sanções, capaz de atingir esses fins especiais. Esta natureza especial, contudo, não deverá traduzir-se em menos garantias, mas, pelo contrário, no reconhecimento de algumas garantias adicionais.

III NORMAS RELATIVAS À PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO EM RELAÇÃO ÀS SUAS FINALIDADES

7 Adequação, necessidade e proibição de excesso (princípio da proporcionalidade em sentido amplo)

A sanção penal, como privação ou restrição de direitos do adolescente, deve ser proporcional, antes de tudo, no sentido de que representa uma medida adequada para atingir um fim legítimo (julgamento de idoneidade), estritamente necessário para esse fim, levando em consideração levar em conta os demais meios alternativos disponíveis para tanto (julgamento de necessidade), e isso não é excessivo considerando a importância relativa do objetivo almejado e a intensidade do impacto nos direitos do adolescente (exigência de proporcionalidade estrita).

Comentário

O princípio da proporcionalidade em sentido lato – desenvolvido especialmente pela dogmática e pela jurisprudência constitucional alemãs e, cada vez mais, pela jurisprudência da União Europeia – parece estar incluído em alguma legislação juvenil na Ibero-América, e é considerado pela doutrina jurídica especializada desenvolvida neste espaço como um guia para determinar sanções. O objetivo deste princípio é submeter qualquer medida que limite os direitos fundamentais a requisitos mínimos de racionalidade, definidos em termos da sua adequação para atingir os fins declarados, da sua estrita necessidade – tendo em conta as alternativas menos restritivas de direitos – e da moderação do sacrifício que impõe aos direitos individuais em resposta à importância dos objetivos que visa – proibindo um sacrifício que possa ser considerado excessivo em relação aos objetivos pretendidos e esperados–.

Em aplicação deste requisito de proporcionalidade, no domínio da justiça juvenil, o legislador ou o sistema de justiça com poderes para controlar a constitucionalidade da lei poderia ter que: (i) proibir certas sanções como inadequadas para atingir os objetivos legítimos da justiça juvenil; (ii) definir especificamente quais outras alternativas devem ser avaliadas ao decidir se a imposição de certas sanções é estritamente necessária – sob um critério de subsidiariedade – ou estabelecer fatores empíricos específicos que devem ser examinados ao avaliar se uma alternativa menos perturbadora é suficientemente adequada, como se concluir que o mais aflitivo não é estritamente necessário; (iii) estabelecer como critério de determinação judicial da sanção penal a sua idoneidade para atingir os fins declarados pela própria lei, no caso concreto, e (iv) sobretudo, estabelecer diretrizes ou limites absolutos, de estrita proporcionalidade, no sentido disso – aplicando critérios de proporcionalidade cardinal negativa – considera-se que certas sanções ou certa extensão delas são diretamente excessivas para responder a qualquer crime, uma vez que a intensidade do impacto nos direitos fundamentais que essas sanções acarretam para o adolescente não é suficiente para ser compensada pelo interesse buscado através de sua imposição. Ao propor normas para consideração especial da severidade das sanções, serão indicados alguns destes limites.

8 Subsidiariedade da sanção e do processo em comparação com outras formas de resolução do caso

A intervenção da justiça juvenil através de sanções penais aos adolescentes, medidas cautelares e outros meios coercivos deve estar sujeita ao princípio da intervenção mínima, de modo que só seja utilizada em subsídio de outras formas praticáveis de resolução do conflito penal, como a transferência do processo, com ou sem implementação de medidas ou condições, conforme necessário.

Comentário

O reconhecimento deste princípio de intervenção mínima ou de subsidiariedade é consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato, uma vez reconhecido o carácter aflitivo da sanção.

Com efeito, dado que a sanção limita direitos importantes dos adolescentes, é necessário que tais restrições de direitos cumpram os requisitos de adequação, necessidade e proibição de excessos, tendo especialmente em conta, no domínio da justiça juvenil, o objetivo de proteger o desenvolvimento e a integração social do adolescente.

Aquelas outras formas de resolução do conflito penal, alternativas ao processo penal e à sanção, que devem ser priorizadas - e que devem ser preferencialmente implementadas fora do âmbito da justiça (princípio da desjudicialização), salvo quando possam envolver impacto em direitos e garantias dos atingidos –, podem ter como objetivo: (i) evitar uma intervenção que dificulte ou coloque em risco o amadurecimento e o desenvolvimento do adolescente; (ii) priorizar a proteção de crianças e adolescentes que se encontrem em situação de violação ou ameaça – por exemplo, fortalecendo suas redes familiares, oferecendo-lhes tratamento para superar uma dependência de drogas que esteja influenciando seu comportamento criminoso, entre outras medidas–, ou, (iii) priorizar a reparação à vítima ou à comunidade, sem recorrer a sanções.

IV NORMAS RELATIVAS À PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO COM O CRIME

9 Fatores de proporcionalidade entre sanção e crime

A exigência da CDC de que os adolescentes recebam um tratamento proporcional ao crime, aplicado ao sistema de determinação de sanções, representa um triplo desafio para a justiça juvenil, tanto ao nível das normas legais como dos critérios da jurisprudência: (i) determinar corretamente a gravidade do crime perpetrado, tendo em conta as particularidades da injustiça penal e da culpa quando o agente for adolescente; (ii) definir corretamente a severidade ou intensidade das diversas sanções disponíveis, tendo em conta o impacto especial aflitivo que podem ter sobre os adolescentes; (iii) identificar qual sanção é proporcional para qual crime, com base em critérios de proporcionalidade consistentes com os princípios gerais – assumidos do direito penal comum – e com os princípios especiais da justiça juvenil.

Comentário

Ao tentar especificar o requisito de proporcionalidade entre a sanção e o crime, e sem a necessidade de assumir uma justificação retributiva da sanção no domínio da justiça juvenil, podem ser utilizados os critérios com os quais esta orientação tenta determinar uma sanção justa e adequada à culpa do autor. Estes critérios são, precisamente, (i) aqueles que determinam a maior ou menor gravidade do crime perpetrado (gravidade da injustiça penal e culpabilidade); (ii) aquelas que contam como fatores de gravidade relativa das diferentes penas previstas pelo legislador, e (iii) aquelas que definem que determinada medida de severidade penal é justa, merecida, para determinada medida de culpa. Em cada caso, como se verá, estes critérios são particulares quando se trata de determinar a responsabilidade de um adolescente e a sanção proporcional ao crime que cometeu e às suas circunstâncias pessoais.

10 Considerações especiais para determinar a gravidade do crime cometido por um adolescente

a) *Maior ênfase na culpabilidade e consideração prioritária do desvalor da conduta, ao invés do resultado*

Embora os critérios do direito penal comum devam ser o ponto de partida para determinar a gravidade do crime cometido, a consideração da situação especial em que o adolescente - pessoa em pleno desenvolvimento - se encontra em relação às normas penais, bem como a dimensão expressivo-educativa da sanção como resposta ao crime, exige maior atenção à culpabilidade individual do adolescente e, em particular, à desvalorização do comportamento, e não à gravidade objetiva do crime ou à magnitude dos danos causados.

Isto deveria levar a atribuir menos desvalor a comportamentos cuja nocividade objetiva não pode ser suficientemente compreendida pelos adolescentes sem a experiência ou conhecimento exigidos, ou cujas exigências subjetivas especiais não estão presentes num comportamento presidido por outros tipos de motivações, típicas dos adolescentes. E também deveria levar ao reconhecimento de menor culpabilidade quando o crime é perpetrado numa situação que, para um adolescente com maior frequência do que um adulto, pode levá-lo a cometer um crime.

Adicionalmente, uma consideração individualizada da culpabilidade deve dar importância, com efeito limitante na intensidade da resposta criminal, aos déficits educacionais ou de socialização específicos sofridos por um adolescente e que justificam a redução do julgamento de desaprovação do seu ato.

A legislação poderia contribuir para uma consideração mais precisa da culpa do adolescente e do grau de descrédito de seus comportamentos através do reconhecimento de defesas incompletas ou de circunstâncias atenuantes de responsabilidade, que captem essas diferenças em hipóteses paradigmáticas.

Comentário

A justiça juvenil, sem negar a capacidade dos menores de responder às exigências da lei, reconhece que se encontram numa situação especial em relação às normas penais. Esta situação pode traduzir-se mais facilmente num menor comprometimento subjetivo ou individual do adolescente com o crime, o que reduz o seu desvalor ou culpabilidade, independentemente da sua gravidade objetiva. Além disso, a dimensão expressivo-educativa da intervenção, que deve contar com a imposição da sanção no âmbito da justiça juvenil, exige também focar a atenção nas dimensões do crime que são mais relevantes para o julgamento condenatório dirigido à conduta de uma pessoa em desenvolvimento: aqueles relacionados à

desvalorização do comportamento, especialmente à sua gravidade subjetiva. Essa ênfase no desvalor do comportamento deve ser entendida fundamentalmente como uma consideração a favor do adolescente que manifesta menos comprometimento subjetivo ou individual com o crime, e não como motivo para aumentar a resposta penal em casos de pouco desvalor do resultado (por exemplo, uma tentativa de crime) sob o pretexto de ter manifestado uma elevada desvalorização da conduta.

Para além da consequência desta diferença de posição face às normas penais, para toda a categoria de adolescentes, em termos da sua culpa reduzida (ou "culpa diferenciada") em comparação com a de um adulto, o crime perpetrado por um adolescente pode ser menos grave, no caso concreto, devido a uma série de fatores que podem ter contribuído para a sua dificuldade em perceber a gravidade objetiva da injustiça penal, na ausência de um elemento subjetivo necessário para que se configure a injustiça penal agravada imputada (por exemplo, um assassinato, em vez de um homicídio), ou na menor capacidade do adolescente de resistir ao impulso de perpetrar o crime.

Entre as circunstâncias que a legislação poderia considerar explicitamente para oferecer aos tribunais uma base mais sólida para se encarregar daquelas situações que possam afetar a culpabilidade do adolescente podem ser contadas: o erro de compreensão sobre a especial nocividade de determinados comportamentos; a presença de motivações tipicamente adolescentes (como o desejo de brincar ou aventurar-se, ou de impressionar os outros com a própria habilidade ou coragem) incompatíveis com certas motivações ou disposições subjetivas exigidas por certos crimes (como a intenção de apropriação, premeditação, crueldade, o uso da superioridade de forças); a pressão para cometer crimes imposta por pessoas idosas no ambiente familiar ou social imediato ou por grupos violentos que estabelecem regras informais de conduta cujo cumprimento constitui um problema de sobrevivência, entre outros. Outra opção, seguida por alguns sistemas de justiça juvenil na Ibero-América, consiste em isentar os adolescentes da responsabilidade penal por determinados crimes que, de acordo com uma decisão geral do legislador, se perpetrados por menores de dezoito anos, não estão abrangidos pelo desvalor suficiente para merecer uma resposta criminal.

b) Menor ênfase em considerações de segurança pública e fins simbólicos

Dada a centralidade da culpabilidade individual do adolescente, como medida da gravidade do seu crime, devem ser consideradas aquelas considerações que o legislador tem tido em conta ao fixar – e, sobretudo, aumentar – a pena atribuída ao crime na legislação penal comum, que estão relacionadas com objetivos de segurança pública, como a redução de determinado tipo de crime que vem aumentando, ou com fins simbólicos, como a satisfação de demandas de reconhecimento de determinados historicamente interesses adiados

Comentário

Este tipo de considerações, mesmo que sejam reconhecidas como tendo um papel legítimo na definição da legislação penal, traduzem-se frequentemente em modificações importantes na escala ordinal de gravidade dos crimes que não prestam suficiente atenção ao desvalor da conduta, mas antes se concentram principalmente no papel dessas modificações legais para promover uma determinada agenda política, de vários tipos. Assim, por exemplo, a luta contra o crime organizado ou o terrorismo, ou o reconhecimento simbólico da extrema gravidade do homicídio devido ao género, identidade e orientação sexual da vítima, ou a indemnização sexual de meninas e meninos – mesmo face a interações consentidas por eles –, são a base para aumentos de penas, que podem ser considerados legítimos no direito penal comum, mas que não devem ser automaticamente assumidos para decidir que a partir de então esses crimes, perpetrados por um adolescente, são muito mais graves do que eles eram antes.

11 Considerações especiais na determinação da gravidade das sanções contra adolescentes

a) Em relação à categoria de adolescentes

Ao estabelecer a correspondência entre a gravidade da sanção e a gravidade do crime, a legislação e os tribunais devem levar em conta que as sanções são objetivamente mais intensas para um adolescente do que para um adulto, pois afetam muito mais as possibilidades de levar uma vida normal em fase da adolescência do que na fase da vida adulta. Portanto, os princípios e regras para determinação de sanções devem sempre levar a uma sanção menor para um adolescente do que para um adulto, por atos semelhantes. Isto deve ser garantido especialmente

no caso de sanções privativas de liberdade, mas também no que diz respeito a sanções não privativas de liberdade que afetam significativamente outros interesses importantes e necessidades de desenvolvimento dos adolescentes, tais como a sua educação, saúde mental, proteção contra abusos, a sua imagem e estima na comunidade.

Comentário

A severidade de uma sanção, mesmo medida *objetivamente* – isto é, sem levar em conta o grau de sofrimento experimentado subjetivamente por cada indivíduo, consideração que escaparia às possibilidades da justiça–, varia de acordo com sua capacidade de afetar os interesses vitais de quem sofre a sanção, algo que na dogmática penal tem sido conhecido como a diversa *sensibilidade à punição*. Se esta variação for significativa, a sanção que é proporcional para um sujeito – tendo em conta a gravidade do crime que cometeu – pode deixar de ser proporcional para outro sujeito – com culpa semelhante–.

Em relação aos adolescentes, como categoria, uma certa corrente de retributivismo especialmente preocupada com a proporcionalidade das sanções tem destacado que a mesma sanção, se imposta a um adolescente, afeta muito mais os interesses que ele compartilha com outras pessoas adultas - como o interesse pela liberdade, privacidade e segurança, que são sempre afetados pela privação de liberdade - e que, além disso, pode afetar especialmente outras dimensões importantes do que representa um estilo de vida *normal* ou *padrão* para o sujeito, considerando sua respectiva fase de vida – como interesse pela vida familiar, educação, saúde ou participação na vida cultural–. Ignorar essa diferença – destaca essa mesma concepção – mesmo que já tenha sido feito um "desconto punitivo" devido à sua menor culpabilidade, resulta em uma punição desproporcional aos adolescentes. A proporcionalidade da sanção com o crime exige atribuir um duplo efeito de atenuação ou redução da sanção, tanto pela menor culpabilidade do adolescente como pela sua maior sensibilidade à sanção.

b) *Considerando diferenças etárias dentro da categoria adolescentes*

A determinação da severidade da sanção deve também levar em conta, como fator importante, a idade do adolescente, de modo que a lei e os tribunais devem considerar a mitigação do seu valor, duração ou intensidade da restrição de direitos que impõe, à medida que a idade do adolescente diminui.

Comentário

Dentro da categoria dos adolescentes, uma consideração ainda objetiva da severidade da sanção exige o reconhecimento de diferenças significativas na severidade relativa que a mesma sanção representa de acordo com a faixa etária de quem a sofre, tendo novamente em conta o seu impacto diverso nos interesses e necessidades de desenvolvimento. O reconhecimento deste aspecto da proporcionalidade da sanção com o crime é favorecido através do estabelecimento de regras e limites diferenciados para cada faixa etária, pelo legislador.

c) Considerando especiais necessidades de determinados adolescentes

Por fim, a determinação da severidade da sanção deve também considerar, em casos especiais, a presença de circunstâncias objetivas que tornem uma determinada sanção mais severa para determinados adolescentes do que para o adolescente médio, porque afeta os seus direitos ou interesses de forma mais intensa. Nesse caso, a quantia, a duração ou a intensidade da violação dos direitos impostos pela sanção devem ser mitigados.

Comentário

Dentro da categoria dos adolescentes, e mesmo dentro de cada faixa etária, uma consideração ainda objetiva da severidade da sanção exige reconhecer que em certas situações uma sanção pode ser muito mais severa para alguns adolescentes do que para outros, devido a interesses ou necessidades susceptíveis de consideração objetiva. Critérios como a presença de deficiência ou doença crónica, situação de gravidez ou maternidade, ausência total de redes familiares ou comunitárias – por exemplo, em situações de imigração ilegal ou de pertencimento a um grupo étnico minoritário –, orientação homossexual ou identidade

transexual (pelo menos em contextos em que estes grupos tendem a ser alvo de graves discriminações e até agressões, nas prisões), entre outros, devem ser tidos em conta pela lei, abrindo assim espaço para que os tribunais considerem esta diferença em cada caso e desenvolvam uma doutrina que permite que sejam aplicados de maneira igualitária e previsível.

Finalmente, especialmente no que diz respeito às sanções não privativas de liberdade, a incapacidade ou menor capacidade de um adolescente para cumprir a sanção imposta, por exemplo, em resposta a défices claramente identificáveis nas competências cognitivas ou sociais, implica uma maior severidade da sanção, se as regras de incumprimento ou violação da sanção implicarem um certo risco de ter que sofrer uma sanção mais severa em tais hipóteses. Esta circunstância deve ser levada em conta ao decidir a sanção proporcional ao crime.

12 Relação entre gravidade do crime e severidade da sanção em relação aos adolescentes

a) Compreensão especial da adolescência como fase de aprendizagem

A identificação do grau de severidade da sanção proporcional à medida de gravidade do crime, no que diz respeito aos adolescentes, não resulta simplesmente de uma calibração adequada e diferenciada de uma e de outra medida ou fator, mas representa também um exercício de especial compreensão da adolescência como uma fase de aprendizagem de comportamentos que respeitam os direitos de terceiros, o que deve traduzir-se no fato de que o conjunto de sanções que o legislador coloca à disposição dos tribunais – e a sua máxima extensão – deve expressar e permitir essa especial compreensão.

Comentário

A determinação da sanção proporcional, no caso dos adolescentes, vai além de um exercício aritmético que opera um “desconto” da sanção em resposta a cada um desses dois fatores (menor gravidade do crime e maior sensibilidade à severidade da sanção): implica disposição para exigir menos e perdoar mais, oferecendo mais oportunidades ao adolescente de aprender com seus erros sem ter que pagar custos altíssimos por eles, o que coloca em risco seu desenvolvimento e o próprio processo de aprendizagem.



b) Renúncia às regras de proporcionalidade positiva absoluta em matéria de sanções privativas de liberdade

A imposição de uma pena privativa de liberdade não deve ser ordenada de forma absoluta pelo legislador com base apenas no tipo de crime perpetrado. O tribunal deve ter espaço para escolher, de acordo com as circunstâncias específicas do caso, uma sanção proporcional.[5]

Comentário

Seguindo uma conhecida classificação das diversas regras de proporcionalidade das penas que o direito penal pode contemplar, deve ser feita uma distinção entre regras (i) de proporcionalidade cardinal, que permitem definir uma medida absoluta de pena adequada aos crimes mais graves e menores do sistema, e (ii) proporcionalidade ordinal, que permite que a pena para um crime seja declarada proporcional ou desproporcional com base na pena previamente definida como proporcional para outro crime. Por sua vez, a proporcionalidade ordinal pode ser (a) a proporcionalidade negativa, que no que diz respeito aos crimes de menor ou média gravidade se opõe à imposição de uma pena que seria desproporcionalmente elevada, ou (b) proporcionalidade positiva, que para determinados crimes graves ou médios exige uma severidade mínima da pena para evitar que seja desproporcionalmente baixa para esses crimes. Finalmente, as regras de proporcionalidade ordinal podem ser 1) absolutas, impondo limites (negativos ou positivos) não sujeitos a avaliação discricionária pelos tribunais através da consideração de outros fatores, ou 2) flexíveis, impondo um limite sujeito a um exercício de avaliação discricionária pelos tribunais.

A norma em discussão propõe proibir no direito penal adolescente as regras de proporcionalidade positiva absoluta, sejam elas ordinais ou cardinais, uma vez que a única

[5] N. dos Eds.: Este princípio foi incluído recentemente na nova Observação Geral (OG 24) do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, sobre "children's rights in the child justice system" (direitos das crianças no sistema de justiça infantil), declarando que o estabelecimento legal de penas mínimas obrigatórias baseadas apenas no tipo de crime praticado (*mandatory minimum sentences*) é incompatível com o princípio da proporcionalidade, bem como com a exigência de privação de liberdade "será usada apenas como medida de último recurso e pelo período mais curto apropriado." V. General comment Nº 24 (2019) on children's rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en (consultado em 26 de setembro de 2019), Nº 78.

consideração do tipo de crime perpetrado como pressuposto de uma norma que ordena de forma absoluta ao tribunal a imposição de uma pena privativa de liberdade ignora a específica culpabilidade do adolescente, bem como outras circunstâncias que possam objetivamente tornar a pena privativa de liberdade imposta desproporcionalmente aflitiva. Neste sentido, a lei não deve estabelecer seções ou escalas rígidas que exijam, para determinadas categorias criminais, a imposição de uma sanção privativa de liberdade ou a sua máxima extensão. O legislador poderia considerar regras flexíveis de proporcionalidade positiva, que exigem a imposição deste tipo de sanção se a culpa do adolescente pelo tipo perpetrado for suficientemente grave e não surgirem circunstâncias que tornem a sanção desproporcionalmente aflitiva a seu respeito.

Por outro lado, no que diz respeito às sanções não privativas de liberdade, é possível considerar este tipo de regras de proporcionalidade positiva absoluta, por exemplo, exigindo uma sanção mais severa do que uma repreensão ou multa no que diz respeito a tipos de crimes mais graves, desde que que sejam suficientemente graves para que, em caso de diminuição da culpa, a sanção mais severa (não privativa de liberdade) continue a ser proporcional à gravidade específica da culpabilidade por esse tipo de injustiça. Em qualquer caso, mesmo no caso de sanções não privativas de liberdade, o tribunal deve sempre ter várias sanções à escolha, evitando escalas rígidas que associam necessariamente um único tipo de sanção a um determinado nível de gravidade do crime.

c) Regras de proporcionalidade ordinal negativa em relação às sanções privativas de liberdade

A lei deverá considerar regras que proíbam a imposição de sanções privativas de liberdade para crimes que não sejam suficientemente graves, indicando um limite mínimo de gravidade ou uma lista de crimes que admita – mas não exija que o tribunal – imponha este tipo de sanções.

Comentário

Diferentemente das regras da proporcionalidade positiva absoluta, as regras da proporcionalidade negativa absoluta, embora também limitem o espaço deixado aos tribunais para escolherem uma sanção proporcional às circunstâncias do caso, justificam-se por pelo

menos duas razões. Em primeiro lugar, porque as circunstâncias do caso específico que acompanham a prática de um tipo de crime não especialmente grave não podem aumentar significativamente essa gravidade, qualquer que seja a concepção que se tenha sobre a relação entre culpa e injustiça penal; isto contrasta claramente com as circunstâncias que reduzem a culpa por um tipo grave de crime, o que pode modificá-la significativamente. E, em segundo lugar, porque o princípio da aplicação apenas excepcional da privação de liberdade, consagrado no CDC, constitui uma razão especial para a introdução de regras que limitem a possibilidade de imposição de sanções deste tipo, circunscrevendo o leque de crimes em que esta alternativa poderia mesmo ser considerada, tendo em conta as circunstâncias do caso específico.

No entanto, a decisão legislativa de estabelecer uma gravidade mínima - ou uma lista de crimes - como condição necessária para que o tribunal tenha poderes para - e não seja obrigado a - impor uma sanção privativa de liberdade, em algumas jurisdições tende a ser aplicado como se ao mesmo tempo constituísse uma regra de proporcionalidade positiva absoluta, de modo que, sem ter em conta as circunstâncias do caso específico, a única consideração do tipo de crime perpetrado serve de base para a imposição desse tipo de sanção.

Esta forma de entender as regras de proporcionalidade negativa é completamente injustificada e seria incompatível com a norma que promove a renúncia às regras de proporcionalidade positiva absoluta (v.12, b).

d) Limites absolutos de proporcionalidade cardinal negativa de sanções e máxima de não retrocesso

O legislador deve estabelecer limites e proibições absolutas em relação às sanções consideradas muito severas para os adolescentes, bem como no que diz respeito à extensão máxima que a privação de liberdade pode atingir, reconhecendo também diferenças entre faixas etárias dentro da categoria de adolescentes.

A pena de morte e a prisão perpétua não podem, em caso algum, enquadrar-se na escala de sanções aplicáveis ao adolescente, nem mesmo que a lei considere a possibilidade de as substituir ou reduzir no centro de controle de execuções; por exemplo, por meio de liberdade condicional.

Limites e proibições mais rigorosos que estes, que indicam a duração máxima das sanções aplicáveis – diferenciadas, quando apropriado, de acordo com a idade – não devem ser

modificados de forma que prejudique os adolescentes. Deve-se considerar a possibilidade de reconhecer constitucionalmente esses limites absolutos, como forma de evitar retrocessos por meio de uma simples reforma legal.[6]

Comentário

Independentemente de uma sanção particularmente severa poder ser considerada proporcional ao crime, na escala ordinal – por exemplo, se a sanção imediatamente inferior em gravidade for aplicável ao crime mais grave do sistema, uma sanção mais severa poderia ainda parecer indicada para quem quer que seja responsável por uma combinação destes crimes – pode ser desproporcional em termos absolutos, numa dimensão fundamental. Para a CDC, este é o caso da pena capital e da prisão perpétua sem possibilidade de libertação. Mas com o estabelecimento do princípio da brevidade da privação de liberdade ("pelo período mais curto possível"), a CDC também promove limites mais rigorosos. Por esta razão, o legislador deve decidir quais limites absolutos de proporcionalidade ordinal negativa devem ser estabelecidos, especialmente para dar corpo ao princípio da brevidade da privação de liberdade, tendo em conta a faixa etária de cada adolescente.

Além disso, na medida em que esses limites se baseiem no respeito aos direitos humanos dos adolescentes, deverá ser aplicado o princípio do não retrocesso ou proibição da regressividade, que é respaldado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 29) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 53). É desejável estabelecer estes limites nas constituições dos países ibero-americanos, pois isso reforçaria o seu carácter como normas de direitos humanos, sujeitos a tal proibição.

e) Renúncia especial a uma sanção proporcional no âmbito de processos de justiça restaurativa

[6] Nota dos Eds.: Na nova Observação Geral (OG 24), do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, sobre "children's rights in the child justice system" (direitos das crianças no sistema de justiça para crianças), que substitui a OG 10, este princípio é incluído de forma mais enfática do que antes; recomendando que os Estados Partes estabeleçam uma duração máxima para a sanção privativa de liberdade, que se aplique sem exceções e que reflita o princípio do "período mais curto que seja apropriado". V. General comment Nº 24 (2019) on children's rights in the child justice system, CRC/C/GC/24, 18 September 2019, disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=en (consultado em 26 de setembro de 2019), Nº 77.

Os sistemas de justiça juvenil que contemplam processos de justiça restaurativa podem, em certos casos, dispensar a imposição de uma sanção proporcional ao crime, quer impondo uma sanção menos severa do que seria proporcional ao crime, quer dispensando qualquer sanção, quando a vítima do crime e a comunidade pode ser reparada satisfatoriamente através de um reconhecimento sério, por parte do adolescente, da injustiça do seu crime, ou através do seu compromisso ativo com um projeto de vida que dispense a perpetração de crimes no futuro.

A implementação da justiça restaurativa deve evitar a aplicação de sanções penais com preconceito de classe ou qualquer outra forma de discriminação, oferecendo efetivamente essa oportunidade a todos os adolescentes, independentemente da sua condição pessoal, social ou familiar.

Em qualquer caso, as saídas baseadas nos princípios da justiça restaurativa devem respeitar os direitos e garantias reconhecidos aos adolescentes acusados e à vítima do crime.

Comentário

A experiência dos sistemas de justiça juvenil demonstra o potencial dos processos de justiça restaurativa para resolver certos conflitos penais de uma forma menos violenta ou aflitiva do que através da imposição de sanções, ou reduzindo a severidade das sanções, com resultados mais satisfatórios para todos os envolvidos. Este potencial pode ser aproveitado para responder de forma mais satisfatória tanto aos interesses das vítimas de crimes e da comunidade, como ao interesse do adolescente em proteger o seu desenvolvimento e promover a sua integração social.

Mas se os orçamentos para a implementação de soluções de justiça restaurativa forem definidos em termos que coloquem grande ênfase nas competências sociais, comunicativas e até empáticas do adolescente perpetrador, existe um risco relevante de que esta alternativa não esteja efetivamente disponível para adolescentes de qualquer condição. A implementação generalizada desta forma de lidar com os conflitos penais deve estar atenta a este risco, formulando os seus orçamentos de aplicação em termos não discriminatórios.

Por fim, mesmo quando as saídas promovidas pela justiça restaurativa sejam consideradas como alternativa à sanção, uma vez que são decididas ou autorizadas pelo sistema

de justiça, em consequência de um crime, devem ser respeitadas as garantias reconhecidas pelos direitos do adolescente ou da vítima. No caso dos adolescentes, as garantias penais substantivas devem ser respeitadas primeiro, para que em nenhum caso este tipo de justiça restaurativa possa ocorrer se o ato não constituir um crime ou se existirem circunstâncias que isentem o adolescente de responsabilidade.

As garantias processuais do adolescente acusado também devem ser respeitadas, tanto ao decidir se a acusação é plausível, como no caso de, falhando o processo de mediação ou reparação, o sistema de justiça juvenil retomar a perseguição da responsabilidade do adolescente (caso em que é fundamental que o direito do adolescente de não se autoincriminar tenha sido respeitado e que a presunção de inocência não se torne ilusória devido à existência de provas das declarações do adolescente sobre a sua intervenção no incidente). Por último, os direitos e garantias da vítima do crime, especialmente aqueles que garantem que a sua participação é livre de coerção e com pleno conhecimento dos fatos, também devem ser protegidos nos processos de justiça restaurativa.

13 Critérios para impor o confinamento provisório e seu impacto na prática sancionatória. Proporcionalidade da medida cautelar

A imposição de medidas cautelares privativas de liberdade, como a prisão provisória, deve obedecer aos requisitos de proporcionalidade inerentes a uma medida de natureza processual, mas também tendo em conta a gravidade do crime em causa, pelo que tais requisitos não podem ser inferiores do que aquelas que regem a imposição de sanções penais dessa natureza. Assim, a medida de confinamento provisório só pode ser justificada se for adequada e estritamente necessária à satisfação dos fins do processo, e se os riscos que tal medida acarreta para o desenvolvimento e integração social do adolescente não forem desproporcionalmente elevados em comparação com a importância de satisfazer essas finalidades processuais no caso concreto. Em qualquer caso, tais riscos serão considerados desproporcionalmente elevados se, mesmo que a responsabilidade do adolescente seja estabelecida, a sanção privativa de liberdade for desproporcional ao crime pelo qual ele é imputado.

Além disso, devem existir medidas cautelares pessoais não privativas de liberdade eficazes, que tornem desnecessário, exceto em casos qualificados, o recurso à prisão provisória.

Comentário

Embora a proporcionalidade das medidas cautelares privativas de liberdade responda a critérios próprios, tendo em conta as necessidades processuais e ponderando-as com os riscos que representam para o adolescente, a determinação da importância de tais necessidades num caso específico - por exemplo, garantir o aparecimento do adolescente imputado quando há certo risco de fuga – não pode ignorar a gravidade do crime imputado. Assim, e dado que a privação da liberdade acarreta riscos elevados, é desproporcional expor ao adolescente a eles durante a investigação ou julgamento se, dado o crime de que é acusado, mesmo sendo condenado, a pena privativa de liberdade não poderia ser imposta, por ser desproporcional a esse crime.

Adicionalmente, a imposição de confinamento provisório durante a investigação e o julgamento geralmente tem, na prática da justiça juvenil em alguns países ibero-americanos, um grande impacto na decisão subsequente de impor uma sanção privativa de liberdade (*efeito inercial* da medida cautelar). Por outro lado, o fato de o adolescente ter sido submetido a uma medida cautelar não privativa de liberdade, e de tê-la cumprido satisfatoriamente, é um preditor fundamental da provável imposição de uma sanção não privativa de liberdade. Esta circunstância reforça a razoabilidade de se ter em conta, na decisão sobre a medida cautelar, quando se trata de crime passível de punição com pena privativa de liberdade em caso de condenação, devendo ser proibida a imposição da prisão provisória se, para o tipo de crime imputado, a sanção de confinamento seria desproporcional.

Sem prejuízo do acima exposto, para promover a moderação no uso do confinamento provisório – e, com ele, das sanções privativas de liberdade – parece ser ainda mais importante implementar de forma sistemática e eficaz de medidas cautelares pessoais e não privativas de liberdade, dotadas de apoio profissional ao adolescente e dotadas de outros meios necessários para reduzir o risco de o adolescente não comparecer ao julgamento e de repetir o crime.

V NORMAS RELATIVAS À PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ADOLESCENTE



14 Relevância da consideração das circunstâncias do adolescente de acordo com critérios legais

A exigência de proporcionalidade, estabelecida pela CDC, também se refere ao fato de o tratamento dispensado aos adolescentes ser proporcional às suas circunstâncias. No campo da determinação da sanção, esta exigência significa, pelo menos, reservar aos tribunais um espaço razoável de discricionariedade regulada para que a sanção – além de justa – leve em conta a real situação do adolescente, naquilo que for relevante de acordo com os critérios estabelecidos por lei no respectivo sistema de justiça juvenil.

Comentário

Quais os critérios que devem ser utilizados para definir os aspectos da situação do adolescente cuja consideração é pertinente é uma questão crucial, não claramente definida pelos padrões estabelecidos pelos instrumentos internacionais. Mas alguns destes critérios podem derivar de princípios explícitos ou implícitos desses mesmos instrumentos, enquanto outros surgem de uma avaliação das fontes problemáticas observadas no estudo dos sistemas de justiça juvenil da Ibero-América.

15 Consideração não discriminatória das circunstâncias do adolescente e princípio da legalidade da sanção

Em consonância com as definições que cada sistema de justiça juvenil faz em relação aos fins do sistema e às sanções para os adolescentes, as circunstâncias do adolescente devem ser levadas em consideração ao decidir qual sanção é proporcional no caso específico, de acordo com critérios claros que, por um lado, permitam aos tribunais dispor de um espaço de discricionariedade razoável para impor uma sanção justa e adequada para esses efeitos, no caso concreto, e por outro lado, respeitar o princípio da legalidade da sanção, evitando uma aplicação discriminatória ou imprevisível da lei.

Em particular, para evitar uma aplicação discriminatória da lei, a escolha entre uma sanção privativa de liberdade e uma sanção não privativa de liberdade não deve depender fundamentalmente das circunstâncias do adolescente que não estejam relacionadas com a proporcionalidade entre a sanção e o crime.

Por outro lado, a escolha entre duas sanções não privativas de liberdade de severidade semelhante deve considerar as circunstâncias do adolescente que estão relacionadas com a adequação relativa de uma e de outra para promover a integração social do adolescente, se esse for um objetivo da sanção na lei.

Comentário

Exigir um tratamento que seja proporcional não só à infracção, mas também às circunstâncias do adolescente, desempenha um papel importante dentro dos princípios da CDC. Mas a sua implementação na lei e na jurisprudência dos tribunais deve ser feita com consciência dos riscos associados a uma prática indiscriminada de *individualização* da sanção, que a criminologia tem contribuído para identificar e submeter a críticas sob a acusação de uma aplicação do direito com graves preconceitos de classe e étnicos (criminalização da pobreza e da vulnerabilidade social). Portanto, a regulamentação legal e a prática judicial devem responder a princípios e critérios claros, sem prejuízo do fato de existirem várias opções sobre como considerar as circunstâncias do adolescente sob uma doutrina razoável.

Na verdade, a exigência de uma consideração diferenciada da gravidade do crime (v. 10) já representa uma primeira e muito importante forma de abordar as circunstâncias do adolescente, ao decidir qual sanção é proporcional. Adicionalmente, a consideração diferenciada da severidade da sanção, levando em conta as circunstâncias do adolescente que o tornam mais sensível à dimensão aflitiva da sanção (v. 11), também atende a essa exigência, quer aborde aspectos individuais que tornam uma sanção mais arriscada para o desenvolvimento ou os direitos de um determinado adolescente, como se levasse em conta a sua menor capacidade de cumprir determinada sanção, expondo-se ao risco de uma sanção pelo descumprimento. Assim, em nenhuma destas duas formas de levar em conta as circunstâncias do adolescente existe um sério risco de aplicação discriminatória da lei.

Finalmente, a consideração das circunstâncias do adolescente como critério para a escolha de uma sanção apropriada para atingir objetivos especiais de prevenção positiva é consistente com a definição que os sistemas de justiça juvenil costumam fazer relativamente aos fins da sanção. Contudo, a atenção a estes fins representa um sério risco de aplicação discriminatória da lei. Portanto, a suposta adequação da sanção à integração social do adolescente não pode servir de base fundamental para a escolha de alguns adolescentes como os melhores candidatos a uma sanção de liberdade e outros como os melhores candidatos a uma sanção de reclusão, nos casos que são equivalentes do ponto de vista das condições de proporcionalidade entre a sanção e a gravidade do crime. No entanto, considerar este tipo de circunstâncias para escolher entre duas ou mais sanções não privativas de liberdade cuja severidade – intensidade aflitiva – seja (relativamente) semelhante implica menos riscos.

16 Antecedentes penais prévios do adolescente

O fato de um adolescente ter cometido crimes anteriormente não deve desempenhar qualquer papel na determinação da sanção, uma vez que não tem relação com a proporcionalidade entre a sanção e o crime, e não consiste em uma circunstância atual do adolescente, mas sim em um fato do passado, o que não é justo que se transforme num estigma social.

Os registros das condenações anteriores de um adolescente devem ser estritamente confidenciais. Somente os funcionários da justiça juvenil devidamente autorizados por lei podem acessá-los.

Comentário

A *reincidência* criminal não constitui em si critério de proporcionalidade da sanção com o crime ou com as circunstâncias do adolescente. A criminologia mostra que a perpetração ocasional de crimes é relativamente normal durante a adolescência, fase em que a aprendizagem de comportamentos socialmente aceitáveis pode passar por conflitos e experimentação dos limites do que é permitido. Assim, o fato de ter cometido um crime no passado, além de não ter relação com a gravidade do crime atual, por si só nada diz sobre as circunstâncias atuais do adolescente.

Além disso, dado o grave risco de estigmatização que o rótulo de delinquente representa para um adolescente, os registros contendo suas condenações penais anteriores devem ser submetidos a estrito sigilo, e a lei deve determinar de forma restritiva os funcionários da justiça juvenil que podem ter acesso a eles, para os fins considerados pela própria lei (por exemplo, unificar penas no futuro ou considerar marginalmente uma redução da intensidade da sanção, em favor de quem não tem condenações anteriores).

17 Circunstâncias do adolescente durante a execução da sanção

As circunstâncias do adolescente, mesmo aquelas que não se referem à gravidade do crime perpetrado, devem desempenhar um papel importante durante a execução da sanção, especialmente para apoiar decisões judiciais ou administrativas de substituição antecipada ou extinção antecipada da sanção. Entre as circunstâncias a ter em conta, deve ser dada especial relevância a qualquer alteração das condições que: (i) torne aconselhável modificar a sanção para favorecer a integração do adolescente; (ii) reflete maior dificuldade objetiva do adolescente cumprir a sanção originalmente imposta, com elevado risco de incumprimento da sanção, o que poderá prejudicar a sua situação jurídica, ou (iii) traduz-se numa intensificação do impacto negativo da sanção original sobre as necessidades e interesses do adolescente.

No caso de substituição ou extinção antecipada da sanção privativa de liberdade, a alteração das condições que aconselhem a libertação do adolescente para promover a sua integração social deve consistir fundamentalmente na atitude própria do adolescente e no compromisso do próprio adolescente com um projeto de vida que dispense a perpetração de crimes, ou com alterações específicas que o tornem possível, como a superação de um vício que influenciou significativamente a sua atividade criminosa anterior.

O exercício dos poderes dos tribunais ou da administração para adotar este tipo de decisão durante a execução da sanção deve ser regulamentado por lei, respeitando integralmente as garantias dos adolescentes, incluindo o seu direito à revisão periódica da sanção, de ofício ou a pedido de uma das partes, para a sua eventual modificação ou extinção antecipada, e para que esta decisão seja adotada ou revista pelo tribunal em um audiência em que o adolescente tem defesa técnica e possibilidade de apresentar provas a favor de sua pretensão e contestar as que se opõem.

Comentário

As prevenções estabelecidas contra o perigo de que circunstâncias do adolescente não relacionadas à gravidade do crime determinem uma aplicação discriminatória de sanções, especialmente aquelas que envolvem privação de liberdade, são menos relevantes durante a execução da sanção e deveria haver mais espaço para considerá-las, como base para decisão de substituição antecipada ou extinção antecipada da sanção. Contudo, como nesta fase ainda persiste o risco de aplicação discriminatória das normas, especialmente daquelas que permitem a saída da prisão, a decisão deve dar especial ênfase às circunstâncias pessoais que não discriminem os adolescentes de acordo com a sua situação de vulnerabilidade social, mas valorizam sua atitude e compromisso com um projeto de vida futura sem crimes.

Dada a importância da fase de execução da sanção na configuração específica da pena que o adolescente efetivamente cumprirá, todas as decisões que nela tenham impacto devem respeitar o princípio da legalidade da execução e as garantias processuais que permitem ao adolescente defender seus direitos. Em relação à consideração das circunstâncias do adolescente, para decidir uma possível modificação ou extinção antecipada da sanção, estas garantias implicam a revisão periódica da sanção e a possibilidade de um tribunal decidir a

possível modificação ou extinção antecipada da sanção, ou rever a decisão da administração que não deu origem a um pedido neste sentido, com pleno respeito pelas garantias do devido processo que correspondem a esta fase, incluindo pelo menos o direito à defesa técnica e à apresentação de provas a favor da sua reclamação ou para contestar aqueles que possam prejudicá-lo.

VI NORMAS ESPECÍFICAS PARA A IMPOSIÇÃO JUDICIAL DA SANÇÃO

18 Critérios para selecionar uma sanção privativa de liberdade

a) Proibição de discriminação negativa contra adolescentes em relação aos adultos

Em nenhum caso poderá ser imposta sanção privativa de liberdade a adolescente por crime que, se tivesse sido cometido por maior de idade, não seria efetivamente punido com pena dessa natureza.

Comentário

Embora isso deva naturalmente decorrer da menor culpabilidade dos adolescentes e da sua maior sensibilidade à sanção, em comparação com os adultos, bem como da máxima que exige uma compreensão especial por parte do sistema penal para com eles, a legislação deve proibir expressamente a imposição de sanção privativa de liberdade ao adolescente nos casos que para um adulto não seriam efetivamente sancionados com pena dessa natureza. O cumprimento desta proibição deve ter em conta a sanção que efetivamente sofreria um adulto em situação semelhante – sendo que a lei prevê nominalmente para o respetivo crime –, considerando a eventual suspensão condicional ou substituição da pena por outra não privativa de liberdade.

b) Adequação e necessidade da pena privativa de liberdade

Não se pode recorrer à pena privativa de liberdade se não representar um meio adequado para atingir os fins que a lei lhe atribui ou se o recurso a ela não for estritamente necessário por insuficiência das demais sanções para atingir tais fins.

A suposta adequação de uma sanção privativa de liberdade para alcançar a integração social de um adolescente não pode servir de base para preferi-la a uma pena não privativa de liberdade.

Comentário

O princípio da proporcionalidade da sanção em relação aos seus fins (v. 7) exige, antes de tudo, que qualquer medida que afete direitos fundamentais seja adequada à consecução dos fins (constitucionalmente lícitos) que propõe e que o sacrifício que impõe direitos afetados é necessária, no sentido de que não existe outro meio menos prejudicial para atingir os mesmos fins, fora da exigência de estrita proporcionalidade ou *proibição de excesso* (que é antes referida com o exame da proporcionalidade entre a gravidade do fato e a severidade da sanção).

Estas exigências são fundamentais quando o meio escolhido é a privação de liberdade (embora também se apliquem a outras sanções), sanção que os instrumentos internacionais em vigor sobre a matéria, como a CDC, procuram relegar à categoria de último recurso, que também serão aplicados pelo menor período possível. Assim, e dado que estes princípios são apoiados pelas evidências disponíveis sobre os importantes riscos que a privação de liberdade representa para o desenvolvimento e a integração social dos adolescentes, a adequação da pena privativa de liberdade dificilmente poderia ser compreendida em relação à sua contribuição para esse fim. Portanto, a adequação desta sanção deve ser definida fundamentalmente em relação a outras finalidades, cuja concretização através de uma interferência tão intensa nos direitos do adolescente condenado é necessária apenas em casos de gravidade extraordinária. Esses fins podem ser entendidos de diferentes maneiras, dependendo se a legitimação de uma sanção tão severa se baseia numa concepção retributiva, na confirmação da validade da norma ou na expressão de uma desaprovação orientada para a educação; mas em qualquer caso são finalidades associadas a uma necessidade que apenas os crimes mais graves colocam à justiça juvenil e cuja realização por meios menos nocivos é cada vez mais plausível, quanto menor for

a culpabilidade específica do adolescente. Nesse sentido, a adequação e a necessidade da pena privativa de liberdade aparecem intimamente ligadas à sua estrita proporcionalidade com a gravidade do crime e as circunstâncias do adolescente, especialmente as circunstâncias que especificam a sua culpa individual, bem como a gravidade específica da sanção.

O que precede não exclui a exigência de que os programas implementados nos centros de cumprimento das sanções privativas de liberdade disponham de todos os recursos necessários para serem executados de forma profissional e adequada para promover o cumprimento dos objetivos educativos e de integração social que, pelo menos nessa fase –execução–, devem nortear todas as sanções no âmbito da justiça juvenil.

c) Critérios específicos aplicáveis em sistemas jurídicos com regras de proporcionalidade negativa

Nos sistemas de justiça juvenil que contemplam regras de proporcionalidade negativa, exigindo um certo nível de gravidade do crime ou indicando uma lista de crimes graves que habilitam o tribunal a impor uma sanção privativa de liberdade, os critérios para selecionar a natureza da sanção devem abordar: (i) o desvalor específico da conduta e da culpa do adolescente (v. 10); (ii) a circunstâncias que possam tornar esta sanção uma intervenção desproporcionalmente aflitiva para o adolescente (v. 11), e (iii) a outras circunstâncias do adolescente cuja consideração não seja discriminatória (v. 15).

Comentário

Pelas razões indicadas ao postular uma consideração não discriminatória das circunstâncias pessoais do adolescente (v. 15), a decisão de impor ou não uma pena privativa de liberdade a um adolescente não pode depender das suas qualidades pessoais ou das suas condições de vida social e familiar, mas fundamentalmente da proporcionalidade dessa pena ao crime.

Levando em conta o caráter aflitivo da sanção e os graves danos que a privação de liberdade muitas vezes causa às condições de vida e aos direitos do adolescente, o fato de que a decisão de quem é bom candidato à pena não privativa de liberdade e quem não o é acaba dependendo, não da forma como cada adolescente se comportou -diante das normas penais-,

mas de quais condições de vida lhe foi dado, parece estar em desacordo com os princípios elementares de justiça. O risco de tal injustiça ser cometida na determinação de uma sanção é menor se a legislação possuir regras de proporcionalidade negativa, que por esta razão devem ser favorecidas. Mas a adoção de tais regras não elimina esse risco, apenas o reduz, no sentido de que apenas os adolescentes que tenham perpetrado crimes de certa gravidade poderão estar sujeitos a pena privativa de liberdade, mas permanece o risco de que a decisão de quem entre eles serão privados de liberdade e aqueles que não acabarão dependendo mais de um julgamento sobre suas condições de vida do que de seu comportamento. Assim, mesmo que este tipo de regras de proporcionalidade negativa tenham sido estabelecidas, os critérios de escolha da pena privativa de liberdade devem continuar a basear-se fundamentalmente na proporcionalidade entre a sanção e o crime, considerando circunstâncias mais específicas do caso concreto (que abstraem bastante que a lei considera ao estabelecer regras de proporcionalidade), sem prejuízo de outras circunstâncias do adolescente cuja consideração não seja discriminatória, no sentido em que foi proposta (v. 15). Assim, por exemplo, o comportamento que o adolescente manteve – frente às normas penais e aos direitos de terceiros – durante o cumprimento de uma medida cautelar, além de servir como um indicador relevante do ponto de vista criminológico, pode ter alguma influência nessa decisão sem prejudicar os princípios da justiça, na medida em que confere a cada adolescente certo controle sobre os fatores que podem torná-lo destinatário de uma sanção de um tipo ou de outro.

d) Critérios específicos aplicáveis em sistemas jurídicos sem regras de proporcionalidade absoluta

Nos sistemas de justiça juvenil que não contemplam regras de proporcionalidade negativa e deixam aberta a possibilidade de impor sanções privativas de liberdade em princípio para qualquer crime, a lei deve considerar como critério fundamental para a seleção da natureza da sanção a proporcionalidade entre a severidade da sanção e a gravidade do crime perpetrado.

Com base neste critério, a jurisprudência dos tribunais deve desenvolver padrões claros quanto ao nível mínimo de gravidade do crime, prestando especial atenção ao tipo de crime em causa, para que estas sanções possam mesmo ser consideradas como uma opção pelo tribunal.

No caso dos crimes que satisfaçam este mínimo, os restantes critérios considerados pela lei para a escolha da sanção devem permitir ao tribunal atender às circunstâncias do caso

específico da mesma forma indicada para os sistemas que possuem regras de proporcionalidade negativa absoluta.

Comentário

O risco de que a decisão de privar a liberdade de alguns adolescentes e não de outros seja discriminatória aumenta se a lei não estabelecer uma gravidade mínima do crime como requisito para recorrer a sanções deste tipo. Nos sistemas de justiça juvenil com legislação deste tipo, é fundamental que os critérios de determinação da sanção penal juvenil estabelecidos na lei atribuam fundamental importância à proporcionalidade entre a sanção e o crime. Com base neles, a jurisprudência poderia preencher essa lacuna, estabelecendo qual o nível mínimo de gravidade do crime que satisfaz este requisito de proporcionalidade quando se trata de impor uma pena privativa de liberdade.

A decisão sobre quais os casos, entre todos aqueles que satisfazem este nível mínimo de gravidade, será imposta uma sanção desse tipo e em que não o será, deve basear-se fundamentalmente em critérios que especifiquem o nível de gravidade do crime, nomeadamente e, quando for o caso, que levem em conta considerações que possam tornar esta sanção mais angustiante para certos adolescentes, dadas as circunstâncias.

19 Critérios para selecionar uma sanção privativa de liberdade Critérios para determinação da prorrogação da pena privativa de liberdade

a) Proporcionalidade com o crime

A determinação da prorrogação da pena privativa de liberdade deve responder fundamentalmente às circunstâncias do caso específico que especificam o desvalor da conduta e a culpabilidade do adolescente.

Além disso, podem ser considerados outros tipos de circunstâncias do adolescente, que não têm relação com a gravidade do crime (v. 16 c), que se evidenciaram durante o cumprimento de uma medida cautelar e que aconselham a fixação de uma prorrogação mais curta, mesmo que permita que a sanção seja considerada executada com o tempo de confinamento provisório já cumprido. Nesses casos, a lei poderia permitir a imposição de uma

sanção que combinasse um período mais curto de privação de liberdade com uma sanção não privativa de liberdade que começasse a ser executada imediatamente após o término dessa pena.

Comentário

Novamente, o reconhecimento do caráter aflitivo da sanção e dos graves danos que a privação de liberdade frequentemente causa nas condições de vida e direitos do adolescente determinam que os critérios para determinar a prorrogação da sanção devem remeter-se fundamentalmente à proporcionalidade entre a gravidade do crime e a severidade da sanção, tendo em conta todas as particularidades que a justiça juvenil deve reconhecer ao avaliar a (menor) gravidade da injustiça e a culpa dos adolescentes e a (maior) intensidade com que uma sanção dessa natureza afeta suas necessidades e interesses.

b) Proibição de discriminação negativa e dever de tratamento privilegiado de adolescentes, em relação aos adultos

A prorrogação da pena privativa de liberdade imposta ao adolescente não poderá, em caso algum, ser superior e, pelo contrário, deverá ser manifestamente inferior à prorrogação da pena privativa de liberdade que, se o crime tivesse sido cometido por pessoa maior de idade, provavelmente teria sido imposta.

Comentário

As mesmas considerações levadas em conta para proibir a discriminação negativa contra adolescentes na decisão de lhes impor uma sanção privativa de liberdade apoiam uma proibição semelhante na determinação da extensão dessa sanção e, mais ainda, um dever de tratamento privilegiado, no sentido de que esta extensão deve ser claramente inferior à pena privativa de liberdade que teria de ser imposta a um adulto numa situação semelhante.

20 Critérios de seleção entre sanções não privativas de liberdade

A seleção de determinada pena não privativa de liberdade em detrimento de outras possíveis sanções da mesma natureza deve basear-se principalmente na sua maior adequação para favorecer, ou não dificultar, a integração social do adolescente, sem prejuízo de salvaguardar a devida proporcionalidade entre a intensidade da intervenção que acarreta a vida do adolescente e a relativa gravidade do crime perpetrado.

Comentário

Embora as sanções não privativas de liberdade também devam ser proporcionais ao crime cometido e, por essa razão, as circunstâncias que definem a gravidade do crime e a severidade relativa das diversas sanções não privativas de liberdade devem desempenhar um papel importante na seleção de uma delas pelo tribunal, outro critério fundamental que o tribunal deve ter em conta na escolha da sanção não privativa de liberdade a impor é a idoneidade diversa de uma ou de outra para o cumprimento dos fins de integração social, ambas positivamente - no sentido de preferir uma sanção que promova a integração social – e negativamente – no sentido de evitar uma sanção que possa dificultar a integração social do adolescente–.

Em particular, a maior adequação de uma sanção para promover positivamente a integração social do adolescente pode ser um critério fundamental na escolha de uma sanção não privativa de liberdade em detrimento de outra, se dois exigências forem satisfeitas no caso específico: (i) que existam informações confiáveis sobre a presença de determinados fatores que afetam o adolescente e que requerem intervenção específica para incentivar a desistência da atividade criminosa, para os quais o processo de maturação do adolescente por si só provavelmente não será suficiente, e (ii) que a sanção a impor esteja em condições de ser implementada através de programas cuja eficácia se baseie em evidências empíricas.

As considerações relativas à necessidade de uma intervenção positiva em prol da integração social do adolescente devem ser equilibradas com a devida atenção ao critério da proporcionalidade entre a sanção e a gravidade do crime, evitando intervenções muito intensas na vida do adolescente - mesmo que não sejam privativas de liberdade – para crimes menores. Um limite intransponível – mas em si insuficiente – deve ser a proibição de impor sanções mais severas aos adolescentes do que aquelas que um adulto teria sofrido por um crime de gravidade

equivalente. Além disso, a devida proporcionalidade entre a sanção e o crime deve considerar a menor culpabilidade do adolescente e o maior impacto aflitivo das sanções quando impostas nessa fase da vida.

VII NORMAS ESPECÍFICAS PARA REVISÃO JUDICIAL DA SANÇÃO, DURANTE SUA EXECUÇÃO

21 Plano individual de conformidade

Todo adolescente a quem for imposta sanção penal deverá ter um plano individual de cumprimento, aprovado pelo tribunal, que estabeleça claramente seus objetivos, conteúdo, etapas e prazos de implementação, bem como a autoridade ou instituição responsável pela execução.

O plano de cumprimento deve ser revisto e atualizado sempre que se alterem as circunstâncias que foram tidas em conta na sua formulação e aprovação, circunstância que deve ser comunicada ao tribunal pela autoridade ou instituição responsável pela execução, sem prejuízo do direito do adolescente de solicitá-la a qualquer momento. Adicionalmente, a lei ou o tribunal devem considerar prazos para revisão ex ofício da sanção.

Comentário

A possibilidade de a sanção ser executada de forma coerente com os fins que prevalecem nesta fase depende em grande parte da existência de um plano de cumprimento sempre atualizado, de acordo com as circunstâncias do caso, que podem mudar ao longo do tempo. As exigências formuladas nesta norma buscam assegurar tanto o cumprimento ex ofício da responsabilidade de revisão e adequação do plano pelos tribunais e autoridades administrativas - nos sistemas que lhes conferem competência para fazê-lo - quanto o direito dos adolescentes de provocarem a revisão e atualização do plano.

22 Consideração primária do desenvolvimento e integração social do adolescente durante a execução das sanções e substituição ou extinção antecipada da sanção

Sem prejuízo do papel que a lei atribui à proporcionalidade entre o crime e a severidade da sanção efetivamente executada, durante a fase de execução há que atentar, em primeiro lugar, ao impacto que a execução está a ter no desenvolvimento e integração do adolescente.

Tratando-se de pena privativa de liberdade, é fundamental ter em conta o impacto negativo da sanção, que pode justificar uma modificação precoce da mesma, quer pela sua substituição por outra mais favorável ao desenvolvimento ou à integração social do adolescente, quer encerrando-o precocemente para que o adolescente possa iniciar um processo de desenvolvimento livre de qualquer intervenção do sistema de justiça juvenil.

A lei ou a jurisprudência dos tribunais devem desenvolver explicitamente os critérios em que se específica esse impacto (v. 17), que devem estar especialmente atentos aos sinais de atitude e compromisso do adolescente com um projeto de vida que dispense a perpetração de crimes, ou com alterações específicas que o tornem possível.

Comentário

Embora, no que diz respeito às sanções não privativas de liberdade, o impacto no desenvolvimento ou na integração social do adolescente possa ser apreciado tanto em termos negativos - se a sanção o estiver prejudicando - quanto positivo - se a sanção o estiver favorecendo -, no que diz respeito a sanções privativas de liberdade, o tribunal tem fortes razões para duvidar da afirmação de que a sanção não seja modificada, dado o seu suposto efeito positivo no desenvolvimento ou na integração social do adolescente. Os instrumentos e recomendações internacionais sobre a matéria, apoiados nas evidências fornecidas pela criminologia, assumem que a privação da liberdade representa mais riscos ao desenvolvimento e à integração social do adolescente do que uma contribuição, e por isso postulam os princípios da excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade. Tudo isto justifica que o sistema de justiça juvenil, na fase de execução da pena privativa de liberdade, esteja especialmente aberto a modificá-la ou a extingui-la antes do cumprimento integral do período para o qual foi originalmente imposta.

23 Proporcionalidade entre o crime e a severidade da sanção efetivamente executada como uma consideração secundária

Se a lei ou a jurisprudência dos tribunais, aplicando um critério de proporcionalidade positiva, exigir o cumprimento de uma parcela mínima do tempo de cumprimento da sanção originalmente imposta, para que a duração efetiva da sanção executada não seja desproporcionalmente baixa em relação à dada dependendo da gravidade do crime perpetrado, este mínimo não deve ser elevado, a fim de permitir que o impacto da sanção no desenvolvimento ou na integração social do adolescente continue a ser a consideração principal durante a execução da sanção.

No caso das sanções privativas de liberdade, isto deverá traduzir-se numa parcela de cumprimento mínimo que seja claramente menos exigente do que aquela que rege o direito penal comum para adultos.

Comentário

A exigência de que a principal consideração a ter em conta ao decidir sobre uma possível modificação da pena privativa de liberdade seja o seu impacto no desenvolvimento e na integração social do adolescente parece claramente não cumprida se a parcela mínima de cumprimento exigida para os adolescentes for semelhante à aplicável aos adultos. Assim, se na legislação comum o limite mínimo de cumprimento é de metade ou dois terços da pena, o tribunal deve ter competência para modificar a pena privativa de liberdade imposta a um adolescente quando um quarto, ou no máximo um terço, da prorrogação originalmente imposta já tiver sido cumprida.

Uma exigência maior, imposta sob uma regra absoluta – não superável por melhores razões relacionadas com o impacto no desenvolvimento ou na integração social do adolescente – seria excessiva e relegaria aquela consideração, que deveria ser primária, para um papel secundário.

24 Continuidade ou modificação da pena não privativa de liberdade em caso de reincidência de crime ou de crimes concomitantes

a) Repetição criminosa após início da execução da pena não privativa de liberdade destinada a promover a integração social

A circunstância de um adolescente que já cumpre pena não privativa de liberdade destinada a promover a sua integração social comete um novo crime não deve conduzir à modificação da pena, se não houver indícios claros de que o plano de cumprimento falhou nos seus objetivos. Assim, como regra geral, a execução da sanção deverá prosseguir, de acordo com o plano de cumprimento original, dispensada a aplicação de sanção adicional ao novo crime - se for de menor gravidade, - ou - se for de igual ou maior gravidade, mas sem merecer pena privativa de liberdade, – impor uma sanção única que, exprimindo adequadamente a pena que o novo crime e o anterior (mas tendo em conta o tempo de consumação já decorrido), perturbe o mínimo possível esse plano e não implica duplicação de intervenções destinadas à integração social.

Se o novo crime ou crimes refletirem uma falha no plano de cumprimento da sanção original, justifica-se uma modificação da sanção, de acordo com um novo plano de cumprimento baseado em um novo diagnóstico das condições que afetam o comportamento criminoso do adolescente.

Se o novo crime for de tal gravidade que justifique uma sanção privativa de liberdade, a sanção não privativa de liberdade original deverá ser extinta antecipadamente e a nova sanção privativa de liberdade deverá ser executada de acordo com um plano de cumprimento adequado ao novo contexto, mas que procure continuidade nas dimensões do plano de conformidade original que permanecem apropriadas.

Comentário

A *recaída* criminal de um adolescente que cumpre pena que visa superar as condições que afetam sua atividade criminosa é um acontecimento normal no processo de aprendizagem de uma forma de relacionamento social livre de crimes; não há justificativa criminológica para considerá-lo necessariamente como um sinal de fracasso do plano de cumprimento das sanções. Esta conclusão não é alterada pelo fato de esta *recaída* se expressar num crime juridicamente considerado mais grave que o crime original.

Por outro lado, se houver indicações claras de que o plano de cumprimento falhou, justifica-se uma modificação da sanção e do plano de cumprimento.

Mas tanto no primeiro como no segundo caso, o adolescente deve continuar sujeito a uma única intervenção destinada a superar as condições que afetam o seu comportamento criminoso, seja o plano original - se ainda for considerado adequado - ou o novo plano - se o primeiro for considerado fracassado ou parcialmente inadequado.

A prática identificada em alguns sistemas de justiça juvenil que consiste em impor, em resposta ao novo crime, uma segunda sanção de natureza semelhante (destinada a promover a integração social do adolescente), quer seja realizada simultaneamente com a primeira ou sucessivas – simplesmente *adicionando* sua extensão temporal à da primeira–, não tem justificativa técnica ou legal. Se o novo crime, dada a sua relativa gravidade, suscitar a necessidade de uma nova sanção que expresse adequadamente a pena relativa a esse fato, deverá ser preferida a imposição de uma sanção de natureza diferente da original (ou seja, uma sanção não especialmente destinada a promover a integração social), evitando dificultar o cumprimento da sanção original, que deve continuar a ser executada. As sanções de prestação de serviços à comunidade, reparação à vítima do crime, repreensão ou multa, entre outras, podem ser adequadas para esta expressão de condenação.

Caso o novo crime, dada a sua menor gravidade relativa, não represente uma necessidade inevitável de proferir uma sentença, a prioridade que os sistemas de justiça juvenil costumam dar aos fins preventivos-especiais positivos – pelo menos no domínio da execução de sanções não privativas de liberdade – justifica a renúncia à sanção do novo crime, ou a imposição de sanções instantâneas, como repreensão ou multa.

Ao mesmo tempo, quando o novo crime for de tal gravidade que mereça uma pena privativa de liberdade, a sanção original deve deixar de ser executada, de modo que o plano de cumprimento original seja necessariamente substituído, mesmo que não haja indicações claras de que tenha falhado, uma vez que a privação de liberdade representa uma mudança significativa nas circunstâncias, sendo um contexto de execução radicalmente diferente. Mas mesmo neste novo contexto, é de grande importância evitar a interrupção dos processos de mudança iniciados no plano original, que ainda podem ser apoiados ou promovidos no âmbito de um plano de conformidade reformulado.

b) Combinação de crimes identificados após início do cumprimento

Se o crime objeto de nova pena, após iniciada a execução de pena não privativa de liberdade destinada a promover a integração social do adolescente, tiver sido cometido antes da pena original, a pena original deverá permanecer inalterada no plano de cumprimento para ela definido, a menos que o crime que não tenha sido considerado na primeira sentença mereça pena privativa de liberdade ou responder por fatores condicionantes da atividade criminosa do adolescente que não estejam sendo abordados pelo plano original. No primeiro caso, a sanção original deveria ser objeto de uma decisão de extinção antecipada, procedendo de acordo com os critérios que acabamos de indicar (v. 24 a); no segundo, o plano de cumprimento pode ser modificado, sem atrapalhar o alcance dos objetivos do plano original.

Em casos excepcionais, a consideração do crime que não foi tido em conta na sentença original pode justificar ajustamentos ao plano de cumprimento da sanção, se as circunstâncias que acompanharam esse crime os tornarem claramente necessários.

Caso o crime não tido em conta na primeira condenação torne indispensável uma nova manifestação de condenação, especificamente para esse fato, será preferida a aplicação de uma sanção diferente, que não seja especialmente destinada a promover a integração social do adolescente, sem prejuízo de que a sanção originalmente imposta continue a ser executada.

Comentário

A peculiaridade dos casos a que se refere esta norma é que o crime que não foi considerado no momento da determinação da sanção original não explica de forma alguma o fracasso da intervenção, uma vez que já foi perpetrado anteriormente. Por este motivo, devem ser envidados esforços para dar prioridade à continuidade daquela sanção e do seu plano de cumprimento, sem impor nova sanção, a menos que o crime não considerado exija, pela sua gravidade, uma pena privativa de liberdade ou de outra forma o torne indispensável, uma nova expressão de condenação; por exemplo, por meio de sanção de execução imediata (reparação, multa, repreensão, conforme o caso), que não impeça a continuidade da sanção original, visando promover a integração social do adolescente.

25 Descumprimento da pena não privativa de liberdade por parte do adolescente

a) Quanto às sanções destinadas a promover a integração social do adolescente

Se o adolescente a quem foi imposta uma sanção destinada a promover a sua integração social escapa completa e permanentemente à execução da sanção, antes de impor uma resposta mais severa – nos sistemas de justiça juvenil que consideram esta possibilidade – deve ser avaliado se o descumprimento se deve a circunstâncias que não estão sob seu controle, que se traduzem na incapacidade ou grande dificuldade de cumprimento da sanção – sejam circunstâncias pessoais do adolescente ou do próprio programa, centro ou instituição em que a sanção deve ser cumprida–. Neste caso, é adequado modificar a sanção para uma que melhor favoreça a sua integração social, tendo em conta a sua capacidade de cumprir a sanção.

Se o incumprimento total e permanente da sanção não se deve a este tipo de circunstâncias, é admissível impor uma resposta mais severa – nos sistemas de justiça juvenil que considerem esta possibilidade – que seja proporcional ao crime original e ao não cumprimento da sanção. Esta resposta pode consistir numa sanção substituta ou numa restrição de curto prazo, após a qual o cumprimento da sanção original pode ser tentado novamente. Em ambos os casos, a resposta mais severa pode ser suspensa condicionalmente, oferecendo ao adolescente a possibilidade de evitá-la caso cumpra a sanção original.

Para decidir a proporcionalidade da resposta mais severa, deve-se também levar em consideração se a sua execução poderia afetar negativamente o desenvolvimento e a integração social do adolescente. Se este risco for relevante, poderá ser preferível terminar antecipadamente a execução da sanção, especialmente se o incumprimento ocorreu quando a sanção original já tinha sido parcialmente executada, atingindo alguns dos objetivos pretendidos com a sua imposição.

Comentário

A resistência do adolescente ao cumprimento de uma sanção não privativa de liberdade destinada a promover a sua integração social deve ser considerada um acontecimento normal no processo de implementação do plano de cumprimento, se não se traduzir no afastamento total e permanente do adolescente da sua execução, o que inviabiliza a implementação do plano. A elaboração do plano deve considerar a possível resistência do adolescente como uma dimensão a ser abordada por ele.

Somente quando o descumprimento impossibilita o alcance dos objetivos buscados pela sanção, e isso não se deve a circunstâncias alheias ao controle do adolescente, é que sua sanção pode ser considerada por descumprimento da sanção original, em sistemas de justiça juvenil que admita essa possibilidade. Mas esta segunda sanção deve ser proporcional ao crime original. Além disso, dado que esta segunda sanção, imposta pelo incumprimento da sanção original, pode ser contraproducente para os mesmos objetivos por ela pretendidos, a legislação e os tribunais devem considerar a possibilidade de dispensar a imposição de uma sanção pelo incumprimento e decidir, em vez disso, apenas modificar a sanção original para uma mais adequada – mas não mais severa – ou rescindi-la antecipadamente.

b) Quanto às sanções que não visam promover a integração social do adolescente

A resistência do adolescente em cumprir uma sanção não privativa de liberdade que não vise especificamente a promoção da sua integração social pode ser objeto de uma resposta mais severa – nos sistemas de justiça juvenil que admitem esta possibilidade –, seja uma sanção substituto ou pena, passível ou não de suspensão condicional, desde que essa resposta seja proporcional ao crime original e ao fato do descumprimento e que a resistência represente uma

subtração completa e permanente da execução da sanção e não esteja condicionada por uma incapacidade ou grande dificuldade do adolescente em cumpri-lo.

Mesmo nesse caso, se a sanção foi parcialmente executada antes do descumprimento, uma resposta mais severa deverá ser dispensada se a continuação da execução da sanção original não for essencial para expressar suficientemente uma condenação pelo crime perpetrado, caso em ponto que dará lugar à extinção antecipada da execução da sanção.

Comentário

No caso de sanções não privativas de liberdade que não estabeleçam objetivos associados à promoção da integração social, mas que procurem exprimir condenação ou desaprovação pelo crime perpetrado, o seu incumprimento total e permanente, não condicionado por circunstâncias alheias ao controle do adolescente, poderá ser sancionado com uma sanção mais severa e proporcional. Contudo, o tribunal deverá avaliar se isso é necessário – e não oferece riscos ao desenvolvimento do adolescente – ou se é preferível encerrar precocemente a pena, caso o seu cumprimento parcial já tenha permitido expressar suficientemente a pena para o crime perpetrado.

26 Perpetração de um crime na idade adulta durante a execução de sanção adolescente

Caso, durante a execução de uma sanção imposta por um crime cometido na adolescência, o condenado pratique um novo crime já maior de idade, a execução da sanção ao adolescente será continuada na medida em que for dirigida a promover a sua integração social e a punição do novo crime não inviabiliza a continuidade do plano de cumprimento original.

Para promover esse objetivo, a punição do crime cometido na idade adulta poderá ser dispensada se a pena que seria merecida for menos severa que a pena aplicada aos adolescentes. Uma alternativa para atingir o mesmo objetivo pode consistir na suspensão da execução da pena imposta como maior de idade, desde que a sanção do adolescente seja cumprida.

Comentário

Os fins e condições de execução das sanções penais para adolescentes podem diferir muito daqueles das sanções do sistema penal adulto. Por este motivo, e considerando que a eventual prática de um crime após ter completado 18 anos por um jovem que cumpre uma sanção penal de adolescente destinada a promover a sua integração social, pode constituir um episódio de *recaída* relativamente normal, o que não explica necessariamente um fracasso, o sistema penal deve estar aberto a favorecer a continuação dessa intervenção, especialmente se este episódio consistir num crime menos grave. Nesse caso, poderia ser considerada a remissão condicional ou a suspensão da pena de adulto. Por outro lado, se a nova pena, por crime mais grave, inviabilizar a continuidade do plano de cumprimento da sanção penal para adolescentes, o sistema deverá considerar a possibilidade de encaminhá-la.

VIII INFORMAÇÕES SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ADOLESCENTE

27 Relevância em relação aos critérios de determinação de sanções

A justiça juvenil deve contar com sistemas de geração de informação sobre a situação do adolescente que sejam relevantes de acordo com os critérios de determinação de sanções que a legislação estabelece.

As informações prestadas devem atender a padrões profissionais de alto nível, de acordo com a área do conhecimento a que se referem, e devem concentrar-se, de forma individualizada, fundamentalmente na descrição e explicação dos fatos e circunstâncias do adolescente que são relevantes para a aplicação desses critérios, sem tentar substituir o tribunal na aplicação efetiva deles para determinar a sanção.

Comentário

O cumprimento da exigência de que a sanção seja determinada de forma proporcional não só ao crime, mas também às circunstâncias do adolescente, exige a implementação de sistemas de geração de informações sobre essas circunstâncias, de alto padrão profissional e

sujeitos a ao controle jurídico da sua relevância de acordo com os critérios que a legislação ou jurisprudência de cada sistema de justiça juvenil tenha escolhido para o efeito.

A forma de apresentação de tais informações deve levar em conta que a determinação da sanção, embora deva ser condizente com a realidade do adolescente, é uma decisão do tribunal, baseada em princípios e normas legais. Consequentemente, os relatórios em que a informação relevante é comunicada ao tribunal não devem ter como objetivo conduzir mecanicamente à seleção de uma sanção específica. Além disso, estes relatórios devem prestar atenção individual às circunstâncias do adolescente a quem será imposta a sanção. Portanto, deve-se evitar que a aplicação de instrumentos diagnósticos padronizados seja utilizada diretamente para determinar a sanção; isto representa o risco de ignorar aspectos relevantes daquelas circunstâncias que não se enquadram na sua matriz conceptual, e de substituir a avaliação judicial do caso específico por previsões ou recomendações resultantes da aplicação de fórmulas ou estimativas quantitativas.

28 Formação e especialização do tribunal e demais órgãos de justiça para avaliação de informações e aplicação de critérios relacionados às circunstâncias do adolescente

Os juízes, procuradores e defensores da justiça juvenil devem ter a formação interdisciplinar necessária para compreender com competência a informação relativa aos fatos e circunstâncias a que se refere a informação técnica fornecida ao processo, bem como aplicar com independência de julgamento os critérios regulamentares que exigem a apreciação dessa informação.

Os sistemas de justiça juvenil devem procurar ter juízes, procuradores e defensores especializados, dedicados exclusiva ou preferencialmente a esta área da justiça, que assim desenvolvam elevada competência nestas competências profissionais.

As exigências de formação e especialização, com as adaptações do caso, também deverão ser aplicadas aos juízes que compõem os tribunais superiores competentes para conhecer dos recursos interpostos pelas partes em processos criminais envolvendo adolescentes.

Comentário

A especialização dos intervenientes na justiça juvenil não é um simples princípio de boa gestão. Deve ser considerada como uma verdadeira garantia para os adolescentes, da qual depende que sejam processados de acordo com os princípios especiais que regem a justiça juvenil.

Determinar a sanção criminal dos adolescentes de forma proporcional às circunstâncias do adolescente – além do crime – requer competência profissional especial para compreender e avaliar legalmente a situação individual de cada adolescente condenado por um crime. Isto pressupõe, antes de mais, familiaridade com os conceitos e teorias que servem de base à informação técnica fornecida por profissionais das ciências comportamentais, educadores, criminologistas e assistentes sociais, entre outros, para compreendê-la com competência. E significa também, em segundo lugar, ter formação na doutrina jurídica que sistematizou os princípios e normas de persecução penal do adolescente, a fim de atribuir a essa informação o papel que ela exige na avaliação jurídica do crime e das circunstâncias do adolescente.

A experiência da Ibero-América mostra também que é necessário contar com juízes, procuradores e defensores especializados, dedicados exclusiva ou preferencialmente a este tipo de casos. A falta de especialização torna, em muitos casos, ilusória a aplicação dos princípios e regras do direito penal dos adolescentes que exigem a adaptação da sanção às suas circunstâncias.

No caso dos juízes, as exigências de formação e especialização devem aplicar-se também a quem conhece os recursos interpostos neste tipo de processos, especialmente na medida em que decida a eventual privação de liberdade de um adolescente ou a sua libertação.

29 Informações pertinentes durante as diversas fases do processo. Especial relevância da informação considerada para aplicação de medida cautelar

A justiça juvenil deve ter informações relevantes para diversas decisões em diferentes fases do processo. A eficiência na utilização dos recursos profissionais necessários para produzi-la e avaliá-la deve ser equilibrada com o interesse em evitar que o acesso intempestivo a informações não relevantes para a respectiva fase prejudique o adolescente imputado.

Além disso, deve-se evitar que informações que possam ser relevantes em uma fase tenham peso indevido em outras decisões, para as quais não são relevantes. Em particular, as informações consideradas impertinentes para decidir sobre a eventual imposição de uma sanção privativa de liberdade não deverão desempenhar um papel relevante na justificação da aplicação de uma medida cautelar dessa natureza

Comentário

A definição de quais informações são relevantes em cada fase deve seguir critérios de eficiência na utilização dos recursos profissionais necessários para produzi-la e avaliá-la juridicamente, bem como garantir os direitos do imputado, assegurando em especial o seu direito de não se incriminar e evitar risco de prejuízo por parte do tribunal pela contaminação que o acesso a informações não relevantes para aquela fase, fornecidas fora do prazo, pode produzir em cada decisão.

Deve também ser evitado o risco de distorções que a informação recebida numa determinada fase possa gerar em decisões subsequentes para as quais não seja relevante. Assim, dado o peso que a decisão sobre as medidas cautelares poderá ter na futura determinação da sanção, nomeadamente pela tendência de se preferir uma pena privativa de liberdade ou não privativa de liberdade consoante o adolescente no momento da condenação esteja ou não sujeito a medida cautelar dessa natureza, a informação considerada impertinente para decidir pela imposição de uma sanção privativa de liberdade não deverá desempenhar um papel relevante na justificação da aplicação de uma medida cautelar dessa natureza.

Em particular, a falta de raízes sociais ou familiares de um adolescente, embora possa ser considerada um fator que em certa medida fundamenta um risco de fuga, não deve ser utilizada como informação relevante para decidir sobre uma medida de prisão provisória que, posteriormente, numa elevada proporção de casos que posteriormente resultam em condenação, acaba por ser simplesmente substituída por uma pena privativa de liberdade. Pois bem, esta falta de raízes não é um critério válido para determinar uma pena privativa de liberdade num sistema de justiça que não discrimina as pessoas com base na sua condição social. Além disso, as informações que possam ter sido relevantes para decidir sobre uma medida cautelar de prisão provisória não precisam determinar a aplicação da pena privativa de liberdade.

30 Garantias processuais durante a obtenção, contribuição ao processo e avaliação de informações sobre o adolescente pertinentes à determinação da sanção

a) Censura processual

A informação relativa às circunstâncias do adolescente, relevante para a determinação da sanção ou definição do seu plano de cumprimento, deve ser prestada numa fase processual posterior à decisão sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, para evitar que o seu conhecimento prematuro leve o tribunal a pré-julgar essa decisão. A adequada apresentação, debate e avaliação desta informação requer um espaço processual próprio, que permite tomar decisões sensíveis às circunstâncias do adolescente, quando de acordo com a lei a sanção a ser imposta depende significativamente dele.

Isto é especialmente necessário quando está em jogo a possibilidade de impor uma sanção severa ao adolescente. Caso contrário, o adolescente poderá dispensar a censura processual, devidamente assistido pelo seu defensor, a fim de dar prioridade ao seu interesse na pronta resolução do caso.

Comentário

A separação ou cessação do processo é relevante para evitar preconceitos que informações sobre a vulnerabilidade ou outras circunstâncias do adolescente - como suas relações com grupos de pares que habitualmente cometem crimes - possam gerar no tribunal, ou sobre sua possível culpa pelo crime imputado, quer se trate da adequação de uma pena para provocar uma positiva intervenção preventiva-especial da justiça na vida do adolescente.

Para que a apresentação, o debate e a avaliação das informações se traduzam realmente na determinação de sanções que levem em conta as circunstâncias do adolescente, não basta uma audiência para determinar sanções separada da audiência de julgamento, mas é necessário um procedimento destinado para esse fim. O esforço para criar um espaço processual desta natureza, que tem a desvantagem de prolongar por mais tempo o contato do adolescente com a justiça juvenil, só se justifica quando a informação sobre as circunstâncias do adolescente pode ter um impacto significativo no tipo de sanção a ser imposta. Por isso, poderia ser dispensado um espaço desta natureza, bastando a realização de uma audiência para determinação da sanção

após o julgamento da responsabilidade, quando, de acordo com os critérios legais, a escolha da sanção - ou a sua forma e local de execução – não depende significativamente desses tipos de circunstâncias.

b) Defesa e proteção contra a autoincriminação

As entrevistas ou avaliações a que o adolescente é submetido para gerar as informações relacionadas às suas circunstâncias, necessárias para determinar a sanção, deverão ser realizadas com notificação prévia e com a presença de seu defensor. A lei deve garantir que esta informação não possa ser utilizada no julgamento em que for decidida a sua responsabilidade.

Comentário

Embora possa ser conveniente para os profissionais encarregados de gerar informações sobre o adolescente evitarem a presença de seu defensor, a fim de estimular uma conversa mais aberta com o adolescente sobre sua circunstância, sem cálculos ou considerações táticas típicas da abordagem defensiva, deve ser dada prioridade ao direito do adolescente de ser protegido contra a autoincriminação, por meio da presença de seu defensor nas entrevistas e da proibição de utilizar as informações nelas fornecidas como meio de comprovação da responsabilidade do adolescente.

c) Imparcialidade e princípio contraditório

O tribunal deverá dispor de informações sobre as circunstâncias do adolescente, produzidas por profissionais ou organizações imparciais, que não dependam do Ministério Público ou da defesa pública nem respondam a nenhuma dessas instituições, sem prejuízo do poder que lhes deve ser oferecido para contestar a informação produzida e apresentar informação independente dela.

A lei deve garantir tempo processual suficiente para que as partes conheçam e estudem a informação prestada ao tribunal, contestem-na e apresentem informações divergentes. As partes poderão renunciar a esta possibilidade, evitando prorrogações desnecessárias da decisão.

Comentário

A legítima intenção estatal de promover uma intervenção eficaz sobre os adolescentes que violaram a lei penal – bem como a igualmente legítima intenção da sua defesa de evitar a privação ou restrição de direitos que tal intervenção acarreta – não deve contaminar a objetividade das informações obtidas sobre suas circunstâncias. Por este motivo, deve ser assegurada a imparcialidade do órgão ou dos profissionais que geram e transmitem esta informação no processo, já a nível institucional, libertando-os de qualquer relação com os interesses que as partes representam no processo. Mas, ao mesmo tempo, a lei deve dar oportunidades iguais a estas partes para examinar e contestar esta informação e fornecer as suas próprias provas a este respeito.

d) Proteção da vida privada

As informações relativas à situação do adolescente serão divulgadas apenas às partes e estarão sujeitas ao dever de confidencialidade, vedada a divulgação de qualquer aspecto relacionado à vida privada do adolescente ou de sua família, ou cuja publicidade possa prejudicar afetar seu desenvolvimento ou bem-estar.

Comentário

As informações sobre as circunstâncias do adolescente que sejam relevantes para determinar a sanção podem ser especialmente sensíveis. O seu conhecimento, fora do processo, pode prejudicar o seu direito à vida privada e dificultar a sua integração social e o seu desenvolvimento futuro. Por esta razão, o legislador deve estabelecer deveres claros de confidencialidade e proibir a sua divulgação.

DOI: 10.22456/2317-8558.137210