

**PROJETO DE LEI Nº.        de 2009.**  
**(Do Sr. Glauber Braga)**

Dá nova redação ao artigo 104 da lei n. 8.069/90 e inclui na referida lei os artigos 105-A e 122, considerando que o regime de semiliberdade e a medida de internação não serão aplicados ao adolescente que praticou o ato infracional em razão de dependência ou sob o efeito de droga; os benefícios da anistia, graça e indulto alcançam o menor infrator e a medida de internação só poderá ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

**O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:**

Art. 1º – O artigo 104 da lei n. 8.069/90 passa a ter a seguinte redação:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

§2º Não serão aplicados o regime de semiliberdade ou a medida de internação ao adolescente que praticou o ato infracional em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga.

Art. 2º – Inclui-se à Lei n. 8.069/90 o artigo 105-A, cuja redação é a seguinte:

Art. 105-A. A responsabilização do menor infrator poderá ser extinta em razão de anistia, graça ou indulto.

Art. 3º – Inclui-se ao artigo 122 da lei n. 8.069/90 o inciso IV, cuja redação é a seguinte:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

(...)

IV – transitar em julgado a sentença condenatória.

## **JUSTIFICATIVA**

No Brasil, devido á relevância social ou sua importância, alguns normativos legais são condensados em codificações próprias para que se tenha um tratamento das questões jurídicas no âmbito mais específico e detalhado do assunto selecionado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, traz codificação específica vinculado ao tratamento social e legal que deve ser oferecido às crianças e adolescentes de nosso país, dentro de um espírito de maior proteção e cidadania decorrentes da própria Constituição promulgada em 1988. O diploma dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

A Lei compreende a primazia do direito da Criança e do Adolescente em receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, pela família, pela sociedade e pelo Estado, com a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Embora destaque que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, a Legislação Especial traz medidas absolutamente segregadoras e penalizantes<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Capítulo IV da lei 8.069/90.

Nas hipóteses do menor cometer ato infracional, em que pese sejam penalmente inimputáveis, como determina o Código Penal<sup>2</sup>, o próprio ECA<sup>3</sup> e a Constituição da República<sup>4</sup>, os menores de dezoito anos poderão sofrer sanções, tais como a internação em estabelecimento apropriado para este fim.

A medida sócio-educativa, além da finalidade supostamente pedagógica, tem nítida finalidade retributiva e punitiva, havendo nítido exercício do *ius puniendi* estatal.

A proteção à infância e a juventude prevista cai por terra quando a lei dispõe no art. 112, IV pena privativa de liberdade ao menor infrator, ainda que não haja trânsito em julgado da decisão.

Embora o art. 108 do Diploma traga que a internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias, o art. 121, no seu § 3º permite a internação pelo prazo de até três anos, sem o trânsito em julgado. Ou seja, basta a sentença de 1º grau para que o menor supostamente infrator tenha restringida sua liberdade, ainda que sob o codinome de medida sócio-educativa.

Na prática a própria lei respalda uma pena privativa de liberdade, mesmo antes do trânsito em julgado. Senão vejamos: Art. 112. **Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar** ao adolescente as seguintes medidas: - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; **VI - internação em estabelecimento educacional**; e, VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Traz o art. 122, do mesmo diploma legal:

---

<sup>2</sup> Art. 27 do Código Penal Brasileiro.

<sup>3</sup> Art. 104 - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

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

Vamos tratar de cada um dos incisos permissivos de medida privativa de liberdade separadamente.

O inciso primeiro do referido artigo diz que a medida acauteladora se justifica quando o crime for cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Temos neste caso que a internação só poderá se dar nos atos infracionais como roubo, crimes dolosos contra a vida, extorsão mediante seqüestro, etc, i.e., um rol muito excepcional e restrito de atos infracionais análogos a crime.

Inegável que há uma seletividade tanto no aspecto sociológico quanto criminológico na punibilidade do menor infrator. Sabemos que esta medida pune principalmente o menor envolvido com o tráfico de drogas.

Entretanto, a novel lei que dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas <sup>5</sup> trouxe alguns avanços que não são aplicados ao menor infrator.

Dispõe o art. 45 da lei: **“É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”**  
**(grifamos)**

Com efeito, o instituto da inimputabilidade trata exatamente da falta de capacidade de entendimento do cometimento do ilícito.

---

<sup>4</sup> Art. 228 da CR.

<sup>5</sup> Lei n. 11.343/06

Conceitualmente podemos dizer que: Imputável é o indivíduo mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter do que é ilícito de comportar-se de acordo com as regras social e juridicamente estabelecidas. Tal capacidade se adquire progressivamente, com o desenvolvimento físico e mental. Maturidade e sanidade são dois elementos que integram a imputabilidade, com a conseqüente capacidade plena de entender e de querer.

Damásio de Jesus, citando Aníbal Bruno, expõe o seguinte conceito: “*imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa; imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputável a prática de um fato punível*”<sup>6</sup>



Como dito anteriormente, conforme a legislação pátria, no que se refere ao menor de 18 anos a **presunção de inimputabilidade é absoluta**, sendo, então, o menor considerado como tendo desenvolvimento incompleto em decorrência de um critério de política criminal.

Ora, se para aqueles que são em tese imputáveis, no caso de crime tipificado na Lei n. 11.343/06, é dado o benefício da isenção de pena, i.e., extingue-se a punibilidade, com maior razão, a medida deve ser aplicada ao menor infrator.

O segundo inciso trata da reincidência.

Com o advento da Constituição da República (1988), faz-se necessário analisar a adequação das normas infraconstitucionais com as regras e princípios hierarquicamente superiores. E não sendo possível essa adequação, tem-se que aquelas não foram recepcionadas pela Constituição.

Dessa forma, o artigo 63 do Código Penal interpretado à luz da Constituição - o instituto da reincidência - não é, em absoluto, compatível com os princípios

---

<sup>6</sup> JESUS, Damásio E. de. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 469.

constitucionais fundamentais, tais como o princípio da não-culpabilidade e da isonomia.

Causa espécie que uma lei especial, posterior aos ditames constitucionais e que se diz protetiva à juventude e à infância, traga artigos frontalmente opostos ao que determina a *Lex Maior*.

A doutrina nacional encontra-se pacificada no sentido de que a reincidência é um instituto que fere as garantias constitucionais. Fauzi Hassan Choukr<sup>7</sup>, diz: "*O direito brasileiro impossibilita a dupla persecução pelo mesmo fato criminoso. Tal previsão não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas pode ser dela extraída tanto do seu artigo 5º, § 1º, como da Convenção Interamericana (Pacto de San Jose da Costa Rica).*"

O instituto da reincidência, sob outra perspectiva, viola o princípio do *non bis in idem*, ou seja, o direito pátrio veda que alguém possa ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

Na jurisprudência, recorrentemente há decisões afastando a aplicação da reincidência.

"TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. A reincidência, além de agravar a pena do novo delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antiguarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito [...]" SUL. 5ª Câmara Criminal. AC nº 699.291.050. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do julgamento: 11.8. 1999.

---

<sup>7</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal à luz da Constituição. 1ª ed. Bauru: Edipro, 1999.

"TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVAÇÃO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. A agravação obrigatória da pena pela reincidência, caracteriza bis in idem. Um mesmo fato não pode ser tomado em consideração duplamente porque possibilita uma inadmissível reiteração no exercício do jus puniendi do Estado. Embargos acolhidos para que prevaleça o voto minoritário que afasta o acréscimo da pena pela reincidência. Predominância dos votos mais favoráveis em razão do empate". 3º Grupo Criminal. EI n.º 70000916106. Data do julgamento: 13.11.00

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP – Penal – Processual – Agravante – Reincidência – Prova – Certidão de Trânsito em Julgado. A reincidência está incluída no rol das circunstâncias agravantes [...]. Ademais, o instituto da reincidência não se esgota, porém, em dado meramente cronológico: crime praticado depois de condenação por crime anterior, com trânsito em julgado. Impõe-se, além disso, examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica, ou específica para a criminalidade, aferindo, assim, a personalidade do autor". STJ. 1ª Turma. RESP nº 158045/BA. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 17.02.99

Devemos, ainda, observar que o inciso que trata da reiteração é cláusula aberta, quando, modernamente, as medidas de privação devem ter caráter absolutamente restritivo. Ora, a lei permite além da medida de internação antes do trânsito em julgado, também, a critério do juiz de primeira instância, apenas verificado o cometimento de infração, que se aplique a restritiva de liberdade por reiteração de infração.

Sendo assim, temos que o Código Penal trata de forma mais benéfica aqueles que cometem crimes (maiores imputáveis) do que o ECA e suas medidas sócio-educativas.

O projeto apresentado pretende restringir as possibilidades de aplicação da medida de internação às hipóteses em que for manifesta sua necessidade. Urge que aos requisitos do artigo 122 – de duvidosa constitucionalidade, conforme demonstrado – se some o trânsito em julgado da sentença que reconheceu a materialidade e a autoria do ato infracional.

Devemos observar ainda que quando da Execução a medida de internação não encontra assento na Lei n. 7.210/84<sup>8</sup> e tampouco no Código Penal. Em outras palavras, os benefícios como progressão de regime, livramento condicional, remição, anistia e indulto não são aplicados ao menor infrator, com flagrante desrespeito ao ordenamento pátrio.



Sala das Sessões, em      de      de 2009.

Deputado Glauber Braga



---

<sup>8</sup> Lei de Execuções Penais