

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 532

PENA – AGRAVANTE GENÉRICA (ART. 61, II, j, CP) – DELITO PRATICADO EM SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA – CARÁTER OBJETIVO.

A prática de crime em ocasião de ‘calamidade pública’ (art. 61, II, ‘j’ do Código Penal) constitui agravante genérica de natureza objetiva, bastando para sua incidência que o crime seja praticado nessa circunstância, sendo desnecessário provar que o agente tivesse intenção de valer-se de especial vulnerabilidade da vítima decorrente da situação.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO****Apelação Criminal nº 1512946-27.2020.8.26.0228**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos de Apelação Criminal nº 1512946-27.2020.8.26.0228, em que figura como apelante MARIO LIVRAMENTO JUNIOR, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, art. 255, § 2º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1 – RESUMO DOS AUTOS

O Juízo de Direito da 19ª Vara Criminal da Barra Funda – Comarca de São Paulo-SP condenou MARIO LIVRAMENTO JUNIOR como incurso no artigo 157, *caput*, do Código Penal, com incidência da agravante do art. 61, II, ‘j’, Código Penal (prática de crime durante estado de calamidade) à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e no pagamento em regime inicial fechado, além da pena pecuniária de 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal.

Segundo o apurado, no dia 17 de junho de 2020, por volta das 9h54, na Rua Pinheiro Guimaraes, 84, Vila Prudente nesta Cidade e Comarca de São Paulo, **durante ocasião de ‘calamidade pública’ decorrente da COVID-19 (DL nº 06/2020 e Mensagem Presidencial PR nº 93/2020)** subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, coisa alheia móvel consistente no valor de R\$ 300,00 em espécie (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 15/16), pertencente à vítima Edson.

Inconformado, o sentenciado interpôs recurso de apelação e, após o seu processamento, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 187/192).

Todavia, a Egrégia 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir as penas, afastando-se a agravante genérica da ‘calamidade pública’ prevista no art. 61, II, ‘j’, Código Penal.

Eis o teor do v. acórdão (fls. 197/206):

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal**Registro: 2020.0000808693****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1512946-27.2020.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIO LIVRAMENTO JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para reduzir as penas de Mario para quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, no piso, e para fixar regime prisional inicial semiaberto. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente), PAIVA COUTINHO E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de outubro de 2020.

XAVIER DE SOUZA**Relator**

Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por NILSON XAVIER DE SOUZA, liberado nos autos em 01/10/2020 às 17:08.
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1512946-27.2020.8.26.0228 e código 12B8884E7.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
11ª Câmara – Seção Criminal**VOTO Nº 50434****APELAÇÃO Nº 1512946-27.2020.8.26.0228****APELANTE: MARIO LIVRAMENTO JÚNIOR****APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO****COMARCA: SÃO PAULO – FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA****AÇÃO PENAL Nº 1512946-27.2020.8.26.0228****JUÍZO DE ORIGEM: 19ª VARA CRIMINAL****SENTENÇA: JUÍZA CAROLINA PEREIRA DE CASTRO****ÓRGÃO JULGADOR: 11ª CÂMARA CRIMINAL - FB**

Cuida-se de apelação interposta por MARIO LIVRAMENTO JÚNIOR contra a sentença de fls. 126/132, que, na 19ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, Foro Central Criminal Barra Funda, julgou procedente ação penal, condenando-o a cumprir, em regime prisional inicial fechado, vedado recurso em liberdade, a pena de cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão, e a pagar doze dias-multa, no piso, por infração ao disposto no artigo 157, *caput*, do Código Penal, em razão de fato ocorrido em 17 de junho de 2020, em ocasião de calamidade pública decretada pelo Decreto-Lei nº 6/2020 (COVID-19), por volta de 9h54, na Rua Pinheiro Guimarães, nº 84, Vila Prudente, quando subtraiu, para si, mediante grave ameaça, a importância de trezentos

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

reais em dinheiro, pertencente a Edson Carlos Livramento, seu irmão.

Sustenta, em resumo, o apelante (fls. 156/171), que o fato é atípico, pois não passou de um conflito familiar, em que exigiu que a vítima, seu irmão, lhe entregasse o dinheiro que lhe era devido; a vítima estava com uma faca na mão, cortando legumes, e apenas o desarmou. Não usou a faca contra ele nem o ameaçou. Busca a absolvição. Subsidiariamente, quer a fixação da pena-base no mínimo legal. Argumenta que absolvição imprópria e condenação por crime de posse de droga para uso próprio não geram mau antecedente e/ou reincidência. Insurge-se contra o aumento de um sexto em decorrência de o crime ter sido cometido em tempo de calamidade pública, pois a situação não contribuiu para a prática do delito. Quer o regime prisional aberto e cita Súmulas das cortes Superiores em abono de sua tese.

A sentença transitou em julgado para o Ministério Público em 4.8.2020 (fl. 149).

O recurso foi regularmente processado, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento (fls. 187/192).

É o relatório.

A materialidade do crime é certa,

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

emergindo da análise do auto de exibição e de apreensão (fls. 15/16).

No que concerne à autoria, no flagrante, Mario disse que foi ao Banco receber o auxílio-emergencial e constatou que já fora sacado. Foi até a casa de seus pais para falar com seu irmão Edson, pois achava que sua irmã Lara pegara o dinheiro. Edson estava na cozinha, cortando legumes; ele não gostou de ser indagado e virou-se com a faca, atingindo o interrogando, sem querer, no braço direito. Negou ter revidado. Edson chamou a polícia. Mario então saiu de casa e voltou meia hora depois, sendo detido pelos policiais, entregando-lhes o dinheiro (fl. 14).

Sob o crivo do contraditório, Mario falou que estava consumindo bebida alcoólica e drogas desde dois dias antes dos fatos e acabou o dinheiro. Foi procurar o irmão para receber mais dinheiro. Edson estava com uma faca na mão, cozinhando. Travaram pequeno embate, desarmou o irmão, jogou a faca e recebeu o dinheiro que queria, fruto do auxílio emergencial (*link onedrive* fl. 142).

Apesar da versão do réu, as provas amealhadas o comprometem e a solução condenatória com elas é compatível.

A vítima Edson disse que estava em sua casa, cozinhando, quando o réu chegou, agressivo, perguntando “cadê o meu dinheiro?”. Mário conseguiu pegar a

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

faca de sua mão e a usou para ameaçá-lo caso não lhe entregasse o dinheiro. Com medo, Edson entregou todo o dinheiro que tinha no bolso para seu irmão e correu para a rua, batendo a mão e o nariz na parede do terraço da casa. Assim que saiu da moradia, pediu ajuda para policiais que passavam. Mário já tinha fugido. Trinta minutos depois, o apelante voltou e a vítima então chamou a polícia, que o deteve. Mário já esteve preso; ele misturava álcool com drogas e ficava descontrolado e violento. Teve medo de ser morto pelo irmão (fl. 13).

Em Juízo, Edson explicou que Mario arrombara a gaveta de seu pai atrás de dinheiro. Seu pai quis ir até a Delegacia do Ildoso. Mario estava alterado, pois tinha ido ao Banco sacar um benefício, mas não havia mais benefício e ele depredou a agência. O acusado voltou para casa e entrou em conflito com a vítima depoente enquanto ela estava cozinhando, com uma faca na mão. Mario segurou o depoente. Ficaram no empurra-empurra. O acusado exigia o dinheiro, que Edson acabou dando. Mario não usou a faca enquanto exigia o dinheiro. Ao sair de casa, Edson viu policiais, que vinham do Banco e perguntavam se fora ele a pessoa que depredou a agência. Explicou-lhes que foi o irmão. Os policiais foram até a agência bancária e retornaram novamente para sua casa, prendendo o apelante (*link onedrive* fl. 142).

Os policiais Isaque e Fábio narraram que faziam patrulhamento de rotina quando

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

receberam notícia de desinteligência na casa do apelante e do réu, para onde se dirigiram. Foram recebidos por Edson, que lhes contou ter sido roubado pelo irmão, após ameaça de morte, com utilização de uma arma branca. Trinta minutos depois, conseguiram deter o réu, com uma lata de cerveja na mão e parte do dinheiro subtraído (fls. 11/12 e *link onedrive* fl. 142).

Assim, apesar do esforço da combativa Defesa, a prova amealhada é suficiente para a manutenção da condenação.

É preciso ter em mente que a vítima é o próprio irmão do apelante e, mesmo querendo amenizar os atos praticados, não conseguiu fazer com que tudo se tratasse de singelo conflito familiar. Mario queria dinheiro para consumir mais drogas e bebidas alcoólicas. Foi ao Banco sacar benefício do auxílio-emergencial decorrente da pandemia do COVID-19. Não conseguiu. Depredou a agência bancária. Foi para casa exigir o dinheiro que entendia lhe ser devido. Para conseguir seu intento, entrou em luta corporal com seu irmão, a vítima, que estava cortando legumes. Tirou a faca da mão de seu irmão. Continuou exigindo dinheiro e finalmente conseguiu. A descrição desta sequência, ainda que atenuada, amenizada ou abrandada, se enquadra claramente no crime de roubo. Ultrapassou o limite da simples discussão familiar, passou pelo embate físico e estacionou na subtração de dinheiro, mediante

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

violência e grave ameaça.

É inviável, então, sob qualquer ângulo que se examine a questão, o acolhimento da pretensão absolutória.

A pena-base partiu de um sexto acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes de fls. 40/41. Na segunda etapa do cálculo, houve aumento de um sexto pela reincidência (crime de posse de drogas para uso próprio) e por ter sido o crime cometido em ocasião de calamidade pública.

Pois bem, da análise dos antecedentes criminais do réu percebe-se que ele ostenta seis processos penais: dois resultaram em transação, um em absolvição imprópria e três em condenação pelo crime de posse de drogas para uso próprio. Transação e absolvição imprópria, por óbvio, não caracterizam mau antecedente ou reincidência. Já as condenações pelo crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 também foram definidas pelo Superior Tribunal de Justiça como não caracterizadoras de mau antecedente ou reincidência. Nesse sentido:

“...

2. O Agravado possui duas condenações anteriores, a primeira pela prática do crime do art. 16 da Lei n.º 6.368/76, transitada em julgado em 28/12/2005, e a segunda pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, transitada em julgado em 26/01/2010.

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

3. *Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o número de condenações anteriores, a gravidade do fato pretérito e o lapso temporal transcorrido desde a prática criminosa.*

4. *Ademais, a atual jurisprudência deste Tribunal Superior está firmada no sentido de que, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, punível com medidas muito mais brandas, não deve gerar tal efeito. Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.*

5. *Dessa forma, adequado o decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal transcorrido entre o cometimento dos crimes e a data da prática do delito de tráfico de drogas em comento.*

6. *Agravo regimental desprovido.”*

(AgRg no HC 520.646/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 21/10/2019).

Também é de rigor o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II alínea “j”, do Código Penal. Para exata compreensão do tema, confira-se ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

“53. Situação de desgraça particular ou calamidade públicas mais uma vez o legislador pretende punir quem demonstra particular desprezo pela solidariedade e fraternidade, num autêntico sadismo moral, aproveitando-se de situações calamitosas para cometer o delito. Vale-se da fórmula genérica e depois dos exemplos específicos. Constituem os gêneros da agravante: a) calamidade pública: que é a tragédia envolvendo muitas pessoas; b) desgraça particular ofendido: que é a tragédia envolvendo uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas. Como espécies desses gêneros temos o incêndio, o naufrágio e a inundação, que podem ser ora calamidades públicas, ora desgraças particulares de alguém. Ex: durante a inundação de um bairro, o agente resolve ingressar nas casas para furtar, enquanto os moradores buscam socorro.” (in Código Penal Comentado, 20ª edição, Editora Forense, 2020, pg. 401).

No caso concreto, embora incontestemente o estado de calamidade pública, não se verifica que o acusado tenha se aproveitado dessa situação para a prática do crime. A conduta do réu, que roubou o próprio irmão, não se amolda a exemplos hipotéticos de quem se aproveita de uma desgraça particular ou coletiva, como incêndio, enchentes, acidentes automobilísticos, entre outros, para praticar crimes contra vítimas que se encontram em posição de maior vulnerabilidade decorrente dessas situações.

Assim sendo, a pena-base do crime de roubo simples praticado pelo acusado deve ser agora estabelecida no mínimo legal e nesse patamar mantida, à míngua de outras causas de aumento ou redução, resultando

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
11ª Câmara – Seção Criminal

em quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, no piso.

O caso demanda readequação do regime prisional fechado para o inicial semiaberto, considerando o montante da pena e as peculiaridades do caso concreto.

Quanto ao artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, a alteração do regime prisional exige exame de aspectos que não constam dos autos (comportamento do agente na prisão e ainda informações precisas sobre sua situação carcerária), de modo que caberá ao Juízo das Execuções, para onde já foi encaminhada a Guia de Execução Provisória (fls. 151/152), analisar a questão.

Persistem os motivos que justificaram a manutenção da prisão ao longo da instrução, reforçados agora pela confirmação da condenação.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir as penas de Mario para quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, no piso, e para fixar regime prisional inicial semiaberto.**

XAVIER DE SOUZA**Relator**

Assim decidindo, a Egrégia Corte Estadual violou e contrariou o art. 61, II, 'j', Código Penal, autorizando a interposição do presente recurso especial, com base no art. 105, inciso III, **alínea "a"**, da Constituição Federal, para que prevaleça, no caso em tela, o seguinte entendimento:

"A prática de crime em ocasião de 'calamidade pública' (art. 61, II, 'j' do Código Penal) constitui agravante de natureza objetiva, bastando para sua incidência que o crime seja praticado nessa circunstância, sendo desnecessário provar que o agente tivesse intenção de valer-se de especial vulnerabilidade da vítima decorrente da situação".

2 – DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL (art. 61, II, 'j', Código Penal)

O art. 61, II, 'j', Código Penal está assim redigido:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; (g.n.)

Tem inteira aplicação à hipótese, a lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALLEIRO, para quem “... **denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro**” (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, “... **equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado**” (REsp 63.816, RTJ 51/126).

No caso em tela, indubitoso que o v. acórdão recorrido contrariou ou mesmo negou vigência a esse dispositivo de lei federal ao consignar expressamente que “*embora incontestado o estado de calamidade pública, não se verifica que o acusado tenha se aproveitado dessa situação para a prática do crime. A conduta do réu, que roubou o próprio irmão, não se amolda a exemplos hipotéticos de quem se aproveita de uma desgraça particular ou coletiva, como incêndio, enchentes, acidentes automobilísticos, entre outros, para praticar crimes contra vítimas que se encontram em posição de maior vulnerabilidade decorrente dessas situações*” (fls. 205).

Com efeito, o dispositivo mencionado, **tem caráter objetivo**, dependendo exclusivamente de reconhecimento de que o crime foi praticado durante estado de calamidade pública, circunstância que não foi negada no v. acórdão.

De fato, a ‘mens legis’ do dispositivo é justamente punir com mais rigor aquele que se determina à prática de crimes ***em período em que há maior vulnerabilidade social à prática delitiva e a vigilância das forças de segurança pública encontram-se em maior dificuldade de atuação ou repressão ao crime.***

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal Militar, apreciando a incidência de dispositivo quase idêntico do Código Penal

Militar (art. 70, II, 'j')¹ já se manifestou pelo caráter objetivo da mencionada circunstância agravante:

“Na segunda fase, não há o que reparar no que concerne à aplicabilidade da agravante do art. 70, inciso II, alínea j, do CPM (calamidade pública), uma vez que ostenta natureza objetiva e não se confunde com a intensidade do dolo, tampouco constitui bis in idem no tocante à insensibilidade do réu, que foi valorada de forma neutra” (STM – APL: 70007485620197000000, Relator: MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, j. 22.05.2020, publ. 22.06.2020).

Esse entendimento, aliás, vem em harmonia com a jurisprudência pátria, inclusive do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA nas hipóteses legais em que prevista a **agravação da pena por circunstâncias fáticas adversas, caracterizadoras de maior vulnerabilidade social.**

É o caso, por exemplo, da majorante do tráfico quando praticado nas **imediações de escolas** (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006). Por se tratar de circunstância de **natureza objetiva**, desnecessário a comprovação de que a mercancia destinava-se a atingir estudantes ou qualquer frequentador desses locais. De fato, a maior reprovação da conduta decorre do evidente incremento da vulnerabilidade social pela prática criminosa naquela circunstância de proximidade do estabelecimento de ensino:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA

¹ Art. 70. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, alagamento, inundação, ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

ELEITA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DO JUIZ SENTENCIANTE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES E DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES DELITUOSAS E POSSUI MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. *Verificando-se que as instâncias ordinárias, após o exame do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do paciente pelos delitos de tráfico de drogas e corrupção ativa, mostra-se inviável absolvê-lo por insuficiência de provas, como pretendido.*

2. *Para entender de modo diverso, proclamando-se a absolvição do paciente em relação aos delitos que lhe foram imputados, seria necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus, diante da celeridade do seu rito procedimental, notoriamente marcado pela ausência de dilação probatória.*

3. *Mostra-se inviável afastar a conclusão acerca de maus antecedentes quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado, geradora de maus antecedentes.*

4. *Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.11.343/2006 (53.420,92 g de cocaína).*

5. ***Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a estabelecimentos hospitalares e de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos das escolas.***

6. No caso dos autos, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base na elevada quantidade de drogas apreendidas (53.420,92 g de cocaína) e nas demais circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o sentenciado se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao crime de tráfico de drogas.

7. Reconhecida a ausência de bons antecedentes do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor também por esse motivo, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos possuidores de maus antecedentes.

8. Ordem denegada.

(HC 197.653/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 16/10/2012).

Em semelhante raciocínio, o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também pacificou o entendimento de que a circunstância da prática de **furto durante o período noturno** (art. 155, § 1º, Código Penal) é **objetiva**, sendo desnecessário comprovar que o agente se valeu da situação de efetivo ‘repouso da vítima’ para a prática delitiva. Por isso a majorante resta configurada ainda que o imóvel esteja desabitado ou que se trate de imóvel comercial. De fato, o período noturno é dessas situações em que a lei prevê o agravamento da pena pela evidente maior **vulnerabilidade social e das forças de segurança pública**:

*REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO MAJORADO. REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto, **independentemente de a vítima estar repousando ou não no momento dos fatos**. Precedentes.[...]3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 974.698/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)*

AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. ART. 155, § 1º, DO CP. FURTO CIRCUNSTANCIADO. PERÍODO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. POSSIBILIDADE.1. Para a incidência da causa especial de

umento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, faz-se suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, entre outros.2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1251465/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 20/02/2014)

Assim, inegável que **ao exigir, sem previsão legal**, a comprovação de que o réu tivesse intenção de valer-se de especial vulnerabilidade da vítima decorrente da situação calamitosa decretada oficialmente, afastando a agravante, o v. acórdão violou o art. 61, II, 'j', Código Penal.

Nem se diga, por fim, que o fato de a vítima ser 'irmão' do réu evitaria a incidência da agravante, já que a vulnerabilidade social e das forças públicas durante o período de calamidade não escolhe vítimas, atingindo a todos.

3. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada a contrariedade e negativa de vigência a dispositivos de lei federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO aguarda seja **deferido o processamento** do presente **RECURSO ESPECIAL**, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mereça **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO**, para a cassação do v. acórdão de fls. 197/206, com restabelecimento da r. sentença de fls. 134/140 no que tange à incidência da agravante genérica do art. 61, II, 'j', Código Penal.

São Paulo, 06 de outubro de 2020.

MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN

PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO

(PORTARIA Nº 6097/2016 – DOESP DE 02.06.2016)²

20 de 20

²http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2016/DO_02-06-2016.html