

#### **44. A POSSIBILIDADE ANALÓGICA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES PATRIMONIAIS SEM VIOLÊNCIA APÓS A REPARAÇÃO DO DANO OU DEVOLUÇÃO DA COISA: medida paliativa impactante num contexto de seletividade escancarada**

Daniel Nascimento Duarte  
Mariana Braga Marciano  
Marcella Lourenço Pereira

**Palavras-chave:** Crimes fiscais; Analogia in bonam partem; seletividade penal; crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça.

A partir do diagnóstico-problema de que há extrema disparidade político-criminal entre a existência de medidas que fomentam o acordo processual e a própria extinção da punibilidade no contexto dos crimes tributários em contraponto com a inexistência de tais medidas nos ditos crimes patrimoniais comuns – sobretudo aqueles sem violência – buscou-se: i) identificar, a partir de tal disparidade pontuada, características seletivas do sistema penal brasileiro tanto na conjuntura da parte geral do código penal (ante as premissas do arrependimento posterior – art. 16 do diploma) como nos atuais números carcerários oficiais; ii) demonstrar que a medida penal-material da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, se existente, em caso de reparação do dano, no âmbito dos crimes patrimoniais sem violência, surtiria considerável e direto impacto na população carcerária nacional e iii) apresentar proposta técnico-jurídica “paliativa” condizente com a intervenção mínima do direito penal e que seja capaz de balizar (ao menos até a devida mudança legislativa) uma menor incidência penal no âmbito dos crimes patrimoniais sem violência.

No plano de partida teórico, com esteio nos impactos oriundos da teoria do etiquetamento – labelling approach – a partir das perspectivas conclusivas dos seus principais expoentes (BECKER, 2008; GOFFMAN, 2008) e, sobretudo, com base nas interações reflexivas e sedimentações criminológicas elencadas por BARATTA (2002) parte-se da premissa de que a desigualdade e a gestão diferencial do controle social é, de fato, uma característica real e palpável do dito sistema penal que possui certas funções declaradas e outras não declaradas (de maior incidência) (ZAFFARONI, 1991) na medida em que “se apresenta como igualitário atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, 2011, p.25).

Ademais, ocorre que em determinadas situações específicas – próprias de Ordenamentos periféricos que fazem da política legislativa moralista e preconceituosa seu modus operandi – a seletividade do sistema penal brasileiro acaba por se escancarar ainda mais e alcança o patamar legislativo expresso, saindo, portanto, do patamar não declarado (oculto legislativamente, apesar de verificável empiricamente) e atingindo o manejo social a partir de política legislativa etiquetada e própria para certos crimes e agentes, trata-se, pois, tal qual fixado por ZAFFARONI e PIERANGELO (2006, p.64) da própria identificação de inimigos e estereótipos criminosos a partir do jus puniendi e do manejo na legislação penal.

É exatamente o que ocorre com a problemática aqui proposta. Exercendo a necessária comparação, tem-se que incide sob os crimes tributários (aqueles presentes principalmente na lei 8.137/90 e outros que tutelam a ordem tributária como bem jurídico – à exemplo dos artigos 168-A e 337-A do Código Penal) as máximas oriundas do art. 9º da lei 10.864/03 e do art. 83 da lei 9.430/96, com redação dada pela lei 12.382/11, onde, consoante o §2º, é suspensa a pretensão punitiva do Estado em caso de parcelamento do débito tributário pleiteado antes do

recebimento da denúncia, bem como, principalmente (temática aqui central), é extinta a punibilidade em caso de pagamento integral dos débitos tributários que deram ensejo à ação penal e – consoante se extrai do texto de lei expresso do art. 9<sup>a</sup>, §2<sup>o</sup>, da lei 10.864/03, bem como do entendimento pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal – tal pagamento integral pode ser dar à qualquer tempo (desde que não transitada em julgado a ação penal). Por outro lado, no que toca aos crimes patrimoniais sem violência, previstos no código penal brasileiro – a exemplo do furto, do estelionato, da receptação, da apropriação indébita simples, dentre outros – nota-se que, com a aplicação do instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, não há possibilidade de extinção de punibilidade, ainda que reparado o dano ou restituída a coisa, sendo permitida somente a redução da pena em até 1/3 da pena (quando da dosimetria) contando que tal arrependimento se dê até o recebimento da denúncia ou da queixa, é dizer, portanto, que a condenação, inclusive, é premissa para a aplicação da “benesse” ali prevista.

Trata-se, portanto, de notória discrepância que, considerada a proximidade de circunstâncias (ausência de violência, montante patrimonial envolvido, restituição...), coloca em xeque qualquer pretensão (até mesmo declarada) de isonomia na aplicação da lei penal e denota um contexto “dolosamente” seletivo sob o aspecto legislativo, o que é mais preocupante.

Fixada, portanto, o que se chamou aqui de seletividade escancarada, optou-se por destacar o reflexo dessa constatação legislativa no sistema carcerário nacional, sendo este, metodologicamente, o parâmetro confirmativo e diagnóstico-numérico utilizado para confirmação (ou ao menos ilustração) da hipótese proposta. A partir dos dados oficiais provenientes do último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) tem-se que, de uma população carcerária de 726.712 detentos (a 3<sup>a</sup> maior do mundo), 104.262 pessoas (praticamente 15%) estão reclusas em virtude da prática de crimes patrimoniais sem violência, realidade esta que seria extremamente diversa se a lógica da extinção da punibilidade pelo ressarcimento/reparação do bem material ou valores envolvidos também ocorresse para tais delitos, assim como ocorre nos crimes fiscais.

Tanto é verdade que, pela análise dos dados oficiais mencionados, os ditos delitos tributários nem mesmo possuem relevância ou impacto nos números carcerários brasileiros ao ponto de sequer serem descritos nos gráficos do documento. Há pois, uma evidenciação de um perfil específico que se quer ter no cárcere e que, no caso analisado, atinge o plano legislativo aonde medidas extintivas de punibilidade ou até mesmo possibilitantes de acordos processuais (à exemplo do parcelamento) são previstas para tipos específicos de crime enquanto sequer são cogitadas para outros, onde a benesse de eventual redução sancionatória na sentença condenatória já estaria de bom tamanho.

Sendo assim, em observância ao que foi constatado, e considerando que eventual reforma legislativa que possa trazer certas medidas extintivas da punibilidade também para o âmbito dos crimes patrimoniais sem violência tende a tardar a ocorrer (se ocorrer), propõe-se na presente pesquisa enquanto medida técnico-dogmática resolutive da problemática identificada (ainda que paliativa e transitória) a utilização da analogia in bonam partem da previsão atinente aos crimes tributários constante no art.9, §2<sup>o</sup> da lei 10.684/03 para as situações análogas de devolução integral e reparação do dano (a qualquer tempo) em casos de crimes patrimoniais sem violência culminando na extinção da punibilidade também em tais situações.

Tal solução proposta, além de possuir pleno arcabouço dogmático sedimentado (não existindo nenhuma doutrina penal que discorde da possibilidade de analogia em benefício do réu em matéria penal), é de plena aplicabilidade jurídica ante as circunstâncias fáticas extremamente próximas e a ausência de previsão extintiva de punibilidade expressa em matéria patrimonial individual advinda de eventual restituição. Cabe ressaltar que tal proposição, que se perfaz no manejo isonômico da extinção da punibilidade (que é matéria de ordem pública), é temática consideravelmente diferente do instituto do arrependimento posterior que é matéria

de dosimetria de pena (e que detém a condenação como pressuposto), existente, pois, a lacuna legislativa que denota hipótese de incidência da analogia in bonam partem em tais situações.

Jurisprudencialmente, tal tese já foi, inclusive, acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 252802/SE, Rel. Ministro Jorge Mussi) em caso de furto de energia elétrica em que se extinguiu a punibilidade pelo pagamento da quantia correspondente subtraída por aplicação mediante analogia in bonam partem das disposições atinentes aos crimes tributários. No entanto, tal medida ainda padece de maiores e representativas adesões por parte dos atores do sistema de justiça criminal, primordialmente juízes e promotores, que, caso se desenraizassem das repetições arbitrárias próprias do paradigma punitivo atual (CARVALHO, 2010) conseguiriam visualizar as benesses individuais e os macro-impactos da medida, isto porque, a sua maior aplicabilidade não só incidiria como instrumento contentor do ius puniendi estatal para com o dito infrator, como também surtiria impactos consideravelmente relevantes na realidade carcerária e, em mesma medida, afirmaria as máximas político-criminais de intervenção mínima do direito penal (ROXIN, 2009; 2000) num contexto em que (esperançosamente) ainda se quer democrático.

### Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECKER, Howard S. 2008 [1963]. Outsiders. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar.

BITENCOART, Cezar Roberto. Tratado de Direito penal. Parte 1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). BRASIL, 2016. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf). Acesso em: 30 de Março de 2018.

ROXIN, Claus. A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte geral. 5.ed. Florianópolis: Editora Modelo, 2012.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Vol.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.