

Os artigos 120 e 121, § 2º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito constitucional da individualização da pena

“Os castigos tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime” Beccaria

Para a medida socioeducativa que não tem seu prazo determinado, tal qual a pena que não tem seu tempo fixado, a caneta do Estado julgador e executor ameaça tanto quanto a *Espada de Dâmocles*. *Dâmocles*, cortesão romano, invejoso do poder de *Dionísio*, o tirano de Siracusa, a cidade mais rica da Sicília, foi convidado a exercitar a majestade por um dia, e feliz estava até se deparar com aquela espada de lâmina brilhante, pendurada sobre sua cabeça e com todo o seu peso suportado por fino fio de cabelo, que poderia ser cortado, a qualquer tempo, por golpes traiçoeiros, mal entendidos, mentiras propositais ou decisões insensatas.

Assim é que, estando em cumprimento de medida de semiliberdade ou internação por prazo indeterminado de até três anos¹, o adolescente interno entrega-se, de forma completamente indefesa, ao arbítrio, humor e erros de seus julgadores e executores, que, buscando justificativa na falha do sistema de execução daquelas mesmas medidas e na rede de proteção e garantias de direitos, em geral, utilizam os mesmos argumentos para progressão ou manutenção da medida imposta.

A razão de centro da individualização da pena é que desta forma repreende-se o autor na exata medida do delito praticado, levando-se em consideração as circunstâncias

¹ Lei nº 8069/90: Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

materiais e pessoais em que ocorreu, e afasta a arbitrária e desmedida sanha persecutória estatal. Individualizar a pena é compor também a proporcionalidade e a finalidade da reprimenda. No tocante às medidas de semiliberdade e internação dos adolescentes entre 12 e 18 anos, podendo estender-se até os 21 anos, é importante agregar o princípio legal da excepcionalidade, prevista em Lei Especial, a de nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Os reflexos da individualização da pena² mostram-se através da segurança jurídica, da satisfação da sociedade atacada e do respeito às garantias individuais do apenado. Por contrário, nada resulta de positivo no cumprimento de uma medida que não encerra nela mesma o fim a que se propõe, o tempo que se baste e a gravidade que se justifique: ao revés de diminuir a violência no meio social, cria um espaço fomentador de mais violência com tempo indeterminado de se fortalecer dentro das grades que encarceram – talvez por isso seja corrente se dizer que *o indivíduo sai da prisão (ou o adolescente da unidade de internação) pior do que entrou.*

Proporcionar o tratamento desigual às desigualdades é um dos instrumentos mais eficazes para garantir a igualdade: não é razoável que um furto seja tratado de forma igual a uma lesão corporal ou esta a um homicídio, e mesmo este deve ser diferenciado entre os cometidos por legítima defesa e mediante agravantes: *pesar, medir e contar* a pena e, de igual sorte, a medida socioeducativa é o fio mais forte a suportar o peso da espada que todos nós trazemos sobre as cabeças, nossas consciências, em verdade. Importa é saber que a lâmina descera sobre nós, sem sombra de dúvida, quando nossas decisões forem estúpidas, e isso deverá nos conduzir ao bom proceder.

A punição à conduta reprovável do indivíduo é inequívoca, pelo nosso ordenamento jurídico penal, porém o direito da vítima e da sociedade em ver seu agressor penalizado existe na mesma linha horizontal do direito do condenado em saber exatamente o seu fardo retributivo, sem o que a sociedade estaria alicerçando a arbitrariedade e a crueldade nas decisões judiciais, arma que a qualquer momento pode voltar-se contra ela própria. Apenas para efeitos de fixação de uma medida punitiva individual devem ser levados em conta a culpa, a personalidade, os antecedentes, os motivos e

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

circunstâncias do delito e do autor, caso contrário teremos apenas encarceramentos, sem qualquer luta para mudança social.

Em que pese não ser maioria ainda no País as decisões que fixam concretamente a medida socioeducativa, as que conhecemos estão bem fulcradas nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com o reforço da Lei nº 12.594/12 – SINASE, artigo 35, inciso I³, que determina não seja o adolescente tratado de forma mais gravosa que o adulto e, em face de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, menor de 18 anos, a aplicação subsidiária da legislação processual pertinente, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu artigo 152⁴.

No sistema de cumprimento das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação, é sabido que a elaboração do PIA – Plano Individual de Atendimento demora mais de o quántuplo do prazo de 45 dias; não contém informações relevantes e obrigatórias; mascaram violações de direitos por parte do Estado executor; são maculados pela falta de imparcialidade dos técnicos: com falhas inimagináveis, *este* é o instrumento que norteará o Ministério Público, a Defesa e o Juiz de Direito a fim de determinar qual o lapso temporal em que restará quitado o débito social do adolescente ora privado de liberdade. Não é demais recordar que a Constituição Federal – art. 5º, XLVII, letra b⁵, proíbe a prisão perpétua que mais não é que uma variante da indeterminação do tempo (o que impediria que a medida socioeducativa se perpetuasse? O prazo máximo de três anos? Será), e qualquer que seja a medida imposta, sendo as mais gravosas a semiliberdade e a internação, a natureza retributiva e repressiva é incontestável, ainda que aliada à pedagogia socializadora.

A grosso das vezes, a indeterminação do tempo da medida prevista nos artigos 120, §2º e 121, §2º e 3º significa para o adolescente indeterminação de propósitos, de disposição, de finalidade, e joga por terra o viés sociopedagógico do sistema infracional brasileiro,

³ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:
I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

...

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

⁴ Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

⁵ Art. 5º. ...

XLVII - não haverá penas: ... b) de caráter perpétuo;

deixando ao interno o gosto amargo do *pagamento pelo crime cometido*, unicamente, e à sociedade a sensação da impunidade; àquele, a perspectiva de retornar às condições suas velhas conhecidas, e a esta o fatalismo de enfrentar violência costumeira. Não individualizada a medida aplicada ao adolescente em conflito com Lei, o Juiz executor não conhecerá as circunstâncias da aplicação da sentença e nem sequer poderá analisar com critérios os benefícios que o interno conquistou, concedendo-os quando devido.

A sociedade atual reconhece e apreende novas concepções dos direitos fundamentais, prima por exigir a justiça e a racionalidade nas decisões judiciais, afastando os pensamentos e tendências pessoais nos julgamentos, que colocam em risco a imparcialidade do Estado. Se a natureza da medida socioeducativa é retributiva e sociopedagógica, seu objetivo por certo é reprimir e prevenir através da adesiva relação entre a conduta e a responsabilização, diminuindo a margem arbitrária das indeterminações.

No STJ:

HC - 11.377 – *O alegado constrangimento advém do fato de ter sido denegada medida liminar no mandamus impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando a imediata soltura da paciente, porque já cumprida a medida internativa, pelo prazo de seis meses, que lhe fora imposta pelo Juiz da Infância e Juventude, mediante sentença transitada em julgado. Evidente o periculum in mora e o fumus boni iuris, visto que a segregação da menor, por tempo superior ao previsto na sentença, representa irreparável dano ao seu direito de locomoção e de convívio normal com seus familiares, não havendo, por outro lado, com ser denegada a ordem, ao final, visto não poder o Tribunal de Justiça afastar o império da coisa julgada, ainda que a internação, no caso sob exame, devesse ser por tempo indeterminado, desde que não superior a três anos, e apenas as avaliações serem semestrais. Fixado, contudo, na sentença transitada em julgado que a internação se daria por seis meses – tempo determinado, portanto, sem recurso do Ministério Público, não há como exigir que se prive a paciente de sua liberdade após o decurso de tal tempo. No mesmo sentido: HC 14037*

Desconsiderar o direito do adolescente sentenciado à individualização da medida socioeducativa imposta, é colocar em rota de colisão o indivíduo, a sociedade e a democracia, todos norteados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Maria Carmen de Albuquerque Novaes

Defensora Pública da infância e juventude. Bahia

maria.carmen@defensoria.ba.gov.br