

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

ADRIANA SILVA MAILLART

NIVALDO DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Adriana Silva Maillart, Nivaldo Dos Santos
– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-131-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Solução de conflitos. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos defendidos de forma brilhante, após rigorosa e disputada seleção pelo sistema "duplo cego", no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos, durante o XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 11 e 14 de novembro de 2015, em Belo Horizonte/MG, sobre o tema Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Referidos trabalhos, de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, encaminhados em uma perspectiva abrangente e contemporânea: a solução de conflitos por meio de formas judiciais e extrajudiciais.

De fato, a teoria e a aplicação dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente os que são orientados pela busca por soluções dialogadas e não impositivas, fortalecem o desenvolvimento da cultura voltada à paz social e do tratamento adequado dos conflitos, bem como da efetivação dos direitos fundamentais, em especial, o acesso à Justiça.

Entre os temas especificamente tratados nesta obra, merecem menção, as soluções consensuais e o acesso à Justiça; a visão da fraternidade e a solução de conflitos; a conciliação trabalhista: perspectivas e possibilidades; a mediação em suas mais diversas possibilidades e potencialidades, inclusive aquela alicerçada na ética da alteridade; a Justiça Restaurativa, no Poder Judiciário, como também na Escola; o Tribunal Multiportas e a Resolução 125 do CNJ, dentre outros.

A presente obra coletiva demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre as formas de solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, pelo que certamente será de excelente aceitação junto à comunidade acadêmica.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Congresso e desejamos que você leitor, como nós, tenha a

oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, animando-se a somar forças aos que empreendem grandes esforços para aprimorar as formas consensuais de solução de controvérsias no Brasil.

Boa leitura!

OS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO FERRAMENTAS PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO EM MATERIA PENAL: UTILIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

THE INSIGNIFICANCE AND MINIMUM INTERVENTION PRINCIPLES OF AS TOOLS FOR DESJUDICIALIZATION IN CRIMINAL MATTERS: ALTERNATIVE METHODS OF CONFLICT RESOLUTION.

**Vinícius Rodrigues Cavalcante
Carlos Alberto Menezes**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar o atual cenário da Justiça Penal brasileira, abarrotada de processos das mais variadas espécies, o que gera uma grande insatisfação por parte da população, seja em razão das decisões judiciais produzidas sem a análise do fato de forma mais detalhada, seja pela falta de celeridade na resolução dos conflitos. Diante desse panorama, é feita uma abordagem acerca dos princípios da intervenção mínima e da insignificância, que são verdadeiras ferramentas para impulsionar as soluções oriundas de processos extrajudiciais de pacificação social, a exemplo da mediação, da conciliação e da abordagem. esses mecanismos são verdadeiramente eficazes para o alcance da paz social e acarretam uma desjudicialização em matéria penal.

Palavras-chave: Formas consensuais de solução de conflitos, Desjudicialização, princípio da intervenção mínima, Princípio da insignificância, Justiça restaurativa

Abstract/Resumen/Résumé

this article aims to analyze the current scenario of the brazilian criminal justice, packed with the most varied species processes, which generates a large dissatisfaction among the population, either because of judicial decisions produced without analysis the fact more detail or the lack of speed in the resolution of conflicts. against this background, it made an approach about the principles of minimal intervention and insignificance, which are real tools to boost the solutions coming from extra-judicial processes of social pacification, such as mediation, conciliation and restorative justice. these mechanisms are truly effective for achieving social peace and lead to a desjudicialization in criminal matters.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consensus methods of conflict resolution, Desjudicialization, Principle of minimum intervention, Principle of insignificance, Restorative justice

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em análise plenária da sessão do dia 03 de agosto de 2015, julgou os Habeas Corpus 123.734, 123.533 e 123,108, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, e decidiu que o princípio da insignificância deve ser analisado no caso em concreto, de forma casuística, pois cada situação requer uma análise específica sobre a incidência, ou não, do princípio em comento.

Os HC's citados tratavam, respectivamente, de casos envolvendo o furto de 15 (quinze) bombons, furto de 2 (dois) sabonetes e furto de 1 (um) chinelo de borracha. Os membros da Corte Suprema, acompanhando o voto-vista do Ministro Teori Zavascki, entenderam que os fatos analisados apresentavam algum tipo de circunstância agravante, como a qualificação do crime por rompimento de barreira ou até mesmo a reincidência.

Segundo o Ministro Zavascki, a adoção indiscriminada do princípio da insignificância em casos de pequenos furtos, com reincidência ou qualificação, seria tornar lícito o comportamento e imune a aplicação de qualquer sanção penal estatal. Para ele, é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade em casos como estes. Negar a tipicidade destas condutas seria afirmar que, do ponto de vista penal, seriam lícitas.

Além disso, o Ministro considerou que a atipicidade de tais condutas poderia fortalecer a implementação de justiça privada, em que as pessoas buscam fazer “justiça com as próprias mãos”. O sentimento de impunidade vem estimulando esse tipo de prática pelos cidadãos.

O objetivo do presente trabalho é discutir, a partir da análise de princípios penais, sobretudo os princípios da intervenção mínima e da insignificância, sobre a possibilidade de aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e, em especial, a Justiça Restaurativa, ao invés da justiça penal convencional, como forma de desjudicialização em matéria penal.

Justifica-se essa pesquisa em razão do crescimento vertiginoso dos índices de criminalidade, que faz surgir uma série de problemas em consequência, como, por exemplo, o abarrotamento de processos criminais no Poder Judiciário, a produção de decisões especificamente para se cumprir metas fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça e o aumento

da população carcerária. Nesse cenário, tornam-se necessários meios alternativos de resolução de conflitos, notadamente em se tratando de justiça penal, como já fora feito na esfera cível, com absoluto sucesso.

Inicialmente, será feito um panorama sobre as medidas pacificadoras alternativas à justiça penal convencional no Brasil, buscando-se demonstrar que o acesso à justiça não deve ser tolhido, posto que garantia constitucional, porém a intervenção penal estatal deve ser provocada apenas em últimos casos, como *ultima ratio*, em decorrência dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Num segundo momento, serão abordados os princípios da insignificância e da intervenção mínima, que são ferramentas aptas a demonstrar que a intervenção estatal e o Direito Penal podem coexistir com outras formas de resolução pacíficas de conflito, em verdadeiro estímulo ao alcance da dignidade da pessoa humana.

O julgamento de processos como os citados acima, em que a Corte Suprema se debruçou sobre a subtração de 1 (um) par de chinelos de R\$ 16 (dezesesseis reais), subtração de 15 (quinze) bombons no valor de R\$ 30 (trinta reais) e a subtração de 2 (dois) sabonetes no valor de R\$ 48 (quarenta e oito reais) faz crer que a desjudicialização em material penal se torna necessária, ante as novas formas pacificadoras de transformação de conflitos. Não se pode usar o canhão do Direito Penal para a matança de pequenos pássaros.

A metodologia de pesquisa adotada foi o método hipotético-dedutivo através de confronto de teorias, conceitos e idéias dos doutrinadores, bem como estudo comparativo sobre diferentes prismas. A pesquisa foi feita de forma documental e bibliográfica.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DAS POLÍTICAS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

As formas de resolução pacífica de conflitos surgiram, inicialmente, nos Estados Unidos, a partir dos anos 70. Tais mecanismos eram pautados na solidariedade e na humanização dos processos judiciais, bem como tiravam o foco da punição e privilegiavam a reparação do dano. Sobre o tema assim discorreu a psicanalista Malvina Ester Muskat:

Desde os anos de 1960, a cultura ocidental, narrada pelas lutas a favor dos direitos civis, sociais, políticos e econômicos, vem se voltando

para uma reflexão sobre as leis e suas formas de aplicação. No século XXI, a preocupação com a justiça tem sua face voltada para a solidariedade, a pacificação e a humanização dos processos litigiosos. Nesse novo contexto, a ética da reparação surge como alternativa ou complemento a moral da punição. O afeto aparece como novo valor jurídico e restitui ao sujeito de direito sua aspiração. (MUSKAT, 2008, p.79).

Luiz Antunes Caetano também corrobora este entendimento lecionando que:

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito. (CAETANO, 2002, p. 104).

A necessidade de se enfrentar o conflito com mais humildade e, principalmente, respeito às partes envolvidas fez surgir os ideais da mediação, da conciliação e da Justiça Restaurativa, que ganharam espaço de aplicação no Brasil.

A mediação é um meio não jurisdicional de solução de conflitos. Trata-se de um procedimento consensual em que as partes são conduzidas por uma terceira pessoa – a figura do mediador – encarregado de facilitar a resolução de uma divergência. É uma técnica pautada no diálogo, em que as próprias partes envolvidas contribuem para a resolução do conflito. Demonstra-se que o conflito não pode ser enxergado como algo negativo, posto que através dele as pessoas evoluem, aprimorando as relações sociais.

Roberto Portugal Bacellar, no mesmo sentido, define mediação como:

[...] técnica “lato senso” que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito e induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. (BACELLAR, 2003, p. 174).

O fator principal do sucesso da mediação é o fato de que as partes são extremamente valorizadas, uma vez que contribuem diretamente para a resolução da divergência. Essa situação aumenta o senso de responsabilidade e de cidadania dos envolvidos. É a substituição da competição pela cooperação.

Ganha espaço na resolução de conflitos Penais a Justiça Restaurativa, técnica de resolução de conflitos em que as partes envolvidas, bem como a comunidade em geral, vêm discutir o entrave como forma de transformá-lo. Tem o consenso como principal vetor para a cura das mazelas enfrentadas.

A conciliação é definida como um meio de resolução de conflitos em que as partes envolvidas buscam dar cabo ao conflito valendo-se da presença de um intermediador, que é a figura do conciliador. Em muito se assemelha à mediação, mas a principal diferença é que o conciliador não exerce apenas o papel de facilitador da comunicação entre as partes, uma vez que também indica soluções para o conflito. Trata-se de um procedimento mais simples do que a mediação, apresentando em média quatro etapas; sendo a abertura, os esclarecimentos, a criação de opções e o acordo.

Em matéria penal, o ordenamento jurídico admite o uso da conciliação em alguns casos, a exemplo dos Juizados Especiais Criminais, consoante previsão do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela Lei Federal nº. 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos Estados.

O movimento para a implementação de técnicas de pacificação de conflitos ganha força no Brasil, sobretudo pelo abarrotamento de processos no Poder Judiciário, bem como maior efetividade da solução encontrada pelas partes envolvidas.

3. PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS, DIREITO PENAL E INTERVENÇÃO ESTATAL

A proteção dos bens jurídicos é de responsabilidade do Estado, que deve assegurar ferramentas para o convívio harmonioso em sociedade.

Assim sendo, o Estado se vale do Direito Penal como instrumento para proteger os bens jurídicos de maior importância, bem como de outras formas de solução pacífica de conflitos.

Não há dúvidas que o Direito Penal é a ferramenta que gera consequências mais gravosas, uma vez que possibilita a aplicação de penas que implicam a privação de liberdade, restrição de direitos ou multa. Muitas vezes, trata-se de instrumento necessário para a segurança e garantia do bem estar da sociedade. Nas lições de Gomes, Molina e Bianchini:

O Direito penal realiza uma função indispensável porque a vida em comunidade dos seres humanos só se torna viável quando são garantidos eficazmente esses “bens jurídicos”. Se não existisse uma instância superior que procurasse assegurar a inviolabilidade da vida, da saúde, da liberdade etc. não haveria convivência possível. Seria o *bellum omnium contra omnes!* (isto é, guerra de todos contra todos). (GOMES; Molina e Bianchini, 2007, p. 226).

A rigor, o Direito Penal somente intervém nos conflitos em último caso, em última instância, para tutelar os bens jurídicos de maior valia, apenas quando outras ferramentas de solução do conflito se mostrarem ineficientes. A drasticidade da intervenção estatal com o Direito Penal deve ser proporcional à gravidade da conduta que se pretende punir. Nesse sentido, é o ensinamento de Claus Roxin:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos [...] (ROXIN, 2006, p. 16).

Ao longo da evolução da sociedade, a intervenção estatal através do Direito Penal se fez necessária para a proteção de todos os bens jurídicos tutelados, em razão da realidade social vivida. Nos dias atuais, a sociedade moderna clama por maior autonomia para a solução dos seus conflitos, o que ratifica a necessidade de outros instrumentos para solucioná-los.

Por óbvio, não se propõe uma desconstrução do sistema até então empregado, mas tão somente uma discussão acerca do quanto a intervenção estatal e o Direito Penal vêm sendo empregados excessivamente, quando outras formas mais pacíficas de solução de conflitos poderiam ser mais eficazes. Os casos que foram objetos de análise pelo Supremo Tribunal Federal e citados na introdução desse artigo demonstram que os mecanismos de solução pacífica de conflitos são anseios da sociedade e da comunidade jurídica em geral, que não mais toleram a Corte Suprema desse país se debruçar, por exemplo, sobre a subtração de sandálias, bombons, sabonetes, dentre outros bens.

Ao Poder Judiciário devem chegar somente os conflitos penais em última *ratio*, posto que protege apenas os bens jurídicos mais importantes, em decorrência dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O princípio da subsidiariedade define que o Direito Penal deve ser aplicado em último caso, quando os outros ramos do Direito forem ineficazes para resolver o problema, uma vez que as suas consequências são mais gravosas.

Com a efetiva aplicação desse princípio, o acesso à justiça não será negado, mas, tão somente, restrito, uma vez que outras medidas de pacificação social resolveriam o conflito de forma mais satisfatória e menos traumática, deixando o Poder Judiciário livre para se preocupar com as demandas que efetivamente necessitem de sua atuação.

O princípio da fragmentariedade define que o Direito Penal deve se debruçar apenas sobre os tipos penais que atinjam os bens jurídicos de maior relevância. Não são todas as condutas que maculam bens jurídicos que são proibidas pelo Direito Penal, bem como não são todos os bens jurídicos por ele tutelados.

Vivemos um momento em nosso país em que o legislador busca passar uma falsa sensação de segurança à população através de tipificação de novos comportamentos humanos, bem como do endurecimento das penas de determinados ilícitos. Graciano Suxberger, constatando esse fato, afirma que *“o direito penal brasileiro tem passado de ultima ratio a prima ratio, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais.”* (SUXBERGER, 2005, p. 09). Nas palavras de Bitencourt:

Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – tem abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas as sanções criminais, que acabam perdendo sua força intimidativa diante da ‘infração legislativa’ reinante nos ordenamentos positivos. (BITENCOURT 2006, p.14)

Como consequência desse incremento dos tipos penais e suas penas, surge o abarrotamento da Justiça Penal com mais e mais processos, decisões judiciais produzidas em escala industrial, bem como a necessidade de que sejam viabilizadas alternativas para se contornar essa situação, a exemplo das formas de resolução pacífica de conflitos, cujo fundamento se extrai da aplicação dos princípios da insignificância e da intervenção mínima.

3. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E INTERVENÇÃO MÍNIMA: FERRAMENTAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

A principal finalidade do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Assim, aqueles comportamentos humanos que não causam uma lesão ou ameaça de lesão ao valor protegido pela norma penal não devem ser prestigiados pelo Direito Penal, muito menos sofrer a intervenção estatal. Essa é a lógica do princípio da insignificância.

É oriundo do Direito Romano e decorre da expressão *minimis non curat praetor*, que significa que o Estado Juiz somente deve se preocupar com as questões de maior relevância, deixando de lado os casos desprezíveis ou insignificantes.

A introdução no Direito Penal se deu no ano de 1964 e foi feita pelo jurista alemão Claus Roxin. No Brasil, o princípio foi inicialmente explorado pelo doutrinador Francisco de Assis Toledo, que assim pontuou:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do artigo 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do artigo 312 não pode ser dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos artigos 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante.” (TOLEDO, 1982, p.133).

Um dos principais entraves para a definição do princípio da insignificância é a carência conceitual que ele apresenta, sobretudo o fato de que a sua aplicação decorrer do

caso em concreto, cabendo ao julgador fazer uma análise casuística. Por outro lado, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência vêm sistematizando os critérios objetivos definidores da sua aplicação, dentro do caráter subsidiário e fragmentário já expostos.

Trata-se de uma forma de interpretação que assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância não deve assumir a conotação de insegurança jurídica. O que se busca é a aplicação de outros meios pacíficos para a resolução do conflito para os casos de incidência do princípio comentado.

Posição majoritária na doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores entende que a insignificância incide como causa suprallegal que exclui a tipicidade. Não mais se admite uma lógica subsuntiva, de aplicação do fato à norma, em um mero juízo formal de tipicidade. Exige-se que o comportamento humano seja materialmente típico, escorado um conteúdo valorativo e não somente descritivo. Neste mesmo sentido, transcrevo a lição de Francisco de Assis Toledo:

“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.” (TOLEDO, 1986, p. 119).

Por fato materialmente típico, deve-se fazer uma avaliação sobre a conduta e o resultado por ela produzido. Se a conduta contribuiu para a realização do resultado almejado pelo autor e se o bem jurídico atacado for relevante, bem como a dano provocado tenha sido grave, o comportamento se enquadrará enquanto materialmente típico.

Na aplicação do princípio da insignificância, ocorre um desvalor da conduta, do resultado ou de ambos, de acordo com cada caso concreto.

Desta forma, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem aplicado os seguintes critérios para verificação da aplicação do Princípio da Insignificância: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão

jurídica provocada. Tais critérios possuem conteúdo normativo, portanto devem ser valorados pelo magistrado casuisticamente.

Ademais, embora os Tribunais Superiores entendam que seja necessário, penso que não há a necessidade de cumulação de todos os critérios para aplicação do princípio em comento. Como a insignificância pode ser em razão da conduta, do resultado ou de ambos, não vejo necessário a conjugação dos 4 (quatro) elementos sistematizados pela jurisprudência.

Assim sendo, se houver um desvalor da conduta, deverão ser demonstrados os 3 (três) elementos atinentes à conduta (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento). Por outro lado, se houver um desvalor do resultado, deverá ser demonstrado o elemento inexpressividade da lesão jurídica provocada. Por sua vez, se houver um desvalor de ambos, todos os elementos deverão ser demonstrados.

Portanto, considerando que ao Poder Judiciário somente devem ser levadas questões de extrema relevância, o princípio da insignificância serve como instrumento impulsionador da implementação de políticas de resolução pacífica de conflitos.

O princípio da intervenção mínima serve como garantia aos cidadãos de preservação dos seus direitos individuais, limitando a atuação estatal apenas aos casos em que há uma efetiva lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico relevante.

Trata-se de princípio que orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (BITENCOURT, 2006, p. 17).

Ressalte-se que a intervenção mínima não está expressamente prevista no Texto Constitucional, pois se trata de um princípio constitucional implícito.

Não se pode deixar de fazer uma ligação da intervenção mínima com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que toda punição aplicada, bem como procedimento adotado para a aplicação, não pode ultrapassar o limite necessário, sendo a Intervenção Mínima do Direito Penal inerente ao Estado Democrático de Direito.

A principal função, portanto, desse princípio é promover a mínima intervenção do Estado na esfera da liberdade da pessoa, através de mecanismos que, de forma menos traumática, consigam solucionar o conflito.

4. A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS PACIFICADORAS DE CONFLITOS NA ESFERA PENAL: JUSTIÇA RESTAURATIVA EM VOGA

Resta claro que, pelo estudo da principiologia comentada, é possível a implementação de políticas de resolução pacífica de conflitos na esfera penal. Há previsão, inclusive, no preâmbulo do texto constitucional, sobre a importância de soluções pacíficas de conflito, o que denota a intenção do legislador em admitir outros meios distintos da intervenção estatal e do Direito Penal.

O exemplo adotado na Lei Federal nº. 9.099/95, que admite a conciliação e a transação penal em casos de crimes de menor potencial ofensivo, precisa ser alargado a fim de atingir outros conflitos, notadamente aqueles que envolvem pessoas com um vínculo de afetividade, em razão do sucesso obtido.

A Justiça Restaurativa surge como uma alternativa para a justiça penal convencional, mostrando que o modelo punitivo/retributivo adotado está saturado e em crise, o que impõe a adoção de novas formas de solução de conflitos.

Não se trata de uma proposta de se eliminar o sistema penal dos moldes atuais, mas apenas de instrumentalizá-lo para a promoção da pacificação social primando pela dignidade da pessoa humana.

Os fundamentos da teoria são promover a inclusão e empoderamento (leia-se atribuir poder) das partes, para que elas tenham voz no processo restaurativo e contribuam para uma efetiva solução do conflito, ao invés da exclusão e estigmatização que o processo penal atual gera, bem como propor uma mudança de valores, no sentido de se eliminar das partes o anseio pela vingança e estimular a reconciliação e a reparação. Pressupõe-se que acrescentar um mal a outro mal não o transforma em bem, sendo preferível primar por um ambiente de reconstrução social.

Ao propor o empoderamento das partes, a Justiça Restaurativa possibilita que a justiça seja verdadeiramente sentida por elas. No modelo de justiça penal atualmente adotado, as partes não contribuem para a construção da solução, pois todo o processo é conduzido por terceiros. Assim, quando alguém diz à vítima que, em relação ao evento criminoso, foi tomada determinada decisão e que ela pode ir para casa, enquanto diz ao infrator que, como resposta ao seu ato, ele deverá ser preso, as partes não experienciam a Justiça. Um processo

que respeite a participação das partes, mesmo que não seja agradável, possibilita que as pessoas entendam o porquê de determinada decisão ser tomada, pois elas a vivenciam. (ZEHR, 2005, p. 203.)

De mais a mais, as práticas restaurativas devem ser instituídas desatreladas do Poder Judiciário, com participação intensa das agências de controle informal, a exemplo da família, religião, escola, comunidade em geral, dentre outras. A esses ambientes é dada a potencialidade de se resolver conflitos pacificamente sem a necessária intervenção estatal.

O cuidado a se observar para a escolha do ambiente extrajudicial para a aplicação das técnicas restaurativas é saber se a vítima, ofensor e demais membros da comunidade o legitimem enquanto espaço propício para esta finalidade. Uma vez reconhecido enquanto espaço legítimo, os resultados obtidos certamente atingirão o ideal de justiça almejado, sem a necessidade de atuação do sistema criminal estatal.

Exemplos de sucesso da implementação das práticas restaurativas em ambientes fora do Poder Judiciário são encontrados nos projetos de *justiça comunitária*, espalhados por vários Estados do Brasil, que buscam desenvolver canais de comunicação entre as pessoas, como forma de mediar conflitos, estimulando o diálogo e o consenso.

O ponto principal desses projetos é dar orientação às pessoas sobre os seus direitos e, principalmente, possibilitar a solução de conflitos através de técnicas restaurativas. Dessa forma, esses programas têm em comum possibilitar caminhos mais simples, acessíveis e eficazes do que aqueles tradicionalmente oferecidos pelo Poder Judiciário.

Note-se que a aplicação da Justiça Restaurativa gera consequências diversas a depender do comportamento ilícito objeto de análise.

Em se tratando de crimes cuja ação penal seja privada, o acordo restaurativo tem o condão de impossibilitar a propositura de eventual ação penal, posto que funciona como *renúncia ao direito de queixa do ofendido*, forma de extinção da punibilidade descrita no artigo 104 c/c artigo 107 do Código Penal.

Se, por sua vez, já houver a propositura da Ação Penal privada, o acordo restaurativo serviria como verdadeiro *perdão do ofendido*, causa que também extingue a punibilidade, nos moldes do artigo 107 do Código Penal.

A incidência da prática restaurativa em crimes cuja Ação Penal seja condicionada à representação do ofendido poderá ensejar as seguintes hipóteses:

1) se ainda não concluído o prazo decadencial para oferecimento da representação, previsto no artigo 103 do Código Penal, o acordo restaurativo serviria como *renúncia ao direito de representação*, numa verdadeira interpretação extensiva equiparando-a à renúncia ao direito de queixa do ofendido.

2) Caso já oferecida a representação pela vítima, mas ainda não oferecida a Ação Penal pelo Ministério Público, o acordo restaurativo deverá ser interpretado como retratação da representação, nos termos do artigo 102 do Código Penal, impossibilitando a propositura da Ação Penal por falta de condição de procedibilidade.

3) Se o acordo restaurativo somente for alcançado após a propositura da Ação Penal, uma vez satisfazendo o ideal de justiça entre as partes, teria o condão de servir como parâmetro para uma eventual condenação, porém nos moldes fixados pelas partes envolvidas durante o processo restaurativo.

Em se tratando de crimes cuja Ação Penal seja pública incondicionada, propõe-se que o acordo restaurativo que alcance, efetivamente, a justiça entre as partes e promova a pacificação social impossibilite a propositura da Ação, por se tornar desnecessária.

O maior entrave para a implementação em massa da Justiça Restaurativa é a resistência por partes de muitos operadores do Direito, bem como dos legisladores. O abarrotamento dos processos nas Varas Criminais culmina numa falta de celeridade escancarada, transformando a justiça numa “injustiça manifesta”, o que gera um sofrimento incalculável às partes envolvidas. Poupar a justiça criminal das demandas de pouca relevância é um grande passo para o alcance da efetiva justiça.

5. CONCLUSÃO

Cada vez mais se percebe que ao Poder Judiciário são levadas demandas criminais de menor importância, de irrelevância tanto do comportamento praticado quanto da lesão jurídica provocada, a exemplo dos casos que foram objeto de Habeas Corpus impetrados no Supremo Tribunal Federal citados na introdução, em que se discutia a subtração de bombons, sabonetes e chinelo de plástico.

Como resultado dessa abertura escancarada do Poder Judiciário às demandas criminais das mais variadas espécies, temos o abarrotamento de processos instâncias judicantes, o que gera a precarização do serviço jurisdicional, em razão de produção de

decisões em escala industrial, como forma de se atingir metas estipuladas pelos órgãos de controle, bem como a falta de celeridade em se obter um deslinde das questões postas à apreciação. Tudo isso deságua em um descrédito ao sistema penal atualmente proposto.

A intervenção estatal através do Direito Penal deve servir, tão somente, para a proteção de valores jurídicos de maior relevância, bem como incidir nos fatos em que a solução não seja encontrada em outros ramos do Direito.

Dessas ideias surgem os princípios da insignificância e da intervenção mínima, que são verdadeiras ferramentas legitimadoras de políticas de pacificação social sem que haja uma efetiva interferência do Estado através do Poder Judiciário.

O que se propõe nesse trabalho não é tornar os comportamentos humanos que infrinjam determinada norma penal condutas lícitas, mas sim desjudicializar o processamento dessas questões para o campo das formas pacíficas de resolução de conflitos, a exemplo da mediação, da conciliação e, principalmente, da Justiça Restaurativa.

Precipuamente, é a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana àquele que se vê diante de tal situação, pela observância de uma gama de garantias constitucionais. É forma de se alcançar efetivamente o anseio de justiça buscado pelas partes.

Os exemplos adotados na Lei Federal nº. 9.099/95, que admite a conciliação e a transação penal em casos de crimes de menor potencial ofensivo, nos projetos de *justiça comunitária* Brasil afora, que buscam desenvolver canais de comunicação entre as pessoas, como forma de mediar conflitos, estimulando o diálogo e o consenso, bem como nas câmaras de conciliação instaladas em Delegacias de Polícia, com a criação de um ambiente preparado para receber as partes e acolhe-las dentro de suas necessidades demonstram a viabilidade daquilo que aqui se propõe. São, em verdade, tentativas de solucionar conflitos penais sem que haja um efetiva interferência do Estado-juiz.

Ademais, tem-se na Justiça Restaurativa um exímio instrumento para se alcançar a pacificação social sem uma necessária intervenção estatal. Trata-se

De um procedimento voluntário, sem o formalismo e o caráter intimidativo do Poder Judiciário, em que se busca o consenso entre vítima e ofensor, com participação direta da comunidade envolvida, que, em conjunto, dialogam e contribuem ativamente para a construção de soluções para a cura das feridas.

Existem projetos piloto a aplicar a Justiça Restaurativa no Brasil, a exemplo do que ocorre em Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Brasília/DF, que tratam de atos infracionais cometidos por adolescentes.

As ideias são simples simples, porém se, implantadas com seriedade, podem representar um grande passo para a democratização da justiça, para o oferecimento eficaz da tutela jurisdicional para aqueles que realmente dela necessitam.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Ruy Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v.1, n.1, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio, BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____ **Critérios determinantes do princípio da insignificância**. Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em 28.05.2010.

_____ **Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade.** São Paulo: RT, 2009.

MUSKAT, Malvina Ester *et al.* **Uma metodologia de trabalho em situação de conflito de gênero.** 2.ed. São Paulo: Summus Editorial, 2008.

NASSIF, Elaine Noronha. **Conciliação Judicial e Indisponibilidade de Direitos.** São Paulo: LTR, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A Intervenção Penal como Reflexo do Modelo de Estado. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito.** Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípio Básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1986.

ZEHR, Howard. **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice.** 3ª edição, Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005.