



## **Direito Penal – Questão 02**

Com a crise econômica e social causada pela pandemia do coronavírus, João, primário e de bons antecedentes, perdeu seu emprego como motorista particular na cidade de São Paulo. Depois de alguns meses sem receber seu salário e qualquer ajuda do governo, com o objetivo de sustentar a si mesmo e sua família (esposa e dois filhos), João foi até um hipermercado localizado no bairro em que reside e colocou alguns alimentos em sua mochila (dois pacotes de macarrão, três latas de molho de tomate, um shampoo, três sabonetes e um litro de álcool, bens globalmente avaliados em R\$ 60,00).

Entretanto, sua ação foi observada pelos funcionários do estabelecimento pelas câmeras de vigilância, de modo que, após João passar pelo caixa sem pagar, foi abordado pelo segurança já na via pública, não tendo apresentado qualquer resistência.

Quando indagado, João prontamente confessou ao segurança que objetivava sustentar a si próprio e seus familiares com tais mantimentos. Por fim, a polícia militar foi acionada e efetuou a prisão em flagrante, encaminhando João à delegacia.

Na audiência de custódia, João foi colocado em liberdade provisória, sendo fixadas, ainda, medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal. Em seguida, o Ministério Público apresentou denúncia contra João, sendo praticados os atos processuais subsequentes sem quaisquer vícios.

Na data da audiência de instrução, debates e julgamento, o representante do hipermercado foi ouvido e relatou que, após notarem a ação de João pelas câmeras de vigilância, lograram detê-lo na via pública, sendo recuperados todos os bens.

Os policiais militares que participaram da diligência também foram ouvidos, tendo narrado que, chegando ao local, o réu já havia sido detido pelo segurança do hipermercado.



Por fim, João confessou ter colocado os mantimentos arrolados na denúncia em sua mochila e deixado o local sem efetuar o pagamento, dizendo que o teria feito para sustentar a si próprio e sua família, pois estava desempregado desde o início da pandemia.

Após os debates orais, o Juiz da 12ª Vara Criminal da Barra Funda, entendendo haver prova suficiente da autoria e materialidade delitivas, decidiu condenar João como incurso na norma do artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Na primeira fase da dosimetria, à luz do artigo 59 do Código Penal, aumentou a pena-base pela metade em razão das consequências do crime, já que, caso o furto não fosse reprimido com rigor, todos os cidadãos começariam a subtrair mantimentos de mercados, padarias e outros estabelecimentos similares.

Na etapa intermediária, nos termos do artigo 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal, aumentou a pena em mais um sexto, eis que o delito foi praticado durante calamidade pública (crise provocada pela pandemia do coronavírus).

Não havendo causas de aumento ou de diminuição, a pena tornou-se definitiva no patamar de um ano e nove meses de reclusão e pagamento de dezessete dias-multa, fixados no piso legal.

Apesar da quantidade de pena aplicada, o Juiz decidiu fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, já que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, motivo pelo qual também negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, concedeu ao acusado o direito de aguardar o julgamento de eventual recurso em liberdade.

Enquanto Defensor(a) Público(a) de João, presumindo que o Juiz se manifestou fundamentadamente a respeito de todas as teses apresentadas pelas partes, defina a medida jurídica que pode ser utilizada para impugnar tal ato e elenque todas as teses defensivas que devem ser apresentadas.



Atipicidade material em razão da aplicação do princípio da insignificância	1,0
Alegação do furto famélico, com discussão sobre a natureza jurídica da tese (excludente de ilicitude x excludente de culpabilidade)	1,0
Excludente de culpabilidade (coculpabilidade pela vulnerabilidade)	0,5
Crime impossível, com menção à Súmula 567 do STJ	1,0
Furto privilegiado (artigo 155, §2º, do Código Penal)	0,5
Teses subsidiárias: dosimetria da pena (aplicação da pena-base no mínimo legal, afastamento da agravante, reconhecimento da tentativa), fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos	1,0



1                    Em sede de recurso de apelação (art. 593, inc. I, do CPP), deve-se alegar, primeiramente, a  
2 atipicidade material do fato imputado a João em razão da aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, diante  
3 da primariedade e dos bons antecedentes do réu, do baixo valor global dos bens subtraídos, que, aliás, foram  
4 prontamente devolvidos ao estabelecimento-vítima, da ausência de emprego de violência ou grave ameaça e da  
5 confissão, estão preenchidos os requisitos para o reconhecimento da atipicidade material e aplicação do instituto,  
6 conforme julgados do STF (ausência de periculosidade social; mínima ofensividade da conduta; inexpressividade da  
7 lesão jurídica; e reduzido grau de reprovabilidade). Em seguida, deve-se alegar a tese relativa ao furto famélico, já  
8 que os bens seriam destinados ao sustento de João e de sua família, estando presente, portanto, o estado de  
9 necessidade (excludente de ilicitude) ou a inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade), havendo  
10 divergência a respeito do enquadramento legal do instituto. Também deverá ser apontada a coculpabilidade pela  
11 vulnerabilidade do autor, o que, para alguns, leva à exclusão da culpabilidade. Com efeito, João foi atingido pela  
12 crise de forma particularmente grave, tendo perdido seu emprego, motivo pelo qual praticou o delito em questão.  
13 Considerando que o Estado não propôs políticas públicas para salvaguardar os mais pobres, João não poderá ser  
14 considerado culpado por se encontrar em situação de maior vulnerabilidade. Ainda que não sejam acolhidos tais  
15 argumentos, deve-se pontuar que a absolvição é de rigor em razão da existência de crime impossível (art. 17 do CP),  
16 já que João, com os meios elegidos, jamais teria consumado o delito, devendo-se afastar a Súmula 567 do STJ. De  
17 todo modo, ainda que não sejam reconhecidos tais pedidos, deve-se desclassificar o delito para o previsto no art.  
18 155, §2º, do Código Penal (furto privilegiado), eis que o réu é primário e os bens subtraídos possuíam baixo valor.  
19 Caso seja mantida a condenação, deve-se pleitear a fixação da pena-base no patamar mínimo legal, pois as  
20 circunstâncias judiciais não são desfavoráveis; na segunda etapa, deve-se afastar a agravante, já que a crise torna  
21 justificável a atitude do réu, que não foi beneficiado por qualquer programa governamental; por este motivo, aliás,  
22 deve-se pleitear a aplicação da atenuante inominada (artigo 69 do Código Penal) e, ainda, a atenuante relativa à  
23 confissão espontânea, afastando-se o óbice da Súmula 231 do STJ; ainda, deve-se reconhecer a tentativa, com a  
24 diminuição da reprimenda em seu grau máximo. Por fim, deve-se requerer a fixação do regime aberto e a  
25 substituição da pena por restritivas de direitos.



Oi, pessoal!

A questão era bastante longa e demandava o domínio de diversos institutos do Direito Penal. Como vocês perceberam, não havia espaço para divagar sobre cada um deles, o que foi pensado propositalmente, já que é comum que em provas de concurso seja exigida a abordagem de muitos temas, sem que haja espaço e tempo para uma resposta bem completa. Portanto, além de treinar temas de Direito Penal, treinamos também a capacidade de utilização do tempo e espaço na elaboração de uma boa questão de segunda fase! Além disso, essa questão poderia facilmente ser transformada em uma peça processual cobrada em segundas fases de concursos públicos, então vocês também já foram treinados para isso.

De todo modo, não desanimem se vocês não conseguiram uma boa pontuação, não manejaram bem o tempo ou ficaram um pouco “perdidos” com a organização: tudo isso é absolutamente NORMAL! O importante é que vocês treinem muito para que nada disso atrapalhe vocês no dia da prova!

Feitos estes esclarecimentos, vamos ao gabarito comentado!

### 1) Medida processual cabível

Em razão da prolação de sentença condenatória, a medida processual cabível no caso concreto era o **recurso de apelação**, com base no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal. Esclareça-se que não era caso de oposição de embargos de declaração, pois, de acordo com o enunciado, vocês deveriam presumir que o Juiz se manifestou fundamentadamente a respeito de todas as teses apresentadas pelas partes.

### 2) Atipicidade material – princípio da insignificância

Pelo princípio da insignificância ou bagatela (própria) há um afastamento da tipicidade material da conduta, porque a lesão ao bem jurídico tutelado é mínima.



Salienta-se, por oportuno, que o princípio da insignificância não afasta a tipicidade formal, porque permanece a subsunção da conduta ao tipo penal.

Em 2004 que o STF firmou o entendimento de que para a aplicação do princípio são necessários os seguintes requisitos: **(i)** mínima ofensividade da conduta do paciente; **(ii)** ausência de periculosidade social da ação; **(iii)** reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; **(iv)** inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso, diante da primariedade e dos bons antecedentes do réu, do baixo valor global dos bens subtraídos, que, aliás, foram prontamente devolvidos ao estabelecimento-vítima, da ausência de emprego de violência ou grave ameaça e da confissão, estão preenchidos os requisitos para o reconhecimento da atipicidade material.

**Importante:** O STJ tem estabelecido como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto o critério de valor do bem subtraído até 10 % (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Isso não quer dizer que a aplicação do princípio não pode ser requerida pela Defensoria Pública quando o valor da res furtiva exceder ao valor estabelecido como critério, porém se dever mencionar na resposta o referido entendimento apenas quando beneficiar o assistido.

**Obs.:** Não confundir com o parâmetro aplicável ao furto privilegiado – valor do bem subtraído não superior ao valor estabelecido para o salário mínimo vigente à época dos fatos.

**Informações adicionais (não se relacionam ao caso em análise):**

Majoritariamente não se admite a incidência da bagatela quanto a crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, sendo este o entendimento do STJ e STF. Contudo, nesse caso, deve ser requerida a desclassificação para crimes subsidiários, tais como, lesões corporais e constrangimento ilegal.



Como exemplo, temos o crime de roubo, que é complexo (subtração de coisa alheia móvel + violência ou grave ameaça). Constatada a insignificância da subtração e permanecendo apenas a violência ou grave ameaça, deve ser requerida a desclassificação para crimes subsidiários, tais como, lesões corporais e constrangimento ilegal. Nesse sentido:

***Tese Institucional 88 DP/SP:*** *Caso o bem subtraído seja insignificante, é possível a desclassificação do crime de roubo para o crime subsidiário. (V Encontro Estadual - 2012)*

*“A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Apesar disso, na prática, observa-se que, na maioria dos casos, o STF e o STJ negam a aplicação do princípio da insignificância caso o réu seja reincidente ou já responda a outros inquéritos ou ações penais. De igual modo, nega o benefício em situações de furto qualificado. STF. Plenário. HC 123108/MG, HC 123533/SP e HC 123734/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 3/8/2015 (Info 793). A jurisprudência do STJ tem afastado a aplicação do princípio da insignificância aos casos em que o agente é contumaz na prática delitiva, por evidenciar maior grau de reprovabilidade do comportamento, salvo quando ínfimo o valor do bem subtraído”. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1509985/RJ, Rel. Min. Nei Cordeiro, julgado em 17/04/2018.*

*“A aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada nas hipóteses de furto qualificado, tendo em vista que tal circunstância denota, em tese, maior ofensividade e reprovabilidade da conduta. Deve-se, todavia, considerar as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, de maneira a verificar se, diante do quadro completo do delito, a conduta do agente representa maior reprovabilidade a desautorizar a aplicação do princípio da insignificância”. STJ. 5ª Turma. Agrega no Ares 785755/MT, Rel. Min.*



*Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/11/2016. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 746011/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05/11/2015.*

### **3) Excludente de ilicitude x culpabilidade – furto famélico**

O furto famélico é aquele praticado para saciar a fome de quem o pratica ou de terceiros, quando comprovada a situação de carência econômica. Há divergência quanto a natureza jurídica do instituto: **(i)** excludente de tipicidade material; **(ii)** excludente de ilicitude por estado de necessidade; **(iii)** excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. É importante apresentar todos esses fundamentos.

Costuma-se exigir: **(i)** perigo atual, caracterizado pela situação de fome; **(ii)** agente não possui condições lícitas, principalmente financeiras, para saciar a sua fome ou de terceiro; **(iii)** razoabilidade no objeto furtado (exemplo: alimentos excessivamente caros costumam enfrentar certa resistência jurisprudencial); **(iv)** adequação: objeto furtado deve ser capaz de atenuar/eliminar o perigo atual (saciar a fome).

### **4) Excludente de culpabilidade – coculpabilidade pela vulnerabilidade**

A coculpabilidade significa reconhecer que nem sempre o autor do fato é isoladamente responsável pelo ato praticado, devendo-se reconhecer também a responsabilidade de toda a sociedade/Estado no crime. Justamente daí que vem o prefixo “co-”, que significa simultaneidade, companhia. Ou seja, a coculpabilidade significa conjunto de culpabilidades.

Trata-se de reconhecer que, em muitos casos, o autor do fato foi levado à prática do crime não apenas por sua vontade (livre-arbítrio), mas também foi influenciado pelo meio em sua ação (determinismo).

A Constituição Federal garante o direito ao mínimo existencial para vida digna a todos.





Assim, políticas públicas que garantam o mínimo de direitos sociais ao indivíduo são imperativas, não fazendo parte do campo de discricionariedade do administrador. Direitos sociais mínimos devem ser reconhecidos como direito subjetivo do cidadão, passíveis de exigência em face Estado.

Contudo, não é o que vemos na prática, observando grande número de hipervulneráveis em nossa sociedade, sem saúde, sem alimentação, sem emprego, sem educação, entre outras medidas básicas para a vida sadia.

A questão traz justamente uma hipótese de pessoa hipervulnerável que praticou um fato supostamente típico em situação de extrema necessidade, causada também por ausência de política pública estatal para enfrentar a crise causada pelo COVID-19. Digo que o fato é supostamente típico, pois sabemos que, na verdade, a análise da questão não passaria sequer pela fase da tipicidade, pois o fato é atípico materialmente pela insignificância. Esta tese que estamos tratando é subsidiária.

A questão deixa claro que o autor perdeu seu emprego e não teve nenhum suporte estatal durante a crise COVID-19, ficando totalmente desamparado. A ausência de política estatal no caso levou o autor a uma situação de violação aos seus direitos mínimos existenciais para que tivesse uma vida digna. Sem ter outros meios para se alimentar e alimentar à sua família, tentou subtrair os bens do mercado.

É importante ter isso em mente na hora de realizar as questões. Sempre que vir à cabeça de vocês “ah, mas aqui ele não tinha o que fazer” ou “não tinha outra saída”, isso é um forte indicativo de que cabe o argumento de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa significa dizer, que nas condições concretas em que o autor do fato estava, não lhe é esperado que agisse de outra forma. Provavelmente, outra pessoa nas mesmas condições, agiria da mesma forma.



No caso que estamos tratando, a coculpabilidade estatal está configurada justamente na omissão em garantir ao autor direitos mínimos existenciais durante a crise de COVID-19, fato que foi determinante para ele fizesse o ato.

Quando entendermos que a omissão estatal é determinante na ação, então podemos aplicar a excludente de culpabilidade pela coculpabilidade, que não deixa de ser uma forma de inexigibilidade de conduta diversa. Por outro lado, quando a omissão estatal apenas influenciou a ação, também podemos defender a coculpabilidade na aplicação da atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal.

A seguir, copio a lição de Rogério Greco sobre o assunto.

*“A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus ‘supostos cidadãos’. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.” (...)*

*“Mas, na prática, como podemos levar a efeito essa divisão de responsabilidade entre a sociedade e aquele que, em virtude de sua situação de exclusão social, praticou determinada infração penal? Não podemos, obviamente, pedir a cada membro do corpo social que cumpra um pouco da pena a ser aplicada. Assim, teremos, na verdade, duas opções: a primeira, dependendo da situação de exclusão social que se encontre a*



*pessoa que, em tese praticou um fato definido como crime, será a sua absolvição; a segunda, a aplicação do art. 66 do Código Penal.”*

#### **5) Crime impossível**

Segundo o enunciado, João foi flagrado pelos funcionários do estabelecimento através das câmeras de vigilância, de modo que, após passar pelo caixa sem pagar, foi abordado pelo segurança já na via pública, não tendo apresentado qualquer resistência.

Assim, uma das teses defensivas que devemos utilizar é a alegação de que a conduta de João constituiu **crime impossível**, por ineficácia absoluta do meio, o que leva ao reconhecimento da atipicidade.

Devemos lembrar que o crime impossível vem disciplinado no artigo 17 do Código Penal: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

O CP adota a teoria objetiva acerca da punibilidade do crime impossível, ou seja, entende-se que a tentativa só é punível quando o início da execução representa um perigo objetivo para o bem jurídico tutelado. Assim, quando os meios utilizados pelo agente são inadequados à produção do resultado ou o objeto visado pelo agente é inidôneo à prática delitiva, a tentativa não merece ser punida, pois configura um irrelevante penal.

No caso de João, portanto, o meio por ele utilizado para furtar foi absolutamente ineficaz, pois como existia um sistema de vigilância no estabelecimento, não haveria nenhuma chance de ele conseguir consumar o furto sem ser visto e impedido.

Ocorre que esse não é o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, havendo súmula do STJ em sentido contrário:



*Súmula 567-STJ: Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto (STJ. 3ª Seção. DJe 29/02/2016).*

O STJ entende que, embora os mecanismos de vigilância tenham por objetivo evitar a ocorrência de furtos, sua eficiência não é total, ou seja, eles não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de furtos nestes locais. Existem muitas variáveis que podem fazer com que, mesmo havendo vigilância eletrônica, o agente tenha êxito na consumação do crime. Ou seja, não é possível falar em ABSOLUTA ineficácia do meio, mas apenas relativa.

#### **6) Furto privilegiado**

O enunciado indica que João é primário e portador de bons antecedentes; ademais, os bens subtraídos têm pequeno valor (R\$ 60,00).

Diante disso, subsidiariamente, em observância ao princípio da eventualidade, deve-se requerer o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 155, §2º, do CP: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

O critério adotado pelo STJ para determinar o que constitui pequeno valor é o salário mínimo vigente à época dos fatos, ou seja, a avaliação dos bens subtraídos não pode ultrapassar esse valor (STJ, AgRg no REsp 1785985/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019). Já para a aplicação do princípio da insignificância, lembre-se, o STJ definiu o valor de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos como critério (STJ, AgInt no HC n. 299.297/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 31/5/2016) – o que deve ser questionado na prática da defensoria, pois é um patamar muito baixo.



Assim, no caso de João, subsidiariamente, caso não reconhecida a insignificância ou qualquer das demais teses de mérito, deve-se requerer a aplicação da causa de diminuição do art. 155, §2º, do CP, mantendo-se somente a pena de multa, pois os bens subtraídos somam valor muito abaixo de um salário mínimo, tendo sido inclusive restituídos à vítima.

Nesse ponto, frise-se que não há um critério objetivo fixado pela lei ou pela jurisprudência para a determinação da benesse a ser aplicada quando do reconhecimento da referida causa de diminuição, ou seja, se a mera substituição da pena de reclusão pela de detenção, se a diminuição de um a dois terços, ou se a aplicação somente da pena de multa. Por esse motivo, a defesa deve ressaltar as circunstâncias que favorecem o réu, ou seja, aquelas que demonstram que a sua conduta não atingiu de forma significativa o bem jurídico tutelado pela norma penal.

#### **7) Teses subsidiárias**

As últimas teses a serem apresentadas dizem respeito à dosimetria da pena, em caso de manutenção da condenação de João pela prática do crime do artigo 155, *caput*, do Código Penal.

O artigo 68, *caput*, do Código Penal, estabelece o método trifásico de aplicação da pena que deve ser seguido pelos Juízes em caso de condenação:

*Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*

Na primeira fase da dosimetria, portanto, devemos observar o artigo 59 do Código Penal:

*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;*

*II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*

*III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*

*IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.*

De acordo com o enunciado, o Juiz aumentou a pena-base pela metade em razão das consequências do crime, já que, “caso o furto não fosse reprimido com rigor, todos os cidadãos começariam a subtrair mantimentos de mercados, padarias e outros estabelecimentos similares”.

Entretanto, esta observação, que, infelizmente, é muito utilizada na prática, não é fundamento idôneo para a elevação da pena de João. Como sabido, o Juiz deve individualizar a pena, conforme determina o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, e, para tanto, deve ater-se às circunstâncias do caso concreto e do agente, como previsto no artigo 59 do Código Penal.

Nesse sentido, a justificativa utilizada pelo magistrado não se enquadra em “consequências do crime” porque, além de não haver nenhuma prova nos autos que pudesse demonstrar a ligação entre a prática do delito em tela e o aumento da criminalidade, o que torna tal afirmação mera suposição, caso isso fosse admitido, João seria utilizado como “objeto”, como “exemplo” para a sociedade, o que viola o princípio da humanidade das penas.



No mais, ao decidir desta maneira, o Juiz utiliza a sentença para fins de política criminal, o que não se pode admitir, já que, como sabido, a política criminal é inicialmente traçada para que, com base nela, sejam elaboradas leis penais e processuais penais que posteriormente serão aplicadas pelo Juiz; ou seja, o magistrado não tem competência para elaborar a política criminal, tal qual o legislador e, em alguns casos, o chefe do Executivo, mas tão somente para aplicá-la.

Em razão da inidoneidade da fundamentação da sentença e diante da inexistência de circunstâncias judiciais negativas, deve-se pleitear a fixação da pena-base no mínimo legal, isto é, 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, nos termos do artigo 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal, o Juiz aumentou a pena em mais um sexto (1/6), eis que o delito foi praticado durante calamidade pública (crise provocada pela pandemia do coronavírus). Na prática, é muito difícil que o Juiz afastasse esta agravante, já que sua incidência é bastante clara na lei. No entanto, enquanto Defensorxs Públicxs, precisamos defender o seu afastamento, já que, no caso concreto, a pandemia de coronavírus, associada ao descaso do Poder Público na elaboração de políticas públicas que pudessem salvaguardar direitos durante a crise, levaram João a praticar o delito. Sendo assim, a calamidade pública, na verdade, justificaria sua atitude, tornando-a menos reprovável. Tendo isso em vista, bem como as explicações acerca da coculpabilidade pela vulnerabilidade, deve-se requerer o afastamento da agravante e, por outro lado, a diminuição da pena em razão da atenuante do artigo 66 do Código Penal, que prevê tal redução em casos de “circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. No mais, deve-se requerer a aplicação da atenuante relativa à confissão espontânea, nos termos do artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal. Importante ressaltar, ainda, a inaplicabilidade da Súmula 231 do STJ, que prevê que a pena não poderá ser fixada aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, entendimento que viola o princípio da legalidade.

Por fim, na terceira etapa do método trifásico, verifica-se a causa de diminuição relativa à tentativa:



Art. 14 - Diz-se o crime:

*I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;*

*II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

*Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.*

De fato, a jurisprudência do STJ e do STF foi recentemente pacificada no sentido de que, em casos como este, havendo inversão da posse, consuma-se o crime de furto; sendo assim, de acordo com a jurisprudência majoritária, não haveria qualquer diminuição da pena pela tentativa.

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da apprehensio (ou amotio), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: **Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.** 4. Recurso*





*especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado. (STJ, Terceira Seção, REsp 1524450/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 14/10/2015).*

Entretanto, enquanto Defensorxs Públicxs, devemos sempre defender que, em casos como este, não há que falar-se em consumação, já que não houve inversão da posse por tempo juridicamente relevante, muito menos posse mansa e pacífica; além disso, João foi preso em frente ao supermercado, tendo prontamente devolvido os bens que pretendia subtrair, o que reforça a inexistência de consumação.

Apresentados tais argumentos, e tendo em vista, como dito, que o réu foi detido pelos agentes do supermercado ainda em frente ao estabelecimento e devolveu todos os produtos que pretendia subtrair, deve-se requerer a diminuição máxima da reprimenda, isto é, na ordem de 2/3 (dois terços), uma vez que não houve qualquer lesão jurídica significativa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Portanto, a pena total e definitiva a ser aplicada é de 08 (oito) meses e 10 (dez) dias-multa, no piso legal (artigo 49, *caput*, do Código Penal).

Diante da quantidade de pena aplicada, da ausência de circunstâncias judiciais negativas e da primariedade de João, à luz do artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal:

*Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*

*§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*



*c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

*§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*

Ainda no que diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, é sempre importante lembrar das seguintes Súmulas:

*Súmula 718 do STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

*Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

*Súmula 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Também em razão da ínfima quantidade de pena aplicada e do preenchimento das demais condições legalmente previstas, deve-se requerer, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, §2º, do Código Penal:

*Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*

*I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;*



*II – o réu não for reincidente em crime doloso;*

*III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

*§ 1o (VETADO)*

*§ 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.*