

INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

BRENDA MARA DA SILVA GOMES

**A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS
INFRACIONAIS**

CARATINGA

2017

BRENDA MARA DA SILVA GOMES

**A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS ATOS
INFRACIONAIS**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial para aprovação no curso de Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. MSc Ivan Lopes Sales.

FIC-CARATINGA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

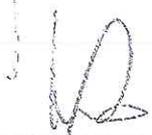
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
A inaplicabilidade do princípio da insignificância dos atos infracionais elaborado pelo aluno **Brenda Mara da Silva Gomes** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

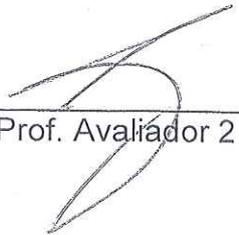
Caratinga 11 de Dezembro 2017



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

RESUMO

O presente trabalho irá analisar a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais. Ainda iremos tratar dos direitos e garantias previstos tanto no Estatuto da Criança e Adolescente, na Constituição, visto como princípios basilares do direito, como nas normas infraconstitucionais. Objetivando responder a seguinte questão com um estudo aprofundado de tal princípio, desde a sua origem e finalidade à sua correlação com demais princípios aplicáveis no Direito Penal e demonstrar que a criança e o adolescente não deve ser punido, mas reeducado, de forma que ao aplicar o princípio da insignificância como excludente de ilicitude, estaremos tratando de forma punitiva o ato infracional, contrariando assim as regras do referente Estatuto. Logo, uma análise dos Atos Infracionais e as Medidas Socioeducativas, focando na proteção da criança e do adolescente, desde o Estatuto à Constituição. Finalizando com um estudo das doutrinas e jurisprudências que abordam o assunto.

Palavras-chave: Ato infracional; Princípio da Insignificância; Medida Socioeducativa; Inaplicabilidade; Proteção Integral.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	08
INTRODUÇÃO.....	09
1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	11
1.1 Origem do Princípio da Insignificância.....	11
1.2 Definição.....	13
1.3 Pressupostos.....	14
1.4 Relação com outros princípios.....	14
1.4.1 Princípio da Legalidade.....	15
1.4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	16
1.4.3 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade.....	16
1.4.4 Princípio da Proporcionalidade.....	17
1.4.5 Princípio da Adequação Social.....	17
2 PROTEÇÃO INTEGRAL APLICADA AO ADOLESCENTE.....	19
2.1A tutela normativa da Criança e do Adolescente e a Proteção Integral.....	19
2.2 Ato Infracional.....	22
2.3 Estudo das Medidas Socioeducativas.....	24
2.3.1 Advertência.....	25
2.3.2 Obrigação de reparar o dano.....	26
2.3.3 Prestação de Serviços à Comunidade.....	27
2.3.4 Liberdade Assistida.....	28
2.3.5 Semiliberdade.....	29
2.3.6 Internação.....	29
2.4 Garantias Processuais asseguradas ao Adolescente autor de Ato Infracional.....	30
3 ASPECTOS JURISPRUDÊNCIAS E DOUTRINÁRIOS.....	33
3.1 O Princípio da Insignificância e o Ato Infracional à luz da Jurisprudência.....	33
3.2 O Princípio da Insignificância e o Ato Infracional à luz da Doutrina.....	38
4 CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

À Deus e à minha família, pelo carinho e dedicação.

AGRADECIMENTOS

À Deus por ter estado comigo em cada momento, desde os difíceis aos momentos bons, e por ter me capacitado para elaborar este presente trabalho.

Ao meu Professor Orientador Ivan Lopes Sales, pela imensa dedicação ao me ajudar na construção deste trabalho e pelo imenso e admirável conhecimento.

Aos meus Pais que estiveram comigo em todos os instantes, me incentivando e me encorajando nos momentos em que o cansaço tomava conta de mim.

Aos meus bisavós Antônio (*in memoriam*) e Paulina (*in memoriam*), pelos conselhos que ajudaram na minha formação pessoal e por terem sonhado em me ver formada neste curso.

Aos meus amigos Henrique, Mardan e Felipe que acreditaram em mim.

Ao meu amor José Joaquim (Joca).

“Uma nação que mata as próprias crianças, não tem futuro.”
(João Paulo II)

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para início, é importante explicar o que é “ato infracional”. O art. 103 do ECA preceitua: “*Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*”. Assim, toda conduta praticada por criança ou adolescente que esteja tipificada no Código Penal ou em leis extravagantes, ou uma contravenção penal, será considerada como ato infracional.

Pelo Princípio da Insignificância, o Direito Penal deve proteger a comunidade de crimes que tenham gravidade razoável, evitando punir os chamados crimes de bagatela, como furtar um grampo ou um prego. A conduta já nasce insignificante, não sendo necessário analisar a vontade do agente, seus antecedentes, etc.

As Medidas Socioeducativas que serão impostas pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude, são medidas que terão o cunho de corrigir o adolescente do mal cometido e estão previstas no ECA, mas trataremos de cada uma no decorrer do trabalho. Para escolha da medida imposta irá se tomar em conta a gravidade do delito cometido.

No decorrer do trabalho trataremos da Inaplicabilidade, que é nossa maior questão a ser discutida, pois acreditamos não ser aplicável tal princípio ao ato cometido por menor infrator pelo fato de acreditarmos que essa inaplicação contribuir para a reincidência do adolescente ao crime.

E por fim trataremos da Proteção Integral que é uma Doutrina criada para proteger o adolescente e sua família de qualquer abuso que este venha a sofrer, seja por autoridades, seja por agressores ou qualquer outra qualidade de pessoa que venha a os prejudicar. Ela tem por finalidade também, garantir que a criança e o adolescente tenha as condições necessárias para seu sustento, sua educação e seu desenvolvimento psíquico.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em discorrer sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais, com o objetivo de apresentar um trabalho de pesquisa sobre o referido princípio, mostrando como ele deve ser aplicado aos atos infracionais, além de analisar a legislação, doutrina e jurisprudências, este trabalho a cuidar de esclarecer se o Princípio da Insignificância, pode ser aplicado aos atos infracionais. Nesse sentido Ramidoff afirma que o ato infracional praticado por adolescente, é uma atitude que se aproxima do Direito Penal por comparação “citadas”:

“O ato infracional, assim, é uma atitude praticada por adolescente que se aproxima, por comparação, a uma conduta de tipicidade objetivamente idêntica. E, esta aproximação comparativa apenas se constitui num critério para identificar as atitudes ditas infracionais pela importância que possam ter na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, jamais, para que se aplique - sequer, subsidiariamente - institutos jurídico-penais específicos e próprios à persecução penal operada na sistemática do Direito Penal, e isto é uma garantia fundamental”.¹

Funda-se num trabalho de pesquisa Teórico-Dogmática, por levar em consideração um rol de estudos que irão proporcionar um hipótese de esclarecimentos sobre o problema encontrado. Será um trabalho de forma interdisciplinar que irá abordar vários ramos do direito, tais como o Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O trabalho irá apontar em torno da ideia de que quando o princípio da insignificância é aplicado aos atos infracionais, acaba fazendo com que o adolescente seja tratado de forma igualitária ao adulto, ferindo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, o referido Estatuto prevê, que o adolescente ao descumprir a lei, lhe seja aplicado uma das medidas socioeducativas nele indicadas (art. 112), para que este assim, seja reeducado, pois segundo a Constituição em conjunto ao ECA, é considerado uma pessoa em desenvolvimento.

¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 124.

O trabalho será abordada em três capítulos. No primeiro capítulo, será estudado o Princípio da Insignificância, tais como, sua origem, seu conceito, seus pressupostos e a relação com outros princípios. Já no segundo capítulo, será tratado sobre a Proteção Integral aplicada ao Adolescente, tais como a tutela normativa, o ato infracional, as medidas socioeducativas e as garantias processuais asseguradas ao autor do ato infracional. E por último, no terceiro capítulo, será abordado sobre os Aspectos Doutrinários e Jurisprudências, correlacionando o Princípio da Insignificância à jurisprudência, à doutrina e finalizando o trabalho com a Conclusão.

1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Neste primeiro capítulo, iremos iniciar fazendo um estudo do Princípio da Insignificância, desde a sua origem, com a sua iniciação no ramo do Direito Penal, até a sua correlação com outros princípios que são de extrema importância para sua aplicação.

1.1 Origem do Princípio da Insignificância

A origem do Princípio da Insignificância passa por controvérsias, contudo, segundo doutrinadores alemães, a “criminalidade da bagatela” – *bagattelledelikte*, remonta que na Europa, a partir do século XX, devido às consequências causadas pelas duas grandes guerras mundiais. Os efeitos negativos deixados por essas guerras, como o desemprego e a falta de alimentos, juntamente com outros fatores, acabaram influenciando a população surgindo um surto de pequenos furtos, de relevância extremamente pequena.

Acredita-se que a origem desse princípio está voltada no caráter de patrimonialidade de seu destino, ou seja, a existência de um dano ao patrimônio, de forma mínima, inexistindo a caracterização de um prejuízo considerável a outrem, sendo assim, tido como bagatela, não sendo necessária a tutela penal.

Ainda podemos dizer que tal princípio surge de uma origem controvertida, ao qual, deu origem no Iluminismo onde construíram o brocardo *mínima non curat praetor* (o juiz não deve cuidar de questões mínimas). Alguns autores defendem que o princípio já existia no Direito romano, onde o pretor não cuidava das causas irrelevantes.

Os primeiros estudos foram elaborados por Claus Roxin em 1964, reconhecendo a insignificância como causa excludente de tipicidade².

Há autores que defendem que o princípio deveria ter nascido no Direito Romano, contudo Mauricio Antônio Ribeiro Lopes critica tal entendimento por faltar especificidade, já que servia para justificar a ausência de providências do pretor no direito civil, muito mais que na esfera penal. Assim o autor afirma:

² LUGON, Almir Fraga. **Princípio da Insignificância sob uma perspectiva constitucional**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.p.38.

O Direito Romano foi notadamente desenvolvido na óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações do Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio.³

Ribeiro Lopes defende que o princípio da insignificância tem sua origem no pensamento liberal dos jus filósofos do Iluminismo, a partir da evolução e do desdobramento do princípio da legalidade. As ideias desse autor são para justificar a ausência de atuação estatal.

Como citado acima, o estudo do princípio da insignificância começou a ser estudado a profundo por Claus Roxin que propunha a exclusão a tipicidade em crimes, que não produzam significativas lesões a bens juridicamente tutelados. Também acreditava que nos delitos bagatelares, não se fazia necessário a imposição de pena, assim, o fato não deveria ser punido. Segundo Roxin:

Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.⁴

Ao tratar da interpretação dos tipos, conforme o ângulo do *nullum-crimen*, Claus Roxin afirma que ela deve ser restritiva, realizada em função da Constituição e da natureza fragmentária do Direito Penal, mantendo íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Mas, são necessários princípios regulativos, como o da adequação social e o da insignificância.

A aplicação do princípio da insignificância deve ser observada com extrema cautela, devendo ser realmente considerado o insignificante, observando as circunstâncias objetivas e subjetivas de cada caso concreto, para que inexista a abertura para qualquer tipo de impunidade.

³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.p.41-42.

⁴ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Trad. Luís Greco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?> < acesso dia 03 de outubro de 2017 as 22:00>

1.2 Definição

Ao conceituar o princípio da insignificância, a doutrina aborda a definição, conjuntamente com sua natureza jurídica. Assim, na esfera penal, este princípio une quatro condições essenciais para sua aplicação: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada.

Segundo o princípio da insignificância, as condutas consideradas irrelevantes devem ser tidas como *atípicas*. Mas, o problema todo gera em torno de definir quais condutas são insignificantes, ou até que ponto ela é insignificante, pois a doutrina não traz um rol taxativo para tais.

A doutrina majoritária diz que a natureza jurídica na esfera penal condiz em afastar a tipicidade material do fato, fazendo com que se retire a conduta do âmbito de proteção do Direito Penal.

Este princípio possui o intuito de proteger a comunidade de crimes que possuam gravidade razoável à fim evitar punir os chamados crimes de bagatela, como por exemplo furtar um grampo. Deve haver uma proporcionalidade entre a gravidade da conduta a ser punida e a intervenção estatal. Há condutas que se ajustam ao tipo penal formalmente, mas não apresentam relevância material, podendo-se assim afastar a tipicidade penal, por não haver lesão ao bem jurídico protegido.

Nesse sentido Leandro Cadenas cita o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

Ao contrário de fomentar a prática de crimes, como insinuam alguns, a aplicação do princípio da insignificância tem a finalidade de ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a proteção de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não mereceram a atenção do legislador penal.⁵

Assim, a conduta já nasce insignificante, não tendo a necessidade de se analisar vontade do agente ou seus antecedentes, por exemplo.

⁵ PRADO, Leandro Cadenas. **Direito Penal para Concursos**: Parte Geral. 5ª Ed. MÉTODO.p.28-29.

O autor Luiz Regis Prado em sua obra conceitua o princípio da insignificância como “ *O princípio da insignificância postula que devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente um bem jurídico-penal* “. ⁶

1.3 Pressupostos

O princípio da insignificância, ou bagatela, deixa de considerar o fato como crime, descaracterizando-o. Mas segundo o STF para que possa existir, é necessário que possam ser observados alguns requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Para que o princípio seja aplicado será analisado pelo juiz cada caso concreto, conforme suas peculiaridades, sendo obrigatória a presença dos requisitos acima mencionados. Damásio E. de Jesus cita em sua obra:

Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). ⁷

Os crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, são considerados pelo STF incompatíveis com tal princípio. Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza, entre outros casos.

1.4 Relação com outros princípios

Para que se haja uma compreensão melhor sobre o Princípio da Insignificância, será necessário o estudo de outros princípios. O Direito Penal, como demais ramos

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral e Parte Especial. 14ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p.134.

⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p.10.

do ornamento jurídico fundam-se em princípios que são essenciais para a análise do julgador, sejam eles implícitos ou não.

Os princípios possuem a função de garantia pelo fato de limitarem o poder punitivo do Estado, com a finalidade de salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo.

Alguns princípios encontramos expressamente na Constituição, e outros já estão implícitos, contudo não devem deixar de serem observados por possuírem tamanha relevância para a aplicação do direito.

No curso do trabalho iremos analisar cada princípio e entender sua importância para o tema estudado.

1.4.1 Princípio da Legalidade

A noção deste princípio de que a lei é a fonte imediata do Direito Penal. Tal princípio está consagrado na Constituição precisamente no art. 5º, XXXIX, e ainda no art. 1º do CP, onde o texto diz: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Assim, para o que direito seja aplicado é necessário que esteja previsto anteriormente em lei. Segundo Leandro Cadenas: “Isto posto, é necessário que exista lei formal que defina as condutas delituosas e as penas correspondentes”⁸.

O princípio da legalidade parte da base de uma segurança jurídica e uma garantia individual, assim na lição de Luiz Regis Prado:

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito.⁹

Este princípio traz uma garantia jurídica de que somente será aplicado, o que estiver previsto em lei, sem a qual cidadão algum poderá ser condenado.

⁸ PRADO, Leandro Cadenas. **Direito Penal para Concursos**: Parte Geral. 5ª Ed. MÉTODO.p.22.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Volume 1. 5ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.140.

1.4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Traduz a ideia de que o homem deixa de ser considerado apenas como um cidadão para ser considerado como pessoa, independentemente de sua ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem, como homem, faz com que o Estado reconheça uma esfera indestrutível da ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi fundada no valor dos direitos fundamentais inerentes ao homem, *vide* art. 1º, III, CF¹⁰, promovendo o desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual.

Portanto, toda lei que viole este princípio deve ser pontado como *inconstitucional*.

1.4.3 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima decorre da ideia de que o Direito Penal só pode atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser protegidos de forma menos gravosa. Ocorre porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, impondo as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

O Direito Penal só poderá intervir quando for realmente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. De preferência, na medida em que for capaz de ter eficácia. Nesse sentido Luiz Regis Prado diz:

O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.¹¹

O princípio da fragmentariedade, também conhecido como *essencialidade* condiz no fato de que os bens jurídicos devam ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Assim apenas as ações

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 05 de outubro de 1988.

¹¹ PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Volume 1. 5ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 149.

ou omissões mais graves contra os bens valiosos poderão ser objetos de criminalização.

Assim, o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, no qual sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada, noutras palavras: *fragmentos de antijuridicidade penalmente relevantes*. A fragmentariedade não quer dizer lacuna na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas um limite necessário a um totalitarismo de tutela prejudicial à liberdade.

1.4.4 Princípio da Proporcionalidade

Com sua origem no Iluminismo, foi na obra de Cesare Beccaria que o princípio da proporcionalidade passou a ser um verdadeiro pressuposto penal. Esse autor acredita que as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos e ao dano causado à sociedade. O dano que for causado à sociedade será a medida dos crimes.

O princípio da proporcionalidade exige um liame graduável entre o fato praticado e a cominação legal, ficando evidente qualquer forma de excesso. Deve-se existir um justo equilíbrio – *abstrato* (legislador) e *concreto* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado e a pena cominada ou imposta.

1.4.5 Princípio da Adequação Social

A teoria da adequação social, significa que apesar de uma conduta ser submetida ao modelo legal não será considerada *típica* se for considerada socialmente adequada ou reconhecida. Para Luiz Regis Prado, em sua obra:

Convém observar que “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social”. Noutro dizer: ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente. É portadora de um determinado *significado social*, sendo expressada *funcionalmente* no contexto histórico-social da vida de um povo.¹²

¹² PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral e Parte Especial. 14ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 123-124.

A adequação social é considerada com base numa série de fatores como, a utilidade social da conduta, por exemplo; tomando como ponto de partida uma ponderação de interesses entre o valor e o interesse que despertam determinada atividade social e os riscos que ela acarreta. Também é utilizada como justificação da conduta, onde há uma ponderação de interesses, sendo realizada pelo juiz diante de uma ação real.

2 PROTEÇÃO INTEGRAL APLICADA AO ADOLESCENTE

A violência tem alcançado índices cada vez mais elevados em nosso país. E nesses índices há um grande nível de delinquência infantil acoplada, associada com a fome, miséria, desemprego, falta de oportunidades que leva em conta também as condições familiares do jovem.

Contudo, parte das famílias tem se desestruturado, devido à esse problema social. Estudos comprovam que os adolescentes ao tomarem esse contato com a sociedade desenvolvem comportamentos delinquentes, defraudando sua identidade. Com esse conceito de identidade perdido, faz com que as pessoas percam a confiança nesses jovens

Um jovem que convive num meio que não oferece grandes oportunidades, irá migrar para um grupo negativo. Assim, a criminologia tem procurado identificar novos caminhos no combate à falência do sistema punitivo do Estado em termos de prevenção, proteção e tutela da vida social.

O adolescente que pratica algum ato anti-social, está sujeito às medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do ECA, que serão explicadas mais a frente. Essas medidas somadas com saúde, proteção à família, educação etc, diminuem os índices de criminalidade.

Na atual situação prisional, enquadrar os adolescentes infratores no Código Penal, a partir dos 16 anos, na população carcerária dos “adultos imputáveis”, não soluciona o problema, nem a curto ou médio prazo, pois, eles não teriam nenhuma chance de recuperação. Também devemos citar, que o Estatuto (Lei nº 8.069/90) proíbe qualquer medida punitiva que acarrete na prisão de crianças e adolescentes.

2.1 A tutela normativa da Criança e do Adolescente e a Proteção Integral

Por volta da década de 80, foi reforçado no país um debate sobre os aspectos da proteção da infanto-adolescência, buscando orientações nos documentos internacionais.

À partir de 1985, organizações sociais, através de efetivas campanhas atraíram debates com setores governamentais e seguimentos da sociedade civil, voltados ao atendimento da criança e do adolescente. Assim, nasceu o Fórum Nacional Permanente de Direitos da Criança e do Adolescente – Fórum DCA, que passou a

exercer o papel de articulador da ampla mobilização social pela Emenda na Constituição apresentada ao Congresso Nacional.

Com esta mobilização, forneceu ao legislador constituinte subsídios para a elaboração de normas de proteção infanto-adolescência, segue-se as palavras de Tânia da Silva Pereira:

Com estas emendas de iniciativa popular foram introduzidos no texto constitucional os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, os quais já eram discutidos na ONU. A referida Convenção veio a ser aprovada em novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21/11/90.¹³

Os direitos fundamentais dizem respeito ao homem como pessoa e esta ideia parte da premissa de que decorrem de princípios do Direito Natural, ou seja, são direitos anteriores e superiores ao Estado. Contudo, a história constitucional brasileira possui a presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, e além de existir um rol enumerativo no art. 5º, introduz na Doutrina Constitucional, a declaração dos Direitos Fundamentais da Infanto-Adolescência, constituindo a Doutrina da Proteção Integral e consagrando os direitos que devem ser respeitados.

O art. 227, em seu *caput* da Constituição Federal de 1988 é reconhecido pela comunidade internacional como síntese da Convenção da ONU de 1989, ao declarar os direitos da criança e do adolescente como sendo da família, sociedade e Estado:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁴

O Estatuto da Criança e do Adolescente faz uma releitura deste artigo, remetido nos art.s 3º, 4º e 5º em que traduzem as Garantias de Direitos da população infanto-juvenil.

¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996.p.23.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 05 de outubro de 1988.p.236.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovada em 1989, é fruto do esforço de vários países que durante dez anos, buscaram definir quais os direitos humanos eram comuns às crianças, para a formulação de normas legais, aplicáveis internacionalmente, com o fim de abranger as diferentes conjunturas socioculturais existentes entre os povos.

A Convenção consagra a “Doutrina da Proteção Integral” em que os direitos das crianças e adolescentes devem ter características específicas, conforme as condições de cada pessoa em via de desenvolvimento, conforme às políticas básicas, voltadas à juventude, agindo de forma integrada à família, à sociedade e ao Estado.

A infância deve ser tida como prioridade de forma que a sua proteção sobreponha às medidas de ajustes econômicos, sendo salvaguardados seus direitos fundamentais. Também é dever dos pais, a garantia dessa proteção, sendo que na falta desses, a responsabilidade passa ao Estado.

Qualquer decisão que seja tomada, há que se tomar em conta o que for melhor possível à criança. Em caso de separação por iniciativa do Estado (prisão, detenção, deportação) de ambos os pais, deverá fornecer informações sobre o paradeiro da criança à quem deste tenha se separado. Deve proteção também à criança refugiada, ou seja, ajudá-la a encontrar sua família ou lhe garantir assistência.

Importante ressaltar a participação da população por meio de suas organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, *vide* art. 204 da CF.

O Ministério Público passou a ser defensor da sociedade atendendo a população menos favorecida, atingindo aos interesses e direitos protetivos da infanto-adolescência, possibilitando a provocação da função jurisdicional. Isso possibilita que estes órgãos ajam em defesa dos interesses coletivos e difusos, independentemente de iniciativa do MP ou na sua falta. O art. 208 do ECA prevê quais as hipóteses que cabem essas ações.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em seu art. 40 prevê:

Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em

consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.¹⁵

Deve ser garantido à criança, o direito à presunção de inocência. Além disso, prevê a Convenção o benefício da assistência judiciária e o direito à defesa.

Uma grande mudança veio na nomenclatura da Justiça infantil ao tratar como “Justiça da Infância e Juventude”, destinada aos menores de 18 anos. Este instituto conta com uma equipe interprofissional que atua conjuntamente com este Juízo. Segundo o art. 150 do ECA, cabe ao Judiciário promover recursos para a manutenção dessa equipe.

Um grande ponto, foi a preocupação com a forma em classificar o adolescente, pois antes da Lei de 90, estes jovens eram chamados de “delinquentes” ou “abandonados” pelo Código de Mello Mattos de 1927 ou de “menores em situação regular” pelo Código de Menores de 1979. Portanto, a Lei nº 8.069/90, ao adotar como fundamento a Doutrina da Proteção Integral, rompeu essa cultura de discriminações.

O estatuto faz uma distinção entre criança e adolescente para que sejam tratadas de forma igualitária, conforme o desenvolvimento, em razão de maior ou menor maturidade. Essa diferença é atribuída aos maiores de 12 anos ao praticarem atos infracionais, impondo-lhes *medidas sócio-educativas*; ou aos menores de 12 anos, *medidas específicas de proteção*.

Diante do grande número de crianças e jovens em situações de carência e abandono, o art. 98 do ECA prevê um rol de situações especiais que geram a proteção integral.

Caberá portanto ao jurista, partindo dos princípios fundamentais em comuns com todas as ciências conexas às disciplinas das relações humanas, assegurar a prioridade absoluta em conjunto à família, à sociedade e ao Estado, a proteção peculiar dessas pessoas em desenvolvimento.

2.2 Ato Infracional

Incumbe diferenciar segundo a Lei nº 8.069/90, a diferença entre criança e adolescente, pois o referido Estatuto incumbiu em diferenciá-los para que pudessemos entender quem são os inimputáveis. Essa distinção se faz para que

¹⁵ BRASIL. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br <acesso em 31 de outubro de 2017>

possa saber quem são as pessoas sujeitas às medidas socioeducativas. Nesse sentido Marcos bandeiras afirma:

É de se notar que o próprio ECA se encarregou de configurar, no âmbito de seus lindes estatutários, os “*inimputáveis*”, bem como estabeleceu a responsabilização juvenil infracional a partir dos doze anos completos ao preconizar no seu Art. 2º. O seguinte, *in verbis*: Art. 2º - Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.¹⁶

Nesse entendimento pode-se notar, que a criança não está sujeita há qualquer medida socioeducativa, por motivo de seu estado em formação de desenvolvimento, sem aptidão suficiente para entender o caráter ilícito do ato infracional. Neste caso, tendo cometido algum ato infracional, mesmo que seja sem violência ou grave ameaça, a criança, deve ser encaminhada ao Conselho Tutelar ou ao Juiz da Vara da Infância ou Juventude. Caso pertença à alguma Comarca que não possua este Conselho, deverá lhe ser aplicada, conforme expressa o art. 262 do ECA, qualquer das medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA.

Assim, identificado o destinatário das medidas socioeducativas e/ou protetivas aplicadas ao autor do ato infracional, resta-se definir o que vem a ser o ato infracional. O art. 103 do ECA, define como: “*Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*”. Ou seja, isso quer dizer que será considerado como ato infracional toda conduta que for praticada por criança ou adolescente que se molde à figura típica de um crime previsto no Código Penal ou em Leis Extravagantes, ou a uma contravenção penal.

Na verdade, entre ato infracional, contravenção penal e crime, somente há diferença na nomenclatura, assim sua noção pode ser considerada como vinculada à eleição feita pelo legislador dos bens jurídicos relevantes para a convivência e realização do ser humano na vida social, cuja violação justificaria a legitimação estatal, em face de se aplicar uma pena, medida de segurança ou uma medida socioeducativa, caso seja um crime praticado por maiores de 18 anos de idade ou um ato praticado por adolescentes. Assim, as lições de Carmem Sílvia de Moraes Barros no ensinam:

[...] imprescindível, pois, anotar a relatividade e mutabilidade dos valores sociais próprios de uma sociedade pluralista e, conseqüentemente a relatividade do conceito de bem jurídico. Daí que a intervenção penal só será legítima, quando houver dissenso: só é legítima a intervenção penal onde há conflito do qual resulte afetado um bem jurídico protegido. Partindo da idéia de acordo democrático, temos que é tarefa do direito penal resguardar as condições elementares para a convivência social e a auto-realização do

¹⁶ BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus. 1ª Ed. UESC: 2006.p.23.

homem em sociedade. Com o objetivo de realizar essa missão, cabe ao direito penal informar quais os bens que, por serem relevantes e necessários à auto-realização e à convivência pacífica, são merecedores da tutela penal. Esses bens, os bens jurídicos, são valores, constitucionalmente constituídos, que, à luz da democracia, podem ser definidos como bens essenciais do ser humano que possibilitam sua plena realização e desenvolvimento em sociedade e que facilitam ou asseguram a participação livre e igualitária em um acordo normativo.¹⁷

Assim se crime e contravenção não se diferem um do outro, o mesmo ocorre com o ato infracional, pois sua distinção é apenas subjetiva, ou seja, a figura típica e antijurídica prevista como crime ou contravenção, se estiver sendo praticada por um imputável penalmente, este estará cometendo um crime ou contravenção penal e poderá sofrer uma pena, no mesmo caso do adolescente, que cometer ato infracional, que irá receber a imposição de uma medida socioeducativa e/ou protetiva (art. 101 e 112 do ECA).

Contudo para que se possam entender o *nomem iuris* ato infracional, é necessário que possam visionar o adolescente como um sujeito de direito em formação, pois a doutrina e jurisprudência entendem que o adolescente biologicamente não possui o discernimento ético para entender o caráter criminoso do ato cometido, ou seja, não tem a imputabilidade necessária para cometer crimes, mas sim atos infracionais que resultem na aplicação de medidas socioeducativas que, pedagogicamente serão capazes para evitar que após a maioridade penal se tornem delinquentes.

2.3 Estudo das Medidas Socioeducativas

O Estado, possui um sistema punitivo, sendo este um mecanismo mais rigoroso de controle social. A incriminação de certas condutas, consiste no fato de proteger os bens e interesses considerados de grande importância para o Direito, fazendo com que os transgressores da lei cumpram sanções jurídicas, conhecidas como pena.

As medidas socioeducativas, indicadas no art. 112 do ECA possuem além de um caráter educativo, também um caráter protetivo, pois visam proteger o adolescente tanto de explorações infantis, como o reeduca, caso cometido algum ato infracional, visando sua recuperação para que possa se reestabelecer para conviver em sociedade. Nesse sentido, demonstra as palavras de Marcos Bandejas:

As medidas socioeducativas, portanto, devem pautar-se fundamentalmente, na adoção pedagógica de mecanismos de inclusão social, que seja capaz de

¹⁷ BARROS, Carmem Sílvia de Moraes. **A individualização da pena na Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p.67,68.

introjetar, no jovem ainda em formação, valores que penetrem na sua centelha divina, aumentando a sua autoestima, ampliando os seus horizontes e sua condição de sonhar com a grande possibilidade que é a vida.¹⁸

O grande desafio dos profissionais especializados nessa área, é restaurar a essa autoestima que já se houvera perdido. Os promotores, juízes, conselheiros tutelares e outros profissionais vão trabalhar em conjunto com a família, na transformação desse jovem em busca de tornar-lhe um cidadão respeitável evitando uma fileira de delinquentes imputáveis.

A grande preocupação se paira na ideia de recuperar o jovem para que ele se torne um adulto responsável amanhã, ao contrário de se tornar um adulto delinquente, que traz problemas à sociedade e ao Estado, Márcio Mothé Fernandes aluz:

Deseja-se que o adolescente cumpra a medida satisfatoriamente, inserindo-se na sociedade com novos ideais, de modo a se tornar um adulto habilitado a conviver conscientemente consigo mesmo e de maneira produtiva em seu meio sócio-familiar.¹⁹

A doutrina ainda trata da medida socioeducativa como sendo de caráter retributivo, pois ao cometer um ato infracional, o autor recebe uma resposta retributiva pelo mal causado. Consiste numa sanção-educação ao invés de ser uma sanção-castigo.

É vedada a aplicação de qualquer medida diversa das elencadas no art. 112 do Estatuto, e nem que elas sejam aplicadas de forma cruel, como a prestação de trabalho forçado, por exemplo. Tal artigo traz um rol de medidas à qual devem ser seguidas, dentre elas temos:

2.3.1 Advertência

O termo “advertência” vem do latim *advertentiva*, que significa admoestação, observação, aviso, adversão, ato de advertir. De todos os significados, o que mais cabe ao ECA é o da “admoestação”, “representação”, “censura”, acentuando a finalidade pedagógica.

¹⁸ BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus.1ª Ed. UESC: 2006.

¹⁹ FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública**: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.p.73.

Sendo a primeira medida do rol do art. 112 do ECA, é destinada ao adolescente que cometeu um ato de menor potencial ofensivo, ou seja, ao que praticou um ato de natureza mais branda ou com pouca lesividade. Mesmo assim, o adolescente deve ser corrigido e alertado das possíveis sanções penais que poderão lhe acarretar, caso repita o ato ou cometa algo pior, nesse sentido as palavras de Márcio Mothé dizem:

Para sua aplicação, diferentemente das demais medidas, basta a existência de materialidade e indícios de autoria (art. 114, parágrafo único), não havendo necessidade de aprofundada coleta de provas e “maiores delongas” que, afinal, resultariam em simplória advertência verbal. Na dúvida, ou até mesmo em caso de improcedência do pedido, o adolescente envolvido na prática infracional deve ser advertido, *i.e.*, devidamente alertado para as consequências jurídicas do cometimento de uma infração de natureza penal.²⁰

Conforme o art. 115 do ECA, “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

Além de ser uma medida aplicada ao autor de ato infracional, a advertência também será aplicada nas seguintes situações: aos pais ou responsáveis, guardiões de fato ou de direito, tutores, curadores, etc (art. 129, VII) e às entidades governamentais ou não governamentais que atuam no planejamento e na execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes (art. 97, I, “a”, e II, “a”), porém, nestes casos, tal medida se trata de *medida de proteção*.

2.3.2 Obrigação de reparar o dano

Para se entender essa modalidade de medida, é preciso fazer um estudo do Código Civil brasileiro, mais precisamente no seu art. 159, preceitua que a prática do ato ilícito, deve ser reparada pelo autor do dano. Com exceção dos atos praticados em legítima defesa ou no seu exercício regular do direito; também nos casos de deterioração ou destruição de coisa alheia a fim de remover perigo iminente (art. 160, I e II)²¹. No último caso, há de se provar que realmente a ação se tornou necessária e que não foram excedidos os limites à remoção do perigo.

²⁰ FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública**: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.p.76.

²¹ BRASIL. **Código Civil**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

No caso de ato ilícito cometido por adolescente, se este tiver menos de 16 anos, responderão pela ação, exclusivamente, os pais, tutores e curadores.

Essa medida possui caráter de cunho facultativo, dependendo de cada caso concreto. Nesse sentido Márcio Mothé Fernandes explica:

Observa-se que a impossibilidade momentânea não impede a ulterior reparação do dano, inserida como medida sócio-educativa na legislação vigente. Considerando a possibilidade de cumulação de medidas, cremos que o ressarcimento do prejuízo deva ser determinado sempre que tratar-se de ato infracional com reflexos patrimoniais, independentemente de outra sanção aplicada.²²

Ainda, na mesma linha de pensamento, o mesmo autor, prossegue seu pensamento:

A Lei ressalva expressamente, em seu art. 116, parágrafo único, que a medida somente poderá deixar de ser aplicada quando houver “manifesta impossibilidade”, como a pobreza, por exemplo. Neste caso, a obrigação de ressarcimento do dano deve ser substituída por outra medida, *v.g.*, prestação de serviços à comunidade, de forma a despertar o adolescente acerca do prejuízo causado.²³

Se o adolescente tiver entre 16 e 21 anos, será conforme a lei equiparado ao adulto, no que concerne às obrigações de reparar o dano por ato ilícito, *vide* art.s 156 e 1.521, I e II do CC.

2.3.3 Prestação de Serviços à Comunidade

Constitui uma das mais importantes medidas em meio aberto a ser cumprida pelo adolescente e está prevista nos art.s 112, III e no 117 do ECA. Pode ser cumprida em entidades hospitalares, assistenciais, educacionais e congêneres, por período não superior a seis meses, com o intuito de resgatar a responsabilidade do jovem e sua aptidão para cumprir em meio aberto, de forma que o adolescente, continua estudando e/ou trabalhando, normalmente, convivendo em sociedade em conjunto com seus familiares e amigos.

²² FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública**: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.p.81.

²³ FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública**: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.p.81.

Esta medida deve ficar sob responsabilidade de alguma entidade para que fiscalize a execução de tal. Assim, a coordenação pedagógica irá estudar o caso do jovem, conhecendo sua história, anseios e sonhos para aplicação da medida.

À partir desse diagnóstico irá definir o melhor horário para cumprimento da medida, de forma que não prejudique nos estudos, sendo cumprida preferencialmente nos finais de semana e feriados; e irá elaborar relatórios, periodicamente, que trarão a situação do jovem. As palavras de Marcos Bandejas relatam muito bem:

Na verdade, a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade guarda coerência com a corrente minimalista, que prevê a intervenção mínima do Estado na esfera individual do adolescente a quem se atribui a prática do ato infracional, buscando evitar o seu encarceramento e criando as condições para que o adolescente reflita sobre as consequências do ato infracional e tome consciência dos valores, voltados para o exercício da solidariedade humana e da cidadania.²⁴

Como não existir tempo determinado para cumprimento das medidas socioeducativas, estes relatórios irão ajudar na percepção do desenvolvimento do jovem para se analisar qual o melhor momento para o seu desligamento.

A medida não poderá ultrapassar o prazo máximo de seis meses. É importante ainda frisar que a participação da comunidade nessa medida se dá de cunho necessário para o jovem.

2.3.4 Liberdade Assistida

A palavra “Assistida” traz uma ideia de vigilância no Estatuto, vejam as palavras de Munir Cury:

O conceito de liberdade assistida não é totalmente novo. No entanto, os art.s 118 e 119 do Estatuto põem ênfase na palavra “assistida”, entendendo os adolescentes já não como objetos de vigilância e controle – caso da liberdade vigiada – senão como sujeitos livres e em desenvolvimento, que requerem apoio ou assistência no exercício de sua liberdade, para se desenvolverem à plenitude.²⁵

²⁴ BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus. 1ª Ed. UESC: 2006.p.149.

²⁵ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.p.403.

Tal medida, consiste no seu cumprimento em regime aberto, permanecendo o adolescente com seus pais ou responsáveis, e sob assistência de pessoa incumbida de acompanhamento, auxílio e orientação do infrator, pelo prazo mínimo de seis meses. Compete ao orientador promover o adolescente e sua família, efetivar a matrícula e supervisionar a sua frequência e rendimento escolar, além de providenciar a sua profissionalização e inserção no mercado de trabalho (art. 119 do ECA).

A Liberdade Assistida deve ser cumprida em espaço com tempo mínimo de seis meses, passível a qualquer tempo de prorrogação, revogação ou substituição por outra medida. No final do primeiro semestre será apresentado pelo orientador, relatório para análise do desenvolvimento do jovem para que a autoridade judiciária decida pela sua prorrogação ou extinção da medida.

2.3.5 Semiliberdade

Consiste na medida mais restritiva da liberdade pessoal depois da internação. A semiliberdade faz parte do rol de medidas elencadas no art 114 e requer as plenas garantias formais em relação à apuração da infração e à igualdade do adolescente na relação processual.

O adolescente deve permanecer à noite na instituição e durante o dia frequentando atividades externas, sendo a escolarização e profissionalização requisitos obrigatórios.

Tal medida não possui prazo estabelecido, mas não poderá ultrapassar três anos, tendo de ser revalidada no máximo semestralmente. A medida de semiliberdade pode ser aplicada aos jovens de faixa etária entre 18 e 21 anos incompletos desde que o ato infracional tenha sido praticado durante o período de inimputabilidade. Ao completar os 21 anos, a liberação do regime será compulsória, conforme os art.s 2º, parágrafo único, 120, § 2º e 121, § 5º do ECA.

2.3.6 Internação

O ECA trata da internação nos art.s 121 ao 125, devendo esta medida ser cumprida em estabelecimento fechado, com condições adequadas à ressocialização (art.s 94, 123 e 124 do ECA).

Também a Constituição Federal de 1988, preceitua em seu art. 227, § 3º, inciso V, em conjunto com o art. 121, *caput*, do ECA, que a internação deve obedecer aos princípios de brevidade e excepcionalidade, sendo aplicada apenas nas hipóteses previstas na Lei (art. 122 do ECA).

O autor Márcio Móthe Fernandes cita a crítica da autora Áurea Pimentel, que discorda da expressão “medida privativa de liberdade” em relação à internação, pois ela acredita que “a liberdade do menor não está sofrendo real limitação, presente que a internação não é medida restritiva de liberdade do menor, mas sim de proteção e ressocialização”²⁶.

Contudo o Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado por Munir Cury já trata a expressão citada acima como um avanço no estatuto, vejamos:

O grande avanço desde artigo está na definição da internação como “medida privativa de liberdade”, ou seja, o educando submetido a esta modalidade de ação sócio-educativa está privado do direito de ir e vir. Isto configura um enorme avanço em relação à medida de internação usualmente praticada no Brasil, que priva o adolescente não apenas da liberdade, mas do respeito, da dignidade, da identidade e da privacidade.²⁷

A medida não comporta tempo determinado, contudo deve ser revalidada semestralmente, não podendo ultrapassar o período máximo de três anos. Atingido esse tempo, a medida deverá ser convertida em semiliberdade ou por outra mais branda. Caso o jovem complete os 21 anos e ainda esteja cumprindo a medida, será liberado compulsoriamente da internação.

2.4 Garantias Processuais asseguradas ao Adolescente autor de Ato Infracional

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, LIV, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. É requisito de garantia processual do cidadão também, a *presunção de inocência*, prevista no art. 5º, LVII da CF. Isso quer dizer que somente a sentença penal condenatória, ou seja, decisão da qual não cabe mais recurso, é razão jurídica para que alguém possa ser considerado culpado.

²⁶ FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública**: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.p. 94.

²⁷ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.p.414-415.

No mesmo sentido o art. 227, § 3º, IV da Constituição, assim como outros aspectos da proteção especial concernentes à população infanto-juvenil, prevê:

Garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica.²⁸

Estes princípios constitucionais foram instituídos à infanto-adolescência, estabelecendo o direito de *nenhum adolescente ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal* (art. 110 do ECA) e de lhe serem asseguradas as *garantias processuais* (art. 111 do ECA).

A *presunção de inocência*, prevista no art. 40.2 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, deverá prevalecer também aos menores de 18 anos. A *ampla defesa* e o *contraditório* são garantias e direitos fundamentais (art. 5º, LV, CF). Ao regulamentar os princípios constitucionais, o Estatuto estabeleceu as mesmas garantias aos adolescentes.

O art. 111, III do ECA estendeu ao adolescente a garantia à *igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa*. Esta igualdade, conta com o direito do adolescente em ter um profissional habilitado para realizar sua defesa no processo. A presença obrigatória de um advogado, prevista no art. 133 da CF, se estende ao ECA no art. 3º, III, e passa a ser obrigatória, diferentemente do Código de Menores, em que era facultativa. Caso o jovem não possua condições financeiras necessárias à arcar com as despesas de um advogado, poderá contar com o auxílio de um defensor público (art. 134 da CF, 3º, IV do ECA).

O jovem conta ainda com o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e solicitar a presença dos pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento (art. 111, V e VI do ECA).

Ainda devemos destacar a presença do Ministério Público na *ampla defesa*, que além de promover a ação penal pública conforme o art. 129, VII da CF, lhe é também atribuída a função de *exercer o controle externo da atividade policial*. Sua

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 05 de outubro de 1988.

atuação será de grande relevância nas hipóteses de apreensões irregulares, sem prévia ordem judicial ou detenções por motivos ilegais.

Segundo a Convenção sobre Direitos da Criança – ONU de 1989, cabe ao Poder Público atender às recomendações previstas no art. 40, nº 3 que diz:

Os Estados-Partes devem promover o estabelecimento de leis, processo, autoridades e instituições, especificamente adequadas a crianças suspeitas, acusadas e reconhecidas como tendo infringido a lei penal.²⁹

Cabe a toda criança e adolescente proteção tanto vinda do Estado, como da família, pois da família partem as primeiras noções da conduta dos pequenos cidadãos.

²⁹ BRASIL. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br <acesso em 31 de outubro de 2017>

3 ASPECTOS JURISPRUDÊNCIAS E DOUTRINÁRIOS

O princípio da insignificância como já visto acima, foi construído com base doutrinária, dando pouca relevância à sua tipicidade material. Também no primeiro capítulo, foi analisado a sua relação com outros princípios.

Contudo agora iremos analisar como a doutrina tem se posicionado sobre tal princípio, além de mostrar como tem sido a aplicação deste na jurisprudência.

A construção dos capítulos anteriores foram elaboradas com extrema importância para que se pudesse entender os pilares estruturantes da insignificância e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio da insignificância é um assunto que tem causado bastante divergência, pois mesmo sendo aceito pela doutrina e jurisprudência acarreta em discordância quando se fala em sua aplicação, ficando em cada caso, à parte do magistrado, gerando insegurança aos seus envolvidos.

Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente também tem abordado polêmicas, pois mesmo após 27 (vinte e sete) anos, ainda não há uma adequação entre o manuseio dos instrumentos legais/doutrinários e seus fins almejados.

Nos tópicos a seguir iremos fazer uma análise de como os Tribunais têm se posicionado sobre o assunto e como a doutrina tem tratado dele nos seus manuais didáticos.

3.1 O Princípio da Insignificância e o Ato Infracional à luz da Jurisprudência

A aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais não tem sido um assunto novo para os Tribunais, contudo é um assunto que ainda gera muitas discussões, pois para alguns há de se analisar a tipicidade do ato praticado, como para outros o fato de se dizer ser “insignificante” não há de se questionar o grau do ato.

Existem duas correntes acerca do assunto, uma em que vê nas medidas socioeducativas um caráter pedagógico e outra que lhe atribui um caráter repressivo/retributivo, com semelhança de sanção penal, porém em menor intensidade.

Em relação à aplicação do princípio da insignificância nos atos infracionais, os Tribunais tem se posicionado de forma extremamente opostas. Contudo, alguns julgadores tem se posicionado pela possibilidade de aplicação do tal princípio ao âmbito estatutário. Este têm sido o posicionamento mais comum e não o entendimento consolidado pela jurisprudência.

As decisões vão partir do ponto das medidas socioeducativas, sendo seu argumento mais comum para aplicação é seu caráter repressivo, de modo que a utilização de tal instituto implicaria na supressão de uma situação maléfica ao adolescente. Tal entendimento podemos perceber no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70047053855 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 25/03/2013

Ementa: APELAÇÃO. ECA . **ATO INFRACIONAL**. FURTO. CONFISSÃO QUE NÃO RESTA ISOLADA NOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. REITERAÇÃO DE PRÁTICAS INFRACIONAIS. MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO COM POSSIBILIDADE DE ATIVIDADES EXTERNAS. EQUAÇÃO. **PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA**. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO, DE OFICIO, DA MEDIDA DE PROTEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 101 , INCISO V , DO ECA . 1. Sendo incontroversas a autoria e a materialidade do **ato infracional**, impõe-se a procedência da representação e a aplicação de medida socioeducativa. 2. É cabível a medida de internação, quando se trata de jovem desajustado e que vem reiteradamente se envolvendo em **atos** infracionais, necessitando ser retirado do meio que é propício a novos deslizes, a fim de receber o amparo pedagógico e social de que necessita para compreender a censurabilidade que repousa sobre sua conduta. 3. Necessidade de encaminhamento do representado à avaliação e aplicação de medida protetiva de tratamento para drogadição, nos termos do art. 101 , v, do ECA . RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70047053855, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013)³⁰

No caso levantado, ao jovem infrator é imposta a medida de internação, com o fim de lhe retirar do meio onde está sendo influenciado, por estar praticando atos

³⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça**. Apelação. ECA . ato infracional. furto. confissão que não resta isolada nos autos. autoria e materialidade comprovadas. reiteração de práticas infracionais. medida socio-educativa de internação com possibilidade de atividades externas. adequação. princípio da insignificancia. descabimento. aplicação, de ofício, da medida de proteção prevista no artigo 101 , inciso v , do eca . recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70047053855, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo> <Acesso em 06 de novembro de 2017>

infracionais com certa frequência. Este receberá medida protetiva, seguida de amparo pedagógico, onde será avaliado e recuperado para volta ao convívio comunitário.

Mesmo caso da Apelação proferida no Rio Grande do Sul pelo Tribunal de Justiça, em que não se vê a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mas se aplica a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70052736097 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 05/03/2013

Ementa: ECA . **ATO INFRACIONAL.** FURTO. PROVA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ADEQUAÇÃO. **PRÍNCÍPIO BAGATELAR: DESCABIMENTO.** 1. **Não tem aplicação no caso o princípio da insignificância, visto que não se cuida de aplicação de pena, mas de medida socioeducativa,** interessando mais a situação pessoal de risco do infrator do que a consequência lesiva do ato. 2. Comprovadas tanto a autoria como a materialidade do **ato infracional,** imperiosa a procedência da representação e a imposição de medida de cunho socioeducativo compatível com a gravidade do fato e com as condições pessoais do infrator. 3. **Tratando-se de furto e sendo o adolescente pessoa desajustada, impõe-se a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, para que, através do trabalho aprenda a respeitar o patrimônio alheio e desenvolva a noção de limites e o senso de respeito aos semelhantes.** Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052736097, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013) (Sem grifos no original).³¹

O acórdão decidiu pela prestação de serviços à comunidade para que o adolescente não venha a continuar cometendo os mesmos atos e nas palavras do relator, para que “através do trabalho aprenda a respeitar o patrimônio alheio”.

Podemos notar em caso semelhante ao anterior, em que não se pode ser aplicado o princípio da insignificância pelo fato do autor ser uma pessoa descontrolada que estava realizando os mesmos atos com frequência também:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70061403861 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 30/10/2014

Ementa: ECA. **ATO INFRACIONAL.** FURTO. PROVA. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. NULIDADES INOCORRENTES. **PRÍNCÍPIO BAGATELAR: INAPLICABILIDADE NO CASO.** 1. Inexiste nulidade pelo fato do julgador tomar a iniciativa de formular perguntas à vítima e às testemunhas, buscando o esclarecimento dos fatos, pois se cuida de processo afeto à justiça da infância e da juventude, onde o esclarecimento

³¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça.** Apelação. ECA . ato infracional. furto. prova. medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. adequação. princípio bagatelar: descabimento. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052736097, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logot>. <Acesso em 06 de novembro de 2017>

dos fatos visa o exame da conveniência da aplicação de medidas de cunho socioeducativo e de proteção, ficando mitigado o rigor formal. 2. Não se verifica nulidade quando não há prejuízo e a ausência do ministério público quando da inquirição de uma testemunha não acarretou prejuízo algum para a defesa, que estava assistida por seu advogado. 3. **Não tem aplicação o princípio da insignificância quando se cuida de furto qualificado e o autor é pessoa completamente desajustada**, que vem reiterando em ato da mesma natureza, pois se cuida de ato infracional e o adolescente se revela pessoa completamente desprovida de limites, havendo necessidade de mostrar a ele a necessidade de respeitar o patrimônio alheio, o que desafia a imposição de medida socioeducativa. 4. Comprovadas tanto a autoria como a materialidade do ato infracional, imperiosa a procedência da representação e a imposição de medida de cunho socioeducativo, adequada à gravidade do fato e às condições pessoais do infrator. 5. Não se cogita de desistência voluntária quando a consumação do furto não ocorreu por circunstâncias alheias à... vontade do infrator, que foi surpreendido pela vítima. 6. Não se cogita de fragilidade da prova quando, o infrator admite a autoria e a testemunha policial militar e a vítima quando ouvidas relataram com segurança e clareza os fatos, não deixando dúvida alguma acerca da prática do furto qualificado, na forma tentada. 7. **A medida socioeducativa de semiliberdade se mostra adequada e necessária para mostrar ao adolescente a censurabilidade social que repousa sobre a sua conduta**, pois visa desenvolver nele... (Sem grifos no original).³²

No caso acima, a medida imposta foi a de semiliberdade, contudo não se teve dúvidas do ato praticado visto que não houveram testemunhas, mas houve a declaração da polícia militar e o próprio autor confessou o fato.

Vimos que os acórdãos tem se preocupado especialmente em repreender o menor infrator para que, através da imposição de medidas socioeducativas, possam respeitar o patrimônio alheio e para que não venham a realizar novamente o mesmo ato. A apelação cível do Rio Grande do Sul, revela a mesma situação:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70052739448 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 05/03/2013

Ementa: ECA . ATO INFRACIONAL. FURTO. PROVA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ADEQUAÇÃO. PRELIMINARES DESCABIDAS: AUSÊNCIA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO INTERDISCIPLINAR, **PRÍNCÍPIO** BAGATELAR E REGULARIDADE DA AVALIAÇÃO DE BENS. INOCORRÊNCIA DE NULIDADES. 1. O laudo de exame por equipe interdisciplinar constitui elemento de convicção útil, cuja elaboração o julgador deve determinar sempre que entender conveniente, mas sua realização é facultativa e, obviamente, não vincula o julgador, não ensejando nulidade processual a sua ausência. 2. Não tem aplicação no caso o princípio da **insignificância**, visto que não se cuida de aplicação de pena, mas de medida socioeducativa, interessando mais a situação pessoal de risco do infrator do que a consequência lesiva do ato. 3. Inexiste nulidade no laudo de avaliação,

³² BRASIL. **Tribunal de Justiça**. ECA. ato infracional. furto. prova. adequação da medida socioeducativa. nulidades incorrentes. princípio bagatelar: inaplicabilidade no caso. Apelação Cível AC nº 70061403861 RS (TJ-RS). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>. <Acesso em 06 de novembro de 2017>

quando se trata de uma singela verificação de preço e de valor da res furtiva. 4. Comprovadas tanto a autoria como a materialidade do **ato infracional**, imperiosa a procedência da representação e a imposição de medida de cunho socioeducativo compatível com a gravidade do fato e com as condições pessoais do infrator. 5. Se o adolescente confessou a prática **infracional**, afirmando que furtou apenas alguns dos objetos descritos na representação, e se a sua confissão encontra eco nas demais provas coligidas, impõe-se a procedência da representação. 6. Tratando-se de furto e **sendo o adolescente pessoa desajustada, impõe-se a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, para que, através do trabalho aprenda a respeitar o patrimônio alheio e desenvolva a noção de limites e o senso de respeito aos semelhantes.** Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052739448, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013) (Sem grifos no original).³³

Como visto, podemos notar que os acórdãos tem analisado a profundo a vida dos autores, pois em casos de atos repetitivos não se tem analisado como insignificantes, pois, caso venham a cometê-los sempre novamente, será necessário a imposição de alguma medida para que essa prática não se repita.

A decisão do pedido de Habeas Corpus de São Paulo, em 2015, do Superior Tribunal de Justiça descreve bem isso:

STJ - HABEAS CORPUS HC 292824 SP 2014/0088660-3 (STJ)

Data de publicação: 05/08/2015

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NA SEARA MENORISTA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. ADOLESCENTE DEPENDENTE QUÍMICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ADEQUADA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício. 2. Hipótese em que o paciente praticou ato infracional equiparado ao delito de tentativa de furto de 2 refrigerantes Coca-Cola e 1 batata Pringles, avaliados em R\$ 20,00 (vinte reais), tendo sido afastada a aplicação do princípio da bagatela, ante a contumácia delitiva do menor na prática de outros atos infracionais contra o patrimônio. 3. In casu, se a Corte estadual deixou de analisar a possibilidade de efetiva aplicação do princípio da insignificância por entendê-la incabível no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. A pretensão de reconhecer a incidência do indiferente penal nesta via implicaria, em princípio, indevida supressão de instância, uma vez que a questão não foi objeto de

³³ BRASIL. **Tribunal de Justiça**. ECA. Ato infracional. furto. prova. medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. adequação. preliminares descabidas: ausência do laudo de avaliação interdisciplinar, princípio bagatela e regularidade da avaliação de bens. inocorrência de nulidades. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052739448, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>. <Acesso em 06 de novembro de 2017>

exame no acórdão impetrado, que se limitou a enfrentar a eleição do tratamento mais adequado ao caso. 4. Considerando que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela às condutas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (HC 276.358/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 22/09/2014), faz-se necessária a análise acerca de sua efetiva aplicação no presente caso. 5. Na aplicação do princípio da insignificância, devem ser utilizados os seguintes parâmetros: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência... Encontrado em: E DO ADOLESCENTE ART : 00118 (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CONDUTA REGIDA PELO ECA - INCIDÊNCIA) STJ... - HC 276358-SP (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - REQUISITOS) STF - RHC-AGR 122464 STJ - AgRg no HC... 246784-RS (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - ATO INFRACIONAL - VALOR REDUZIDO DA COISA FURTADA) STJ - HC... (Sem grifos no original).³⁴

Fica-se assim verificada, que na maioria dos casos, quando se perdoa um ato infracional, lhe tratando como insignificante, contribui para a reincidência do menor ao crime. Este tem sido o melhor entendimento proferido pelos Tribunais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio para que pudesse dar um caráter retributivo/repressivo, mas com caráter pedagógico ao mesmo tempo, assim, poderá o adolescente se reestabelecer e se preparar para voltar ao convívio social.

Vimos decisões que preferiram retirar alguns jovens do local onde vivem para que fossem tratados, caso contrário, o trabalho da equipe interdisciplinar seria em vão. Trabalho este que deve ser realizado com cautela, pois não devemos esquecer que o adolescente é uma pessoa em formação.

Embora sejam bem uniforme as decisões judiciais, este é um assunto que ainda causa bastante discussão, pois cada dia temos que lidar com situações diferenciadas.

3.20 Princípio da Insignificância e o Ato Infracional à luz da Doutrina

O Direito Penal somente deve atuar diante do fracasso dos outros ramos do direito, assim, havendo outros ramos eficazes, o Direito Penal não deve incidir, ou seja, somente deverá atuar quando for realmente necessário.

³⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Penal. habeas corpus substitutivo de recurso especial. não cabimento. ato infracional equiparado ao crime de furto tentado. princípio da insignificância. aplicação na seara menorista. possibilidade. reincidência. inaplicabilidade. adolescente dependente químico. medida socioeducativa adequada. STJ - HABEAS CORPUS HC 292824 SP 2014/0088660-3 (STJ). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo> . <Acesso em 06 de novembro de 2017>

Já sabemos que é dever do Direito Penal tutelar pelos bens jurídicos, mas não qualquer bem, mas aqueles considerados mais relevantes para a sociedade. O princípio da insignificância tem sido considerado pela doutrina como causa supralegal de excludente de tipicidade. A tipicidade deve ser entendida como a subsunção, adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei. Nesse sentido Cássio Vinícius Prestes diz:

A doutrina moderna demonstra insatisfação com esta concepção de mero juízo formal da tipicidade. Busca-se, hoje, restringir a área de abrangência do Direito Penal como forma de controle dos conflitos sociais, consequência do seu caráter subsidiário e fragmentário. De fato, atualmente, também deve-se atribuir ao tipo penal um sentido material, deve-se dar ao tipo conteúdo valorativo e não somente descritivo.³⁵

No mesmo sentido Francisco de Assis Toledo diz:

A tipicidade não se esgota na subsunção formal do fato ao tipo, a descrição típica deve ser lesiva a um bem jurídico. Assim, afirma-se que o comportamento humano para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética, ou socialmente reprovável.³⁶

Para que uma conduta seja tida como delituosa não é necessário a decorrência de mera adequação social incriminadora, sendo necessária a ocorrência de uma relevante lesão ou perigo ao bem jurídico protegido pela lei. A tipicidade irá analisar a gravidade da lesão.

Sendo assim cabe ao operador da lei penal analisar a área de abrangência dos tipos penais previstos no ordenamento jurídico.

A noção de princípio da insignificância traz como consequência o afastamento da tipicidade material, uma vez que este considera as condutas que não foram lesivas aos bens juridicamente protegidos.

Toda vez que se aplica o princípio da insignificância, exclui-se a tipicidade, contudo para Damásio de Jesus, essa insignificância só pode surgir de forma que venha a tender uma finalidade geral, dando sentido à ordem normativa:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é uma garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra

³⁵ PRESTES, Cássio Vinícius D.C.VLazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade material**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 33.

³⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 119.

todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.³⁷

A doutrina fala que para que se considere uma conduta tida como sendo insignificante serão observadas quatro condições essenciais: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada. Ou seja, a conduta deve ser praticada pelo agente de forma tão ínfima que não se justifique repressão. Juridicamente, isso significa, que não houve crime algum.

Mesmo uma conduta sendo socialmente adequada ou insignificante, poderá ser alcançada pelo tipo legal do crime, não podendo se exigir que o agente seja alcançado esteja amparado por alguma causa excludente de ilicitude e de culpabilidade para que a conduta não se configure como crime. Assim, Carlos Vico Manãs diz: “ seria fazer com que uma pessoa que age de acordo com os padrões vigentes na sociedade em que vive tenha que se justificar acerca de uma conduta desprezada ou até aceita pelos outros”³⁸.

Para se evitar essas situações procura-se atribuir ao tipo penal um caráter material, além do formal. Portanto para que o comportamento humano seja típico, não basta apenas ajustar formalmente a um tipo penal de delito, devendo também ser materialmente lesivo aos bens jurídicos ou socialmente reprováveis. Nas palavras de Carlos Vico Manãs:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.

A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal.³⁹

A doutrina nos mostra que o princípio da insignificância surge para evitar que os tipos penais abarquem os comportamentos que não provocam prejuízos relevantes

³⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p.489.

³⁸ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.p.53

³⁹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.p.53-54.

para o corpo social. Assim, pelo princípio da insignificância, fatos que aparentam se submeter a figuras típicas penais, somente possuem uma tipicidade formal, sendo que a tipicidade material somente será alcançada, segundo a doutrina, com a ocorrência da ofensa grave ao bem jurídico.

Podemos afirmar que a noção de delito, contravenção penal e ato infracional está associada à noção feita pelo legislador dos bens jurídicos relevantes para a convivência e realização do ser humano para a vida social, cuja violação justificaria a intervenção estatal, no sentido de se aplicar uma medida de segurança, uma pena ou uma medida socioeducativa. Nesse sentido Marcos Bandejas diz:

Dessa forma, no momento em que ao adolescente é atribuída uma conduta humana que esteja tipificada no Código Penal Brasileiro, Lei de Contravenções Penais ou em qualquer lei extravagante, como crime ou contravenção, pode-se afirmar que a ele está sendo imputada a prática de um ato infracional [...]. É curial que o fato, além de ser formalmente típico, o seja também materialmente, atendendo os princípios da ofensividade e da imputação objetiva. Com efeito, o adolescente responderá pelo ato que lhe é imputado, nos termos estabelecidos pelo ECA [...]⁴⁰

Ao estabelecer a responsabilidade do menor segundo a concepção estatutária, há de se observar a idade do agente no cometimento do ato infracional. Segundo as palavras de Tourinho Filho:

[...] uma presunção *jure et de jure* de que, em face do seu desenvolvimento mental incompleto, não tem o discernimento ético para entender o caráter ilícito do fato ou de conduzir de acordo com essa compreensão, de acordo com o Art. 27 do CP. Pouco importa seja ele estabelecido comercialmente ou casado. Interessa saber se há época da ação ou omissão era menor de 18 anos de idade. Sendo-o, não se lhe instaura processo. Ficará apenas sujeitos às sanções previstas no Código da Criança e do Adolescente.⁴¹

Mesmo que não tendo alcançado a maioridade penal, a legislação abarca a responsabilidade de ser repreendido pelo que fez, não lhe imputando as penas previstas no Código Penal, pois estaremos dando um tratamento muito severo ao adolescente infrator, contudo, suas responsabilidades devem ser cumpridas segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como citado casos no tópico anterior, há casos em que a doutrina e a jurisprudência prevê o afastamento do jovem infrator do seu convívio social por entenderem ser prejudicial à sua formação psíquica, o levando a internação, assim explica Marcos Bandejas:

Como se depreende, a internação provisória consiste numa medida constritiva de caráter cautelar, que objetiva, fundamentalmente, retirar o

⁴⁰ BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus. 1ª Ed. UESC: 2006.p.31.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.p.149.

adolescente, temporariamente, do convívio social, independentemente do ato ter sido praticado com ou sem violência ou grave ameaça, a fim de precaver o meio social, bem como preservar a integridade física do adolescente, reorientando-o para voltar a conviver pacificamente na comunidade.⁴²

Vimos que a doutrina pátria se molda na ideia de que precisamente devemos observar a idade do agente para diferenciar o ato infracional do crime, logo, lhe será atribuída qualquer sanção que venha do ECA.

Em correlação com o princípio da insignificância, devemos observar a proteção dos bens jurídicos, ou seja, de modo que estes não sejam afetados, veremos a aplicação de tal princípio.

⁴² BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus. 1ª Ed. UESC: 2006.p.35.

4 CONCLUSÃO

O adolescente deve ser considerado como um sujeito de direito em formação, porquanto mesmo que o *nomem juris* “ato infracional”, tenha apenas uma diferença nominal com o crime, o adolescente não deve ser tratado como criminoso, haja visto que este ainda não possui discernimento para cometer tais atos.

Assim, a legislação procura proteger a criança e o adolescente, com o fim de protegê-lo para que não venha a tornar-se um *delinquente*, após a maioridade penal.

Ao cometer algum tipo de ato infracional, o adolescente deve responder pelo gesto imputado, sendo-lhe aplicado uma medida socioeducativa, que não possui caráter punitivo, mas condição de recuperação do jovem educando.

As medidas socioeducativas serão impostas pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude. Para escolha da medida imposta irá se tomar em conta a gravidade do delito cometido. Essas medidas além de tratarem do adolescente, também trabalham com a família deste, pois é da família que partem os preceitos basilares de uma boa conduta, ou seja, se o adolescente vive em um lar desestruturado, não há como ter um bom rendimento escolar e nem sonhar com um futuro promissor.

Vimos, que existem duas correntes que veem as medidas socioeducativas de maneiras distintas, uma lhe atribui caráter pedagógico, porém outra caráter retributivo/repressivo, com semelhança de sanção penal, só que de forma mais amena.

No que refere ao princípio da insignificância, os Tribunais têm se posicionado de formas divergentes, conforme o assunto, contudo, a sua aplicação deverá ocorrer de forma que não se prejudique os bens jurídicos relevantes.

As decisões se orientam na forma das medidas socioeducativas, sendo a melhor explicação que o princípio da insignificância possui caráter repressivo, de modo que a adequação à tal princípio se qualificaria em forma maléfica ao adolescente.

Pelo princípio da insignificância, o Direito Penal deve proteger a comunidade de crimes que tenham gravidade razoável, evitando punir os chamados crimes de bagatela, como furtar um grampo ou um prego.

A conduta já nasce insignificante, não sendo necessário analisar a vontade do agente, seus antecedentes, etc. Pela doutrina, em casos que há infração bagatelar, a conduta é atípica, ou seja, fica excluída sua tipicidade material.

O princípio da insignificância há de ser aplicado quando as condutas analisadas concretamente apresentarem lesividade que pouco viola os bens jurídicos.

Contudo, aplicação deste princípio aos atos infracionais seria de certo modo, como se houvesse uma comparação do adolescente ao adulto que praticou um crime. Assim, vê-se inaplicável o tal princípio, visto que sua aplicação causaria consequências mais gravosas ao adolescente do que ao adulto.

Apesar das divergências jurisprudenciais, percebemos que na sua grande maioria entende-se que o princípio da insignificância não deve ser aplicado quando o agente é reincidente.

Assim, quando tratamos dos atos infracionais, devemos adotar uma lógica própria, distinta da penalista, sob pena de contrariar os princípios almejados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O que temos percebido, é a adoção da legislação penal como fonte primária e as disposições estatutárias como secundárias, o que tem caracterizado como uma afronta à norma Constitucional e aos preceitos da Doutrina da Proteção Integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus. 1ª Ed. UESC: 2006.

BANDEIRAS, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e social. Ilhéus. 1ª Ed. UESC: 2006.

BARROS, Carmem Sílvia de Moraes. **A individualização da pena na Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Código Civil**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Penal. habeas corpus substitutivo de recurso especial. não cabimento. ato infracional equiparado ao crime de furto tentado. princípio da insignificância. aplicação na seara menorista. possibilidade. reincidência. inaplicabilidade. adolescente dependente químico. medida socioeducativa adequada. STJ - HABEAS CORPUS HC 292824 SP 2014/0088660-3 (STJ). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça**. Apelação. ECA . ato infracional. furto. confissão que não resta isolada nos autos. autoria e materialidade comprovadas. reiteração de práticas infracionais. medida socio-educativa de internação com possibilidade de atividades externas. adequação. principio da insignificancia. descabimento. aplicação, de ofício, da medida de proteção prevista no artigo 101 , inciso v , do eca . recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70047053855, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça**. Apelação. ECA . ato infracional. furto. prova. medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. adequação. princípio bagatela: descabimento. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052736097, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça**. ECA. ato infracional. furto. prova. adequação da medida socioeducativa. nulidades inócenas. princípio bagatela: inaplicabilidade no caso. Apelação Cível AC nº 70061403861 RS (TJ-RS). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça**. ECA. Ato infracional. furto. prova. medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. adequação. preliminares descabidas: ausência do laudo de avaliação interdisciplinar, princípio bagatela e regularidade da avaliação de bens. inócência de nulidades. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052739448, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2013). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública**: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LUGON, Almir Fraga. **Princípio da Insignificância sob uma perspectiva constitucional**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996.

PRADO, Leandro Cadenas. **Direito Penal para Concursos**: Parte Geral. 5ª Ed. Método.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Volume 1. 5ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral e Parte Especial. 14ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRESTES, Cássio Vinicius D.C.VLazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade material**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 124.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php>

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.