

---

# A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais: a Terceira Via em Sintonia com a Contemporânea Política Criminal

## Lucas César Costa Ferreira

Analista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, atuante na área criminal, junto às Promotorias de Justiça Criminais do Paranoá. Pós-Graduado no curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

**Resumo:** Este trabalho científico tem por escopo legitimar, no contexto dos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, a reparação de danos como terceira via de solução, apta a evitar a intervenção do modelo clássico de justiça criminal. Para tanto, propõe-se um método valorativo e material de interpretação da norma penal, que se revela em concreto e segundo o desvalor do resultado, de maneira que o Direito Penal tutele tão somente bens jurídicos que não sejam suficientemente protegidos por outros ramos do Direito e que tenham sido ofendidos de forma relevante e intolerável. Partindo-se de uma pesquisa teórica e histórico-jurídica e tendo em vista a contemporânea política criminal, investigam-se os possíveis efeitos da reparação patrimonial, bem como a sua aptidão de, sob certas condições e circunstâncias, produzir o restabelecimento da paz jurídica e a ressocialização daquele que ofendeu o patrimônio de outrem. Nesse sentido, constatada a anacronia e a assimetria existente no ordenamento jurídico pátrio vigente, sugere-se a relativização do princípio da obrigatoriedade da persecução penal, bem assim a flexibilização do artigo 16 do Código Penal Brasileiro, a fim de que a reparação patrimonial, diante do referencial axiológico compreendido na Constituição Federal, seja entendida como instrumento autônomo de solução.

**Palavras-chave:** Reparação. Danos. Patrimônio. Anacronia. Política criminal.

**Sumário:** Introdução. 1 O Direito Penal na Contemporaneidade. 1.1 Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Missão do Direito Penal.

1.2 A Dimensão Dinâmica do Bem Jurídico-Penal. 1.3 Princípio da Intervenção Mínima. 2 A Reparação do Dano e os Crimes Patrimoniais. 2.1 A Reparação Patrimonial como Terceira Via. 2.2 A Reparação Patrimonial e seus Reflexos na Persecução Penal de Acordo com o Ordenamento Jurídico em Vigor. 2.3 Princípio da Obrigatoriedade X Princípio da Oportunidade. 2.4 A Flexibilização do Artigo 16 do Código Penal. 2.5 A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais. 3 Novas Perspectivas e Tendências - o Anteprojeto de Reforma do Código Penal. 4 Considerações Finais. Referências.

## **Introdução**

A crise do modelo de justiça penal clássico, fundado precipuamente no sancionamento consistente no cerceamento da liberdade individual, impõe a procura de novos instrumentos que sejam bastantes para manter incólume a ordem pública, bem assim resguardar os valores sociais e individuais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Com base na moderna teoria do fato punível, que se sustenta na concepção de um Direito Penal subsidiário e fragmentário, analisa-se, sob uma perspectiva teórica, em que medida a reparação de danos, atenta à política criminal contemporânea, pode constituir via de solução de conflitos apta a obstar a incidência do Direito Penal incriminador.

Especificamente, sob uma vertente jurídico-dogmática (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 21), volta-se aos delitos patrimoniais, tipificados nos artigos 155 a 180 do Código Penal vigente, em especial aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, que

assolam o Judiciário com grande quantidade de procedimentos investigatórios e judiciais.

Conquanto mereçam reprovabilidade, verifica-se que, por vezes, os delitos patrimoniais não têm maior repercussão social, atingindo tão somente o patrimônio disponível da vítima. Em certas circunstâncias, o ofendido sequer deseja ou contribui para o bom andamento e êxito da persecução penal, mormente quando o bem é devolvido ou quando o prejuízo é reparado.

Neste contexto, serão investigadas as condições e circunstâncias relevantes para a compreensão da reparação patrimonial, assim como os obstáculos legais existentes para a sua admissão como terceira via de solução de conflitos. Uma vez confirmada a hipótese – a reparação de danos como terceira via –, será também analisada, por intermédio de um raciocínio lógico-dedutivo, a atuação das instâncias formais de persecução penal.

Ademais, tendo em vista a contemporânea política criminal e a partir das discussões que vem sendo travadas no Senado Federal por força da recente apresentação do Anteprojeto de Reforma do Código Penal, serão examinados os avanços sugeridos pela proposta. Desta feita, serão tecidas tendências para o manejo da via da reparação de danos como instrumento de solução de delitos patrimoniais.

## 1 O Direito Penal na Contemporaneidade

### 1.1 Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Missão do Direito Penal

Questão que persiste atual diz respeito à missão fundamental do Direito Penal. Trata-se de assunto muito discutido, porquanto intimamente ligado à legitimação do Direito Penal como ramo autônomo.

A doutrina abolicionista sustenta ser impossível identificar uma especificidade ou um denominador comum que explique a criminalização de um determinado evento, o que torna desacreditada a justiça criminal (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 150-151).

Não obstante, à medida que se concebe um Estado Constitucional de Direito, em sua feição moderna, que revela uma proposta democrática e social fundada nos valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e justiça, emerge como função precípua do Direito Penal contemporâneo, conforme majoritária doutrina (AMARAL, 2007, p. 158), a exclusiva tutela de bens jurídicos.

Identificada essa missão principal, fonte de legitimação do Direito Penal, torna-se necessária, *prima facie*, uma releitura do método e paradigma do Direito Penal tradicional, a fim de que seja possível a identificação do denominador comum, ou seja, dos bens jurídicos carecedores da tutela penal extrema e excepcional. Nessa ordem de ideias, a doutrina moderna penalista sugere a

adoção de um método deontológico e de um paradigma objetivo-material-*ex post*, senão vejamos:

O provecto método formalista e meramente subsuntivo deve ceder lugar ao método da ponderação, do exame do caso concreto, com a preocupação de que prevaleça (sempre e em cada caso) o valor justiça. Do método ontológico caminha-se para o deontológico, que parte da idéia de que o delito é essencialmente um fenômeno valorativo. Do paradigma subjetivo-formal-*ex ante* passa-se ao objetivo-material-*ex post*. Da antijuridicidade formal (que concebe o delito como infração de um dever – *Pflichtverletzung*–) se avança para a antijuridicidade material (ou melhor, antijuridicidade teleológica), que fundamenta a concepção do delito como ofensa concreta a um bem jurídico (*Rechtsgutsbeeinträchtigung*) e ocupa o centro nuclear do injusto penal. (GOMES, 2002a, p. 14).

Assim sendo, o intérprete da norma penal, ao deparar-se com determinada conduta, não deve reduzir a sua atuação a simplesmente subsumir o fato concreto à previsão abstrata prescrita na lei. Deveras, deve ir além, analisando o fato sob uma perspectiva material e valorativa, a fim de verificar se dada conduta representa ofensa concreta ou, ao menos, perigo real ao bem jurídico tutelado pela norma.

Embora também exerça influência sobre a atividade legiferante abstrata, limitando-a à tipificação de condutas que possam, ao menos potencialmente, ofender algum bem jurídico, observa-se que o método moderno do Direito Penal, atento à missão fundamental de exclusiva proteção de bens jurídicos, revela-se *in concreto*, pelo desvalor do resultado, quando deve ser verificado se o fato representa ofensa ao bem jurídico tutelado

pela norma abstrata, o que assume condição imprescindível para justificar a incidência do Direito Penal, *verbis*:

Uma vez firmada a tese de que a norma jurídico-penal é primordialmente norma de valoração e admitida a concepção predominantemente objetiva da antijuridicidade, ‘o transcendental no momento de decidir se uma conduta é ou não contrária ao Direito será a constatação sobre se produziu ou não lesão ou perigo [concreto] para o interesse juridicamente protegido, isto é, a verificação da presença do desvalor do resultado [...]’; o que fundamenta o injusto é, primordial e às vezes exclusivamente, o desvalor do resultado’, entendido como juízo de desaprovação que recai sobre o fato em virtude de ter lesado ou colocado em perigo [concreto] o bem jurídico. (GOMES, 2002a, p. 23).

Resta evidente, por conseguinte, que o juiz, como intérprete da norma penal, assume posição proeminente, fruto da jurisdicionalização do bem jurídico e da atividade incriminadora (GOMES, 2002a, p. 94). Nesse sentido, o método da ponderação (Ibidem, p. 40) deve prevalecer sobre a mera subsunção do fato à norma, exigindo que seja feita uma análise concreta do resultado, que determinará a incidência ou não da disciplina sugerida pelo Direito Penal, conforme se extrai dos seguintes ensinamentos, *verbis*:

O jurista, o penalista e particularmente o juiz deste terceiro milênio já não pode aceitar o positivismo legalista e formalista que preponderou nos dois últimos séculos. Na interpretação de um tipo penal é preciso, para além da inafastável atividade de mera subsunção formal da conduta, verificar o que está por trás da letra da lei. Em outras palavras, urge que se descubra em toda sua integralidade o conteúdo da norma e qual é o bem jurídico protegido por ela (qual é a relação social concreta e determinada afirmada pela lei). (GOMES, 2002a, p. 144).

Portanto, tendo em vista a missão precípua do Direito Penal de tutelar exclusivamente bens jurídicos, torna-se imprescindível examinar os critérios e parâmetros que devem orientar o intérprete na identificação do rol restrito de bens jurídicos merecedores da proteção do Direito Penal.

## 1.2 A Dimensão Dinâmica do Bem Jurídico-Penal

A concepção do bem jurídico-penal não pode ser tomada abstratamente, amparada em valores desconectados da realidade, sob pena de tornar-se inócua toda a construção teórica a respeito. Em verdade, o bem jurídico-penal revela-se na interação social concreta e na complexidade que a envolve (GOMES, 2002a, p. 111), não sendo possível estabelecer abstratamente a sua definição diante do método valorativo e material proposto pelo moderno Direito Penal.

Contudo, essa dinamicidade do bem jurídico-penal torna extremamente dificultosa a sua definição, de maneira que a teoria do bem jurídico-penal sofre severas críticas doutrinárias, senão vejamos:

Partindo-se da afirmação de que o maior adjetivo do princípio da proteção de bens jurídicos é a sua capacidade limitadora e legitimadora da atividade penal sancionatória, o primeiro problema que se coloca é o de saber como o direito penal só pode ser legítimo se protege bens jurídicos, sem que, contudo, esteja especialmente claro o que é bem jurídico no contexto jurídico-penal. O direito penal voltado apenas à exclusiva proteção dos bens jurídicos acaba por provocar o contrário, isto é, autorizando uma irrazoável expansão das punições. (AMARAL, 2007, p. 166-167).

Decerto, a teoria do bem jurídico-penal sugere justamente a redução do âmbito de incidência do Direito Penal, de modo que é impositiva a definição clara do contexto jurídico-penal que o envolve, a fim de que se evite a sua expansão desmensurada e deslegitimada. Para tanto, deve-se recorrer a uma referência axiológica, que afaste a insegurança jurídica depositada na interpretação e na atividade legiferante.

Esse referencial, tendo-se por base o estabelecimento de um Estado Constitucional de Direito, deve repousar nos valores sociais eleitos e consolidados na Constituição, a qual não determinará os bens jurídicos tuteláveis, mas servirá de norte para o reconhecimento dos bens jurídico-penais no seio das relações sociais concretas, *verbis*:

Com efeito, da leitura constitucional do Direito Penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa (liberdade, patrimônio etc.), deriva um sistema de princípios constitucionais com capacidade orientadora “externa” e suficiente não somente para delinear um programa liberal de adequação do “velho” Direito Penal, senão também para representar o ponto (ou mais um ponto) de referência para a interpretação e (re)construção do direito vigente (excessivamente intervencionista e preventivo). (GOMES, 2002b, p. 19-20).

Uma vez identificado na Constituição o referencial axiológico obrigatório, insta alertar que o caráter orientador dos valores nela estabelecidos não autoriza a definição positiva de um catálogo de bens jurídico-penais; serve, porém, de norte

interpretativo que impossibilita a derrogação do quadro axiológico constitucional.

A par dessa concepção dinâmica do bem jurídico-penal, que deve guardar respaldo nos valores consagrados no texto constitucional, torna-se possível identificar alguns desses vetores interpretativos.

### 1.3 Princípio da Intervenção Mínima

A moderna teoria do bem jurídico-penal impõe a definição clara e restrita, embora dinâmica, dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal, donde se extrai que o expansionismo das tipificações e penas deslegitima este ramo, senão vejamos:

Desrespeitar o sentido e a base de sustentação da intervenção mínima somente fomenta o descrédito no Direito Penal, na exata medida em que as autoridades e agentes estatais não aplicam, na prática, as medidas punitivas criminais contra lesões ínfimas, mesmo que previstas, em tese, no ordenamento, como infrações penais. (NUCCI, 2010, p. 168-169).

Como forma enérgica de reação estatal, o Direito Penal não pode ser manejado em todo e qualquer caso, senão nos casos que afetem ou ofereçam perigo à dignidade da pessoa humana e à funcionalidade do sistema democrático de Direito, bem como aos valores e bens existências correspondentes (liberdade individual, justiça social e etc.) (BOTTINI, 2007, p. 174).

O Direito Penal deve ser seletivo e a intervenção, mínima. O direito incriminador só pode atuar quando se revelar meio

indispensável para a tutela de determinados bens ou interesses (MASSON, 2008, p. 32).

Corolários naturais do princípio da intervenção mínima, destacam-se, sobretudo diante da concepção dinâmica do bem jurídico-penal, os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deve ser visto como último recurso ou instância – *ultima ratio*. Assim, uma vez esgotados todos os meios de solução propostos pelos outros ramos do Direito (multa administrativa, indenização civil e etc.) e remanescente a necessidade de se proteger o bem jurídico ofendido, recorre-se à intervenção drástica da tutela penal, *verbis*:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as possíveis vítimas deve combinar-se com o de ‘mínimo sofrimento necessário’ para os delinquentes. Ele conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal no tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo assim o ‘princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros menos lesivos. (PUIG, 1998 apud MASSON, 2008, p. 35).

No outro aspecto da mínima intervenção, o princípio da fragmentariedade é concebido a partir da compreensão de que o Direito Penal não é instrumento de tutela de qualquer

bem jurídico. Com efeito, há que se falar em uma tutela penal seletiva do bem jurídico (BITTENCOURT, 2011, p. 45), restrita às hipóteses em que a ofensa se mostra relevante e intolerável. Em outras palavras, o Direito Penal, a partir da hipótese concreta, deve ser compreendido como recurso último de proteção do bem jurídico (MASSON, 2008, p. 34).

Por fim, no que se refere ao princípio da ofensividade, tem-se que o Direito Penal moderno só justifica a sua incidência a partir do desvalor do resultado, com a constatação de uma ofensa concreta – lesão ou perigo de lesão – ao bem jurídico tutelado, *verbis*:

Ora, num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o Direito penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero ‘objeto’ de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social, nem tampouco reprimir a mera desobediência. O único modelo de Direito penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é o de um Direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado (afetação a bens de terceiros pessoas). (GOMES, 2002b, p. 59).

Os princípios constitucionais supramencionados, ainda que implícitos, funcionam como vetores interpretativos de orientação das instâncias formais de persecução penal na identificação dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal. Afinal, como já referido, não se esgota em atividade de mera subsunção formal.

Cuida-se, em verdade, de uma atribuição complementar à do legislador, que conjectura, nos tipos penais, eventuais violações relevantes e intoleráveis, aptas a justificar, em tese, a incidência da via máxima de reação ao ilícito.

Além de inegável contribuição para a definição dos bens jurídicos tuteláveis, tem-se que a subsidiariedade, a fragmentariedade e a ofensividade, quando tomadas sob o espectro de uma dinamicidade dos bens jurídico-penais, impõem que sejam desenvolvidas novas formas de reações estatais, proporcionais aos atos ilícitos praticados, a fim de que a privação da liberdade, como medida sancionatória, seja aplicada apenas como *ultima ratio* (CÂMARA, 2008, p. 219).

## **2 A Reparação do Dano e os Crimes Patrimoniais**

### **2.1 A Reparação Patrimonial como Terceira Via**

Na esteira da proposta reflexão sobre a legitimação do Direito Penal, verifica-se que, além da dos bens jurídicos tuteláveis explorada no tópico anterior, faz-se necessário atentar para o alcance dos fins por ele perseguidos.

Entretanto, é consabido que os efeitos externos prometidos pelo modelo de justiça criminal clássico – fundado na prevenção geral e especial e amparado exclusiva e principalmente na pena privativa de liberdade – não são verificados na prática, sobretudo diante da seletividade, ineficácia e o característico simbolismo produzidos pelo sistema punitivo, *verbis*:

O sistema clássico de Justiça Criminal acha-se, desde sempre em crise. Porque anolve ou condena, mas não “resolve” o problema criminal (praticamente nada de positivo faz para a solução verdadeira do problema). Porque impõe suas decisões com “imperium”, mas sem “auctoritas”. Porque se preocupa exclusivamente com o castigo do agente culpável – isto é, com a pretensão punitiva do Estado, que é só um dos sujeitos implicados no problema criminal – mas não atende às legítimas expectativas dos restantes: da vítima, da comunidade, do próprio infrator. (GOMES, 2007).

No contexto atual de crise do Direito Penal, impõe-se a busca de novas vias de solução de conflitos que, conquanto revelem ofensas a bens jurídico-penais, necessitam de medida estatal distinta da clássica privação da liberdade, *verbis*:

Hodiernamente, o ressurgimento do interesse na reparação da vítima de crime encontra-se relacionado à crise de legitimação da política criminal tradicional – crise do modelo penal fundado em sanções de caráter repressivo, mormente na pena privativa de liberdade – bem como, com uma crise do modelo de ressocialização. De modo que a sociedade é ‘induzida a procurar novos modelos de instrumentos sancionatórios’. Onde, indubitavelmente, diversos fatores concorrem, no mesmo tempo histórico, para impulsionar uma política criminal de índole reparatória. (CÂMARA, 2008, p. 198).

Assim sendo, emerge a reparação do dano, ao lado da prisão e da medida de segurança, como possível terceira via de solução para o problema delineado (AMARAL, 2005, p. 121), eliminando o vazio existente entre a reação punitiva e a impunidade no sistema punitivo clássico (ROSENTHAL, 2005, p. 77), senão vejamos:

A ideia da reparação fecha um abismo que existe entre a renúncia à pena e a aplicação da pena, intercalando entre estas um grau intermediário na sistemática das conseqüências jurídicas. No restabelecimento autônomo da paz jurídica mediante a assunção voluntária de responsabilidade está anteposto à imposição da pena. Daí, fundado no princípio da subsidiariedade, a reparação do dano antecede à pena, ali onde a renúncia à pena já não é possível e a imposição coativa de responsabilidade ainda não é necessária, ou o é de forma atenuada. (AMARAL, 2005, p. 364).

Nesse contexto, discute-se na doutrina qual deve ser a natureza da reparação de danos, se mera consequência jurídico-penal do delito ou se autônoma em relação a este (AMARAL, 2005, p. 139-174).

Admitida a sua autonomia em relação ao fenômeno criminoso em si, torna-se possível concebê-la como uma terceira via, apta a servir como reação penal ao delito. Não se propõe que seja uma espécie de pena; diversamente, a reparação do dano, como terceira via de solução, é autônoma e não decorre de uma condenação firmada pelo juiz, mas sim de uma conduta voluntária do autor do fato. E é justamente essa voluntariedade que a diferencia da mera indenização civil do dano e justifica eventual renúncia das instâncias formais à pena, uma vez que traduz verdadeira assunção de responsabilidade pelo autor do fato.

Em outro aspecto, a reparação do dano, na medida em que é admitida como via de solução, atende aos anseios do movimento de valorização político-criminal das vítimas, sem, no entanto, sacrificar os interesses do acusado ou sentenciado. A reparação patrimonial não é, portanto, fruto de uma política criminal

unidirecional, com orientação exclusivamente vitimocêntrica, mas compreende recurso que concilia os interesses da vítima, do autor do fato e da sociedade, senão vejamos:

Porém, a reparação como alternativa às sanções convencionais não entra em cena apenas em função dos interesses da vítima. Leva-se em consideração, também, os interesses do próprio agente, que ao consciencializar-se da importância em reparar a sua vítima, tenderia a reconhecer e aceitar a valência do direito de modo mais apropriado, tudo a contribuir para a ressocialização. Ultrapassa-se, assim, concepções teóricas mais recuadas que tendiam a perspectivar a reparação de forma unidirecional, isto é, centrada tão-somente nos interesses da vítima, e, assim em última análise, em gravame para o infrator. Atende, demais disso, aos interesses da própria sociedade, porquanto, em que pese em um primeiro momento orientar-se para as necessidades mais imediatas da vítimas, em passo subsecutivo, colabora para 'reafirmar os valores sociais violados pelo delito'. (CÂMARA, 2008, p. 198).

Com efeito, a reparação patrimonial voluntária, como forma de reação estatal à prática de um delito, promove o restabelecimento da paz jurídica (prevenção geral positiva), assim como produz, ainda que em menor grau, um efeito intimidatório (prevenção geral negativa), confira-se:

No conspecto de uma sociedade plural e democrática organizada em um Estado de Direito material e democrático, ganha especial relevo a teoria da prevenção geral positiva de integração (o efeito geral integrador reside na pacificação social), que não se volta tão somente a fazer com que a norma exerça uma influência geral sobre as pessoas (os potenciais criminosos, inclusive), mas também persegue um fim intermediário de reforço da confiança da população (vítima virtual) na validade da norma e no ordenamento jurídico-penal como um todo, e que

não rejeita – como elemento essencial à restauração do tecido social – a introdução do componente reparatório. (CÂMARA, 2008, p. 218).

Além disso, deve-se destacar a sua potencialidade de atuar na seara da prevenção especial, senão vejamos:

No campo da prevenção especial Roxin reconhece que podem ser extraídos resultados positivos da reparação. A partir da reparação do dano podem desencadear-se processos internos no indivíduo que praticou o fato, os quais normalmente seriam impedidos com a imposição de uma pena clássica. O dever de reparar ocasiona o confronto do autor com os danos por ele causados, bem como com a pessoa da vítima. Assim, o autor resta afetado internamente, o que contribui para a sua ressocialização. (ROXIN, 1997 apud AMARAL, 2005, p. 166).

Na concepção de Claus Roxin (2006, p. 25-27), alcançados os fins de prevenção geral e especial pela reparação do dano, invoca-se o princípio da subsidiariedade para legitimar a renúncia à pena clássica. Decerto, a reparação do dano como terceira via impõe condicionantes para que se autorize a incidência do modelo penal clássico, confira-se:

A reparação do dano como “terceira via” do direito penal é também um aporte do princípio da subsidiariedade e implica, seguindo posições plurais – especialmente a de Roxin – a legitimação da sanção penal com sentido de prevenção geral somente quando esta resulte absolutamente necessária para a proteção de bens jurídicos. (ROXIN, 1997 apud AMARAL, 2005, p. 142).

O princípio da subsidiariedade deve ser observado não somente pelo legislador, mas também por aquele que opera o

direito. Este deve se atentar aos fins político-criminais do Direito Penal, a fim de que seja possível definir a adequada reação penal ao caso concreto (AMARAL, p.166-167). Segundo Roxin, o aludido princípio, quando concebido de forma ampla, otimiza a intervenção do Estado na regulação de conflitos sociais, já que privilegia os princípios da celeridade e economicidade (ROXIN, 1997 apud AMARAL, p.171).

Com apoio nos ensinamentos de Roxin, Luiz Flávio Gomes (1995) enaltece a importância político-criminal do instrumento da reparação de danos, senão vejamos:

Particularmente no que diz respeito à pequena e média criminalidade, a reação (punitiva) estatal que tenha por base só a pena de prisão ou a pena de multa retributiva, ou ambas cumulativamente, espelha um conceito clássico ou neo-clássico “paleorepressivo” porque alberga, quase que exclusivamente, os interesses da pretensão estatal de punir, de castigar. E este não é, como diz Roxin, o caminho correto, porque o delito é um conflito social que merece uma ‘solução social’ ou uma ‘alternativa social construtiva’ que atenda aos interesses do infrator, da vítima, da comunidade e do Estado. Para estes fatos, sublinha o autor alemão, superando a rotina do mero castigo, deve-se empregar a intervenção estatal para uma ajuda efetiva individual e social. Trata-se da ideia de reparação que pode contribuir muitíssimo para o cumprimento dos fins da pena, daí a sua importância político-criminal; ela está a serviço do ‘restabelecimento da paz jurídica’ (pois tanto a vítima como a sociedade, em virtude da reparação do dano social provocado, sentem realizadas as suas expectativas de reparação, de ser desculpada e etc.), bem como uma ‘eficaz ressocialização’ (na medida em que obriga o infrator a suportar as conseqüências do seu ato, assim como perceber e considerar os interesses da vítima, o que é impossível por meio da simples pena-castigo, além de fomentar o reconhecimento e o respeito da norma e do Direito, sem contar que pode ainda produzir uma ‘reconciliação’

entre o autor e a vítima e com isso facilitar a reinserção social. (ROXIN, 1994 apud GOMES, 1995, p. 101).

No ponto, é oportuno destacar estudo desenvolvido por um grupo de professores alemães de Direito Penal, integrado por Claus Roxin, que elaboraram, no ano de 1992, o chamado Projeto Alternativo sobre a Reparação “*Alternativ-Entwurf Wierdergutmachung*”. O projeto contempla análise complexa da reparação voluntária como instrumento de compensação da culpabilidade (ROSENTHAL, 2005, p. 78).

Dentre outras disposições, destacam-se o tratamento amplo conferido ao instrumento pelo projeto, que enumera diversas espécies de prestações reparadoras, inclusive imateriais, bem como admite, com igual eficácia compensatória, o ressarcimento parcial do dano em casos especiais (ROSENTHAL, 2005, p. 78-79). O projeto autoriza ainda a reparação compensatória nas hipóteses em que tenha havido mera tentativa, ou nos casos em que a ofensa não seja individualizável.

Desse modo, observa-se que, conforme autorizada doutrina atenta aos ditames da moderna política criminal, a prestação reparatória voluntária pode constituir instrumento legítimo e suficiente de reação estatal à violação de bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, senão vejamos:

No entanto, partindo das mesmas premissas que instaram a moderna doutrina à elaboração do projeto referido, parece-nos que a solução de permitir que a reparação do dano conduza à própria extinção de punibilidade, em determinadas hipóteses, atende não apenas aos interesses da vítima, como de toda a

sociedade, ao servir de instrumento para a consecução de uma política criminal pautada pela utilização de um Direito Penal mínimo, voltado especialmente para a pacificação social, pelo que pode e deve ser utilizada sempre que se vislumbre ser esta a melhor alternativa para a solução do conflito. (ROSENTHAL, 2005, p. 80).

Nessa ordem de ideias, essa política criminal alinha-se à contemporânea missão do Direito Penal de exclusivamente proteger bens jurídicos, que devem ser concebidos em uma dimensão dinâmica, a fim de que guardem correlação lógica e necessária com os princípios e valores consagrados na Constituição.

Por conseguinte, faz-se imperioso delinear as circunstâncias e as condições em que a reparação de danos pode desempenhar o papel de proteger satisfatoriamente o bem jurídico-penal tutelado pela norma. Antes, contudo, impende analisar-se o panorama jurídico-legal dessa medida no ordenamento jurídico pátrio com vistas a se conjecturar eventuais avanços que possam ser alcançados pelo operador do direito.

## 2.2 A Reparação Patrimonial e seus Reflexos na Persecução Penal de Acordo com o Ordenamento Jurídico em Vigor

Regra geral, a reparação de danos, no contexto jurídico-penal, produz efeitos tímidos, sobretudo quando analisada a disciplina legal conservadora conferida pelo Código Penal brasileiro em vigor.

Com efeito, o artigo 16<sup>1</sup> do referido diploma legal estabelece que a reparação voluntária de danos, em sendo praticado crime sem violência ou grave ameaça, é tão somente causa de diminuição da pena quando realizada antes do recebimento da denúncia ou queixa. Trata-se do arrependimento posterior.

A reparação patrimonial é também circunstância atenuante da pena, desde que o agente tenha, antes do julgamento, por sua espontânea vontade e com eficiência, reparado o dano (artigo 65, III, 'b', do Código Penal).

Somada a circunstâncias judiciais favoráveis, a realização da reparação do dano pelo condenado viabiliza a concessão pelo juiz da benesse da suspensão condicional da pena especial, com a fixação de condições mais benéficas (artigo 78, §2º, do Código Penal).

Em outro aspecto, a reparação de danos compreende condição para a concessão do livramento condicional (artigo 83, IV, do Código Penal) e da reabilitação ao condenado (artigo 94, III, do Código Penal).

Por fim, alguns doutrinadores (ROSENTHAL, 2005, p. 65) ainda vêem a prestação pecuniária (artigo 43 e 45, §1º, do Código Penal) como hipótese em que a reparação patrimonial assume *status* de pena autônoma.

---

1 “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

Desse modo, observa-se que o tratamento conferido pelo Código Penal em vigor destoa das tendências modernas da política criminal, de maneira que a reparação patrimonial, no máximo, impõe a diminuição da pena, nos termos do que dispõe o supramencionado artigo 16 do Código Penal. Sequer se cogita da extinção da punibilidade, mesmo em delitos praticados sem violência ou grave ameaça, o que revela disciplina legal que desconsidera o caráter subsidiário do Direito Penal moderno, *verbis*:

Ao deixar de adotar soluções político-criminais que excluam a pena pela reparação do dano, o legislador brasileiro despreza o princípio da subsidiariedade e o sistema penal a ele subjacente. Parece ter ignorado a evolução do sistema penal e dos correntes aportes invasivos da moderna política criminal de evitação de respostas penais clássicas. (AMARAL, 2005, p. 402).

No entanto, em regramentos esparsos e até mesmo na parte especial do Código Penal em vigor, verificam-se alguns avanços na disciplina dos efeitos da reparação patrimonial, mais condizentes com a política criminal moderna.

Com efeito, em relação a determinados tipos penais, a reparação patrimonial, quando efetuada antes do recebimento da denúncia, tem o condão de ensejar o trancamento da ação penal. Isso se verifica, por exemplo, no crime de estelionato, quando na modalidade emissão de cheque sem provisão de fundos<sup>2</sup>

---

2 Esse entendimento está esposado na Súmula nº 554, do Supremo Tribunal Federal: “o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

(artigo 171, §2º, VI, do Código Penal), nos crimes contra a ordem tributária<sup>3</sup> (Lei nº 8.137/90 e Lei nº 4.729/65) e no crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, §2º, do Código Penal).

No peculato culposo, a reparação do dano pode acarretar a extinção da punibilidade, se anterior à sentença irrecorrível, ou a diminuição da pena, se posterior (artigo 312, §3º, do Código Penal).

Assim sendo, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio sugere, à primeira vista, um tratamento assimétrico dos efeitos da reparação de danos. É nítida a desproporcionalidade da disciplina normativa que confere tratamento desigual a hipóteses semelhantes, *verbis*:

Refletindo-se sobre o tema, é preciso considerar que o tratamento dado pelo Estado ao criminoso, no cenário da ordem tributária, é diverso daquele empregado – com maior rigor, certamente – aos outros delitos, que envolvam, de algum modo, patrimônio. Aquele que ‘subtrai’ dinheiro pertencente ao fisco, pagando, mesmo após a consumação do crime, tem a sua punibilidade extinta; outro qualquer que subtraia coisa alheia móvel (furto, art.155, CP), ainda que devolva integralmente o que retirou da vítima, antes do oferecimento da denúncia, no máximo será beneficiado com a redução da pena (art.16, CP), mas não com a extinção da punibilidade. Cremos ser preciso padronizar o

---

3 O artigo 34 da Lei nº 9.249/95 dispõe que “extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. Além disso, o artigo 9º da Lei nº 10.684/03 estabelece a adesão ao regime de parcelamento como causa de suspensão da pretensão punitiva estatal, sendo que o pagamento integral daquele extingue a punibilidade.

tratamento, equilibrando as situações. É indiscutível ser mais interessante ao Estado receber o que lhe é devido em lugar de processar criminalmente o sonegador, muitas vezes por anos e anos, sem nada conseguir, por qualquer razão (ex.: prescrição), mas a mesma situação pode ser do interesse da vítima de um furto, estelionato, apropriação indébita, dentre outros delitos. Seria preferível receber de volta o que perdeu em lugar de assistir o Ministério Público processar o agente criminalmente, às vezes, sem sucesso em obter a condenação. O Estado Democrático de Direito, que apregoa a igualdade de todos perante a lei, parece ser mais cioso a respeito de seus valores do que em relação aos interesses particulares do cidadão brasileiro, em especial quando se contrasta o cofre público com o cofre particular. (NUCCI, 2009b, p. 985-986).

O patrimônio, como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, merece ter, em geral, o mesmo regramento, sob pena de se ofender os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Eventuais discriminações do regramento ordinário devem atender ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, ou seja, devem revelar um *discrímen* que justifique abstrata e concretamente o tratamento desigual, desde que esse seja consentâneo com os valores consagrados na Constituição (MELLO, 2005, *passim*).

Nesse sentido, há autores (COSTA; AZEVEDO, 2011) que sugerem, a partir de uma análise sistêmica, a extensão – por analogia *in bonam partem* – dos benefícios aplicáveis aos crimes contra a ordem tributária (artigo 9º da Lei nº 10.684/03 e artigo 34 da Lei nº 9.249/95) aos crimes cometidos contra o patrimônio, perpetrados sem violência ou grave ameaça.

O que se observa, em verdade, é que o tratamento legal disposto no Código Penal em vigor revela-se, como regra,

anacrônico e destoante da política criminal moderna. Daí a assimetria verificada no ordenamento jurídico pátrio, *verbis*:

A política criminal que orientou e orienta a legislação brasileira é referida a velhos paradigmas positivistas, os quais não acompanharam a evolução do sistema penal. Ao não permitir que a reparação do dano funcione como forma eficaz e despenalizante de reação ao delito, termina por aceitar sua utilização no direito penal como um instrumento de coerção para satisfação do dano. (AMARAL, 2005, p. 399).

A fim de amenizar a verificada essa anacronia da legislação penal, sobretudo do Código Penal em vigor – embora a atividade legiferante também devesse ser orientada pela evolução da moderna política criminal – impõe-se que os operadores do direito interpretem a lei à luz dos aspectos político-criminais modernos, *verbis*:

O julgador deve, portanto, argumentar político-criminalmente com o legislador, como se tivesse que acabar de desenhar, em todos os detalhes, a imagem ou o modelo do direito vigente que o legislador só é capaz de fazer num plano mais genérico. Isso não significa que a política criminal dogmática e a política criminal legislativa tenham a mesma competência. Se tivessem, legislador e juiz seriam equiparados, violando o princípio da divisão dos poderes. A atividade judicial interpretativa político-criminal deve ser instrumento para a busca de um “Estado de Justiça”, e não de um “Estado de Juizes” - forma odiosa de totalitarismo e ditadura do Judiciário. (AMARAL, 2005, p. 404).

Observa-se, doravante, que a política criminal deve desempenhar uma função diretiva ou norteadora tanto no processo

de elaboração da norma como no momento subsecutivo, isto é, na atividade de interpretação desta.

Nessa senda, insta ressaltar que a política criminal encontra-se vinculada ao sistema axiológico consagrado na Constituição, na medida em que este limita a sua atuação diretiva, segundo as decisões fundamentais ali contempladas (CÂMARA, 2008, p. 166-169).

Dessa maneira, a política criminal aufere nova dimensão no Direito Penal moderno, estando voltada a estabilizar o sistema social conforme os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição. Estabelece-se, assim, um paradigma teleológico-funcional político-criminalmente dirigido, senão vejamos:

Tal direcionamento do pensamento jurídico-penal encontra-se lastreado em uma necessidade de configurar a política criminal como esfera norteadora e compreensiva da dogmática criminal, força propulsora ou motor das garantias penais e de desenvolvimento de princípios fundamentais.

Com isso a política criminal ganha uma nova dimensão e influência, logrando libertar-se das amarras conceituais que limitavam-na ao desempenho de um papel ancilar, meramente consultivo, i.e., voltado a sinalizar a necessidade de reformas futuras, incapaz de influenciar uma interpretação apta a atingir uma solução justa para o problema concreto. Trata-se, portanto nada menos do que estruturar a teoria do delito a partir dos pontos de vista da política criminal. (CÂMARA, 2008, p. 167).

Assim, enquanto o Código Penal não experimenta as necessárias reformas legislativas, atentas à política criminal contemporânea, torna-se possível enxergar um modo de se

estabelecer um Direito Penal mais moderno, pautado pelos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade.

No ponto, dois raciocínios auferem relevância extrema. O princípio da obrigatoriedade da ação penal e o efeito tímido sugerido pelo disposto no artigo 16 do Código Penal Brasileiro, tidos como absolutos pela dogmática clássica, merecem uma releitura à luz da faceta dinâmica do bem jurídico-penal, orientada por uma moderna política criminal.

### 2.3 Princípio da Obrigatoriedade X Princípio da Oportunidade

Consoante doutrina majoritária, o princípio da obrigatoriedade – que estaria estampado no artigo 24<sup>4</sup> do Código de Processo Penal – informa o processo penal e obriga as instâncias formais a instaurar o inquérito policial e a ajuizar a ação penal pública competente, uma vez preenchidos os elementos caracterizadores do crime, *verbis*:

[...] significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. (NUCCI, 2009a, p. 48).

---

4 “Art. 24 - Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo” (BRASIL, 1941).

Tal princípio, no entanto, só se aplica aos crimes que se processam mediante ação penal pública, incondicionada ou condicionada (se oferecida a representação pelo ofendido), e retira dos órgãos incumbidos de promover a persecução penal a conveniência e discricionariedade de agir ou deixar de agir quando praticado o delito (AVENA, 2012, p. 43).

No campo da ação penal privada, por outro lado, vige o princípio da oportunidade, segundo o qual o legitimado para o ajuizamento da ação penal, a saber, a vítima, detém a discricionariedade e conveniência para decidir sobre o seu ajuizamento.

Extrai-se do artigo 100<sup>5</sup> do Código Penal que, como regra, a ação penal é pública e, salvo disposição em contrário, por conseguinte, impera o princípio da obrigatoriedade. É o que acontece como regra nos delitos patrimoniais, mesmo que praticados sem violência ou grave ameaça.

Desse modo, o princípio da obrigatoriedade, se tomado de forma absoluta, mesmo com as restrições legais da sua incidência, configura óbice à admissão da reparação de danos como terceira via de solução. Com efeito, ainda que reparado o dano de forma voluntária, por força do princípio da obrigatoriedade, seria forçoso o ajuizamento da ação penal pública e a aplicação de uma penalidade.

---

5 “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, 1940).

Ademais, conquanto aufera respaldo em algumas disposições legais (artigos 24 e 42, ambos do Código Penal), o princípio da obrigatoriedade não privilegia o princípio da subsidiariedade, que determina uma atuação do Direito Penal como *ultima ratio*. A feição dinâmica do bem-jurídico penal desautoriza a fixação de uma regra absoluta e rígida que não dote as instâncias formais incumbidas da persecução criminal de um mínimo de discricionariedade e que ignore os interesses do ofendido, *verbis*:

Aliás, se a decisão estivesse a seu dispor, segundo juízo de conveniência e oportunidade, é bem provável que a ampla maioria das vítimas de crimes contra o patrimônio preferisse ser ressarcida dos danos sofridos a ver o acusado submetido a outra medida, como, por exemplo, o aprisionamento. Os tempos são outros, os bens mais abundantes e até mesmo descartáveis, razão pela qual, diante de possibilidades como as aqui diagnosticadas, deve o intérprete construir a melhor alternativa para a adequação do Direito Penal à realidade, sempre orientado pela primazia da liberdade. (COSTA; AZEVEDO, 2011).

Assim sendo, observa-se que o princípio da obrigatoriedade traduz um dos anacronismos do ordenamento jurídico vigente, de maneira que se impõe uma releitura para que haja uma expansão, embora excepcional e casuística, do princípio da oportunidade, *verbis*:

Por tal princípio oferece-se ao acusador e/ou tribunal a possibilidade de renunciar à ação penal ou à sanção punitiva, ainda que diante de um fato revestido das características de delito, em hipóteses especiais, nas quais, a seus juízos, a aplicação da pena prevista em lei seja inadequada por motivos de política criminal. Isso se dá no caso concreto quando a punição é considerada desnecessária por razões de prevenção

especial, ou haja um prognóstico de que a sua aplicação seria contraproducente sob o aspecto ressocializador, e sempre que a renúncia à sanção possa ser feita sem que seja experimentado um excessivo sacrifício em termos de prevenção geral. (AMARAL, 2005, p. 377).

Não há ofensa à segurança jurídica, já que é mantida a regra segundo a qual, praticado um dado delito, a persecução criminal é obrigatória. Diferentemente, o que se sugere é que, em hipóteses excepcionais, em que a reparação do dano alcance o efeito de proteger satisfatoriamente o bem jurídico-penal, a pretensão punitiva seja renunciada; incorporando a reparação patrimonial, doravante, uma terceira via de solução.

Repise-se que a concessão à aplicação do princípio da oportunidade é excepcional, verificada casuisticamente, segundo a voluntariedade do autor do fato. Assim, o não oferecimento da denúncia em face da reparação de danos deve ser devidamente motivado diante de circunstâncias concretas.

Ademais, a reparação do dano só pode acarretar a renúncia à pena em situações em que as circunstâncias e a culpabilidade do agente não sejam graves, senão vejamos:

Primeiramente, sugere-se que os casos sejam selecionados conforme a gravidade do delito, aplicando-se o princípio a todas as infrações com pena máxima prevista até certo limite. Outro critério é conforme o bem jurídico protegido. Usualmente, propugna-se que a aplicação do princípio fique restrita aos bens patrimoniais, excluindo-se, portanto, crimes contra a vida e a integridade física. Sumalla propõe que seja aplicado o princípio aos crimes de furto, apropriação indébita, estelionato (exceto

nos casos de pluralidade de vítimas), crimes contra a propriedade imaterial, algumas hipóteses de dano, crimes fiscais e crimes contra a honra. (AMARAL, 2005, p. 379).

Em termos procedimentais, aduz Roxin (1997) que se deve recorrer a um procedimento restitutivo prévio à persecução formal, mas dirigido pelo juiz, que poderia, uma vez realizada a reparação voluntária do dano, suspender o procedimento, renunciar à pena ou atenuá-la, a depender da gravidade e das circunstâncias do delito praticado. Assim, o sistema conciliatório não deve compreender fase informal prévia; deve, porém, funcionar dentro do processo penal e ser sujeito a controle do Ministério Público e do juiz.

É salutar esse posicionamento do jurista alemão, eis que minimamente garante a segurança jurídica, atribuindo o controle das conciliações e até mesmo a apreciação da voluntariedade da reparação ao juiz e ao Ministério Público. Esse procedimento reforça o caráter excepcional do princípio da oportunidade, que derroga, de forma casuística, a obrigatoriedade da ação penal.

Viabiliza-se, neste aspecto, a reparação do dano como terceira via de solução de conflitos, apta a trancar inquérito policial e a legitimar a cessação da pretensão punitiva estatal.

Entretanto, há outro óbice legal a ser superado.

## 2.4 A Flexibilização do Artigo 16 do Código Penal

Diante do disposto no artigo 16 do Código Penal vigente, constata-se que, como regra, a reparação do dano, no máximo, produz o efeito de diminuir a pena no caso de crimes praticados sem grave ameaça e violência.

Desse modo, a reparação de danos, como causa renunciativa à pena, careceria de respaldo legal. Haveria, portanto, um outro óbice à admissão da reparação patrimonial como terceira via de solução de conflitos.

Contudo, em face da morosidade do legislador e do tratamento legal anacrônico disposto no Código Penal, o artigo 16 deste diploma normativo não pode ser interpretado de forma literal e absoluta; devendo, no entanto, ser obtemperado pelo disposto em seu artigo 59 (AMARAL, 2005, p. 405).

Esse dispositivo legal, com efeito, pode funcionar como um instrumento de flexibilização da anacrônica disciplina legal sugerida pelo Código Penal, porquanto permite inserir, no seio da teoria do delito concebida pelo referido diploma, a análise da culpabilidade tendo em vista a necessidade ou não de pena, senão vejamos:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*:  
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; [...]. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Ora, na medida em que a reparação voluntária de danos, por si só, desempenha a função de assegurar a adequada reprovação e prevenção do crime, de maneira a tornar despicando o estabelecimento de uma pena, fruto do exercício da pretensão punitiva estatal, o artigo 59 do Código Penal deve ser invocado

para se afastar a culpabilidade do agente que não merece ser apenado por ter restituído satisfatoriamente o prejuízo causado à vítima do dano.

Desse modo, a disciplina do artigo 16 do Código Penal não deve esgotar o tratamento da reparação de danos e reduzi-la, independentemente da hipótese, a uma mera causa de redução da pena. O apenamento, de outra sorte, deve ser realizado apenas enquanto necessário, segundo a concepção de um Direito Penal mínimo e subsidiário.

Portanto, essa solução legal, fruto da moderna política criminal, está consentânea com a feição dinâmica do bem-jurídico penal, que tem na Constituição o seu referencial axiológico obrigatório.

Nessa ordem de ideias, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, deve ser observada pelas instâncias formais, que devem privilegiar as soluções que não recomendem o cerceamento da liberdade, sobretudo diante dos efeitos deletérios do encarceramento precoce ou indevido, confira-se:

A política criminal que impede reações penais não privativas de liberdade e preservadoras dos fins preventivos da pena – como é possível se obter com a reparação do dano – é uma política criminal deslegitimada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. E, pior, desatende aos fins sociais de desenvolvimento perseguidos pela Constituição Federal. (AMARAL, 2005, p. 408).

Ultrapassados os óbices que inviabilizariam a admissão da reparação patrimonial como terceira via, impende analisar-se, no contexto dos delitos patrimoniais, a importância do instrumento, bem assim as circunstâncias e condições em que autorizada a renúncia à pena.

## 2.5 A Reparação de Danos nos Delitos Patrimoniais

Os crimes contra o patrimônio, tipificados no Título II da Parte Especial do Código Penal brasileiro, entre seus artigos 155 a 183, ao lado do tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06), dominam os registros policiais e ocupam grande parte do cotidiano da justiça criminal.

Ocorre que, em face da indisponibilidade e da obrigatoriedade da persecução criminal, mesmo diante do eventual desinteresse da vítima do delito patrimonial, o Estado se vê compelido a prosseguir nas investigações ou a processar o agente que causou prejuízo de pequena monta ou que sequer atingiu o patrimônio do ofendido. Registre-se que, em tais casos, a ação penal é pública incondicionada como regra, o que se revela inadequado, senão vejamos:

Na verdade, não somente no caso do furto, mas em se tratando de qualquer crime patrimonial não violento, a ação penal deveria ser mesmo pública condicionada e não incondicionada. É claro que nos crimes patrimoniais praticados mediante violência ou grave ameaça não se pode abrir mão da ação penal pública incondicionada, considerando que se tratam de crimes complexos, onde não somente o patrimônio é tutelado, mas também bens jurídicos tais como a liberdade individual, a integridade física e até a vida das pessoas (v.g. roubo,

extorsão, extorsão mediante sequestro). No entanto, nos crimes patrimoniais não violentos, que são crimes simples, onde somente um bem jurídico é tutelado, no caso o patrimônio, a melhor opção de política criminal é mesmo a adoção da ação penal pública condicionada, como já vem sendo indicado pela doutrina há tempos. (CABETTE, 2012a).

Cuida-se de mais um apontamento a manifestar o caráter extemporâneo da disciplina do Código Penal vigente. Com efeito, o estabelecimento da condicionalidade da ação penal no campo dos delitos patrimoniais não violentos privilegia a vítima e se coaduna com a moderna política criminal. Contudo, trata-se de alternativa que reclama indispensável reforma legislativa.

Não obstante, à luz da moderna missão do Direito Penal subsidiário e fragmentário, torna-se possível, de forma casuística, conceber a reparação de danos como terceira via de solução dos delitos patrimoniais. Com esteio no artigo 59, do Código Penal vigente, juntamente com o programa axiológico constitucional, o intérprete deve identificar as hipóteses que ensejarão a renúncia ao exercício da pretensão punitiva face à reparação voluntária do dano pelo agente.

Um primeiro concernimento diz respeito a que crimes patrimoniais poderiam suscitar o recurso a esta via inédita de solução do conflito.

Invocando-se o disposto no artigo 59 do Código Penal, tem-se que o titular da ação penal, em um primeiro momento, deverá proceder à análise dos motivos e das circunstâncias e conseqüências do crime praticado em desfavor do patrimônio, bem assim do comportamento da vítima.

Objetivamente, uma vez reparado o dano, ainda que quantitativamente vultoso, retorna-se ao *status quo ante*, o que torna desnecessário, à primeira vista, o apenamento do agente que voluntariamente repara o dano causado. No entanto, essa reparação patrimonial só pode ser verificada com relação aos tipos penais que efetivamente atinjam apenas o patrimônio, que não estendam a ofensa a outros bens jurídicos tutelados pela norma.

A título exemplar, tem-se o crime de roubo, que, dotado de feição complexa, não tutela apenas o patrimônio do ofendido, mas também a sua integridade física, a sua liberdade pessoal ou até mesmo a vida (latrocínio). Ora, em casos tais, em que há ofensas a bens jurídicos diversos do patrimônio – talvez mais relevantes (criminalidade grave) – inviabiliza-se o recurso à reparação do dano como causa renunciativa à pena, restando como consequência apenas a atenuação da pena, *verbis*:

Quer-se com isso significar que a reparação em situações que tais não se mostraria suficiente para reafirmar o valor da norma violada, como poderia até estimular a prática de conduta intensamente desvaliosas, mercê cálculo prévio de custo-benefício, vindo a frustrar a função estabilizadora desempenhada pela pena (*die Stabilisierungsfunktion der Strafe*). Daí que no que concerne à criminalidade grave, longe de exercer qualquer influência despenalizante, a reparação deve voltar-se, o que não é pouco, à produção de efeitos atenuantes ou de diminuição da reprimenda. (CÂMARA, 2008, p. 200).

Portanto, no contexto dos delitos patrimoniais, a reparação, como terceira via de solução, deve voltar-se aos crimes perpetrados sem violência ou grave ameaça à pessoa, a fim de que bens

jurídicos mais relevantes que o patrimônio não padeçam de uma proteção jurídica ineficaz. Assim, os crimes de furto (artigo 155, Código Penal), dano qualificado (artigo 163, parágrafo único, do Código Penal), apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), estelionato (artigo 171 do Código Penal), receptação (artigo 180 do Código Penal), dentre outros, ensejariam, em tese, o manejo da via da reparação como resposta estatal suficiente e adequada frente ao delito patrimonial perpetrado (AMARAL, 2005, p. 379).

Em outro aspecto, o artigo 59 do Código Penal, como recurso interpretativo, ainda estabelece a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente.

A reparação do dano não deve corresponder a uma via que elida o exercício da pretensão punitiva sempre que o agente causador voluntariamente repare o dano. Decerto, a missão fundamental do Direito Penal moderno é exclusivamente tutelar bens jurídicos. Sucede que, em face da reiterada prática de delitos patrimoniais por determinado agente, torna-se forçoso recorrer ao Direito Penal para a tutela mais efetiva do patrimônio como bem jurídico.

Desta feita, para a admissão da reparação patrimonial como terceira via, é imprescindível um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, a fim de que seja possível identificar se, em concreto, a medida revela-se suficiente e adequada para proteger o patrimônio, em seu aspecto social e não individualizável. Portanto, maus antecedentes, reincidência, reprovável conduta social, dentre outras circunstâncias subjetivas, podem justificar

o exercício da clássica pretensão punitiva, ainda que o agente causador do dano tenha efetivamente reparado o dano à vítima.

Em outro aspecto, como já foi aduzido, faz-se imprescindível que a reparação de danos seja controlada pelas instâncias formais atuantes na persecução penal. Como via excepcional de solução, a reparação patrimonial, conquanto admitida apenas no contexto dos delitos de média ou de pequena gravidade, merece um controle maior para que haja renúncia à pena.

Dentro do modelo insculpido na Constituição, segundo o qual o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública (artigo 129, I, do CP), impõe-se que a análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal seja feita pelo órgão acusador. Uma vez constatando serem favoráveis e verificando a efetivação voluntária da reparação do dano, o órgão ministerial deverá promover o arquivamento do instrumento de investigação, submetendo-o a controle posterior do juiz.

Desse modo, assegura-se o respeito à garantia do devido processo legal, bem como se viabiliza o imprescindível controle sobre o manejo da reparação de danos como hipótese excepcional de renúncia à pena.

Ademais, embora semelhante, importante destacar que não se pode inferir que a reparação patrimonial, como terceira via, traduza a criação de uma hipótese extra-legal de extinção de punibilidade (artigo 107 do Código Penal). Não se cogita, em casos tais, de qualquer exercício da pretensão punitiva, porquanto a reparação não revela espécie de pena, mas sim instrumento

autônomo em relação ao fenômeno criminoso. É terceira via, estranha ao exercício da pretensão punitiva estatal, que a excepciona casuisticamente.

Com efeito, a reparação patrimonial, uma vez promovida, produz repercussões sobre o juízo de censurabilidade da conduta do agente. Se satisfatória como reação estatal à ofensa produzida, deve-se entender que a reparação voluntária, mesmo sendo ulterior, afasta a culpabilidade e até a existência do próprio delito em si, o que torna injustificável e excessiva a intervenção do Direito Penal. A punibilidade, de outro lado, só pode ser entendida senão como consequência jurídica específica da prática de um fato típico, ilícito e culpável (GRECO, 2011, p. 685-686).

### **3 Novas Perspectivas e Tendências – o Anteprojeto de Reforma do Código Penal**

O penalista Claus Roxin (2006) projeta uma grande utilização do mecanismo da reparação de danos no futuro, com a produção de efeitos diversos, senão vejamos:

A nova ideia, para a qual prevejo grandes perspectivas no direito penal vindouro, é a de que uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal (*Hauptverfahren*) leve a uma obrigatória diminuição na pena; em caso de uma prognose favorável, sirva mesmo a uma suspensão condicional e, excepcionando-se os delitos graves, até a uma dispensa da pena (apesar de manter-se a condenação). (ROXIN, 2006, p. 25).

Essa previsão, em grande escala, acabou sendo acolhida pela comissão de juristas instalada no Senado Federal, no dia 18 de outubro de 2011, que, designada para fim exclusivo, elaborou e

apresentou o anteprojeto de reforma do Código Penal (BRASIL, 2012).

Para a elaboração do anteprojeto, partiu-se de princípios e critérios consonantes com a Constituição Federal de 1988, sendo concebido um Direito Penal mais voltado a sua funcionalidade social e ao respeito à dignidade da pessoa humana. No contexto dos delitos patrimoniais, destaca-se o fenômeno da descarceirização, identificado na adoção de recursos que evitam a pena privativa de liberdade e que racionalizam o Direito Penal.

Dentre esses instrumentos de descarceirização, a reparação de danos, como medida de justiça restaurativa, passa a ser causa de extinção da punibilidade quando aceita pela vítima e realizada até a sentença de primeiro grau nos casos dos crimes de furto, dano, apropriação indébita e estelionato.

Cuida-se de inovação que, embora restrita a alguns delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, merece aplausos, porquanto sobreleva o constitucionalismo penal e amolda-se à política criminal contemporânea, que resgata a participação da vítima no processo penal e enaltece o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

Outra inovação sugerida e que merece destaque diz respeito à natureza da ação penal. Nos casos dos crimes de furto, apropriação indébita e estelionato somente se procederia mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima, o que revela opção legislativa há muito tempo contestada pela doutrina, confira-se:

Ela deixará inclusive bem mais clara a questão do consentimento da vítima como descaracterizador do crime de furto e de outros delitos patrimoniais não violentos. Dará à defesa desse bem jurídico um viés adequado à sua característica de disponibilidade e propiciará uma racionalização do Código Penal Brasileiro no que tange ao tratamento adequado do bem jurídico patrimônio, que não pode ser sobreposto a outros de maior relevância. (CABETTE, 2012b).

Essa novidade viabiliza que a reparação patrimonial, mesmo não controlada pelas instâncias formais, atue, conquanto por causa diversa (decadência do direito de representação), como causa extintiva da punibilidade. Com efeito, reparado o dano pelo ofensor, a vítima pode não ter interesse na persecução criminal e deixar decair ou até mesmo renunciar ao direito de representação.

Portanto, além das hipóteses legais que expressamente estabelecem a reparação de danos como causa extintiva da punibilidade, o anteprojeto, ao estabelecer a condicionalidade da ação penal em tais casos, permite que a conciliação e a reparação patrimonial voluntária se dê mesmo sem a intervenção das instâncias formais de persecução criminal, o que favorece a celeridade e a economicidade processual.

Desse modo, observa-se que o anteprojeto confere efeitos importantes à reparação de danos, sobretudo nos delitos patrimoniais perpetrados sem violência e grave ameaça. Abandona-se o modelo clássico de justiça criminal, embora ainda remanesçam alguns traços desnecessários.

A disciplina do arrependimento posterior, a rigor, permanece incólume, não obstante tenha, nos moldes sugeridos

pelo anteprojetado, aplicação extremamente reduzida. Com efeito, a causa de redução de pena traduzida no arrependimento posterior aplica-se tão somente aos delitos praticados sem violência ou grave ameaça; a redução sugerida, doravante, restará às hipóteses em que a reparação não for aceita pela vítima.

Nos crimes cometidos com violência e grave ameaça, fará jus o agente que repara o dano tão somente à atenuação da pena à semelhança do que dispõe a legislação vigente.

De toda sorte, no contexto dos delitos praticados em desfavor do patrimônio, o legislador estabeleceu tutela adequada e proporcional ao bem jurídico patrimônio, que experimenta um processo inédito de descarceirização.

#### **4 Considerações Finais**

Diante da missão fundamental do Direito Penal de exclusivamente proteger bens jurídicos, impõe-se recorrer a um método ponderativo – valorativo e material – de interpretação da norma penal, segundo o qual o bem jurídico digno da tutela penal extrema deve ser aferido em concreto, tendo em vista principalmente o desvalor do resultado, o que revela sua dimensão dinâmica.

Contudo, é forçoso que se estabeleça a Constituição como referencial axiológico interpretativo com vistas a evitar a indevida expansão das punições. Nesse sentido, destaca-se o princípio da intervenção mínima, que exige que o Direito Penal promova uma tutela seletiva, sendo que apenas as ofensas concretas (princípio da ofensividade), relevantes e intoleráveis (princípio

da fragmentariedade), não protegidas suficientemente por outros ramos do Direito (princípio da subsidiariedade), constituam objeto passível de sancionamento pelo Direito Penal.

Desse modo, infere-se a excepcionalidade da tutela penal extrema, de maneira que, a fim de se estabelecer uma proteção jurídica adequada e tendo em vista os efeitos deletérios produzidos pela pena privativa de liberdade disposta pelo modelo de justiça criminal clássico, faz-se necessário desenvolver outras vias de solução.

Nesse contexto, emerge a reparação de danos como terceira via de solução, apta a atender aos fins de prevenção geral e especial e, com base no princípio da subsidiariedade, legitimar a renúncia à pena e ao modelo clássico de justiça criminal. Com efeito, trata-se de instrumento de inegável importância político-criminal e que valoriza a vítima, mas também serve aos interesses da sociedade e do indivíduo.

Ao se proceder à análise do ordenamento jurídico pátrio, observa-se que, em geral, a reparação de danos produz efeitos tímidos, sendo mera causa geral de diminuição de pena ou atenuante, o que evidencia a anacronia da disciplina do Código Penal brasileiro quando analisada a contemporânea política criminal. Ademais, em casos especiais, verifica-se que a reparação patrimonial constitui causa de extinção da punibilidade, o que retrata a existência de um tratamento assimétrico no ordenamento jurídico pátrio.

A fim de se sobrepor a essa ultrapassada opção político-criminal vigente no Código Penal e enquanto não experimentadas as necessárias reformas legislativas, a moderna política criminal, que auferir nova dimensão no Direito Penal moderno, deve exercitar sua função diretiva e, limitada pelo quadro axiológico disposto na Constituição, conferir a reparação de danos efeitos condizentes com o caráter subsidiário e fragmentário da tutela penal extrema.

Assim sendo, com vistas a legitimar a renúncia à pena e a estabelecer a reparação patrimonial como terceira via de solução, torna-se forçosa a relativização do princípio da obrigatoriedade, bem como a flexibilização da disciplina disposta no artigo 16 do Código Penal, que deve ser obtemperada pelo juízo de culpabilidade estabelecido no artigo 59, também do Código Penal.

No contexto dos delitos patrimoniais praticados sem violência e grave ameaça, que não atinjam outros bens jurídicos mais relevantes senão unicamente o patrimônio, uma vez reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento danoso, a reparação patrimonial pode compreender via autônoma excepcional de solução e afastar a intervenção enérgica do Direito Penal, desde que devidamente apreciada e controlada pelas instâncias formais de persecução criminal.

Atento a essa tendência advinda da moderna política criminal, o anteprojeto de reforma do Código Penal apresentado recentemente ao Senado Federal confere alguns avanços aos

efeitos produzidos a partir da reparação de danos no contexto dos delitos patrimoniais perpetrados sem violência ou grave ameaça.

**Title:** Repair of Damages in the Context of the Crimes Against Property: the Third Way in Harmony with the Contemporary Criminal Policy

**Abstract.** This scientific work aims to legitimize damage as a third solution in the context of crimes committed against property without violence or serious threat, able to avoid the intervention of the classical model of criminal justice. Therefore, it is proposed as an evaluative and material method of interpretation of the criminal code, which is revealed factually according to the appreciation of the result, in order so that the Criminal Law protects only legal goods which are not sufficiently protected by other branches of the Law and have been offended in a relevant and an intolerable way. In view of the contemporary criminal policy and starting in a theoretical and historical-legal research, we shall investigate the possible effects of patrimonial repair, as well as its aptitude, under certain conditions and some circumstances, to produce the recovery of the legal peace and the resocialization of the one who cause damage to the patrimony of another. Person. In this sense, once observed the asymmetry and anachronism of the national laws in force, it is suggested to apply the relativistic view of the principle of compulsory prosecution, as well as the moderation of article 16 of the Brazilian Penal Code, so that the patrimonial repair, before the axiological reference found in the Federal Constitution, be understood as a standalone instrument of solution.

**Keywords:** Repair. Damage. Patrimony. Anachronism. Criminal policy.

## Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política*

criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCrim, 2007.

\_\_\_\_\_. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: JH Mizuno, 2005.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Congresso. Senado. Comissão de juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal. *Relatório final do Anteprojeto de Reforma do Código Penal*. Brasília, DF, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 2 out. 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do*

*Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alterações do projeto de Código Penal previstas para o crime de furto. Uma abordagem crítica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3229, 4 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21670>>. Acesso em: 25 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Crime de furto passará a depender de representação da vítima. *Atualidades do direito*, São Paulo, 4 maio 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/04/27/crime-de-furto-passara-a-depender-de-representacao-da-vitima/>>. Acesso em: 6 maio 2012.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Domingos Barroso; AZEVEDO, Juarez Morais de. Sobre a constitucionalização do trato conferido aos delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça. A proibição de excessos na intervenção penal e a aplicação do princípio da isonomia, considerados os benefícios garantidos na órbita dos crimes contra as ordens tributária e econômica (Lei nº 10.684/03). *Jus navegandi*, Teresina, ano 16, n. 3093, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20602>>. Acesso em: 24 set. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: perspectiva e críticas. *Jus navegandi*, Teresina, ano 12, n.1462, 3 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10077>>. Acesso

em: 24 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Suspensão condicional do processo: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña et al. Barcelona: Civitas, 1997. Tomo I.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

---

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Lucas César Costa. A reparação de danos nos delitos patrimoniais: a terceira via em sintonia com a contemporânea política criminal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 369-416, 2013. Anual.

---

**Submissão:** 29/04/2013

**Aceite:** 28/06/2013