AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2300140 - SP (2023/0046766-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	BRAYAN HENRIQUE BRAGA DE ANDRADE
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		SERGIO ANDRE WEISE CHINEZ - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "J", DO CÓDIGO PENAL. PANDEMIA DE COVID-19. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E O CRIME. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto por réu condenado por tráfico de drogas, visando à revisão da dosimetria da pena em razão da aplicação da agravante prevista no art. 61, II, "j", do Código Penal, sob o fundamento de que não houve nexo de causalidade entre o crime praticado e o estado de calamidade pública decretado em razão da pandemia de Covid-19.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a agravante prevista no art. 61, II, "j", do Código Penal foi corretamente aplicada, considerando a ausência de nexo causal entre o crime e a calamidade pública; (ii) revisar a dosimetria da pena aplicada em razão da exclusão da referida agravante.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A incidência da agravante do art. 61, II, "j", do Código Penal exige a demonstração de um nexo de causalidade concreto entre a prática delitiva e o estado de calamidade pública, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp n. 2.183.508/SP).

4. No caso em exame, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a aplicação da agravante com base unicamente no fato de o crime ter sido cometido durante o estado de calamidade pública, sem, contudo, demonstrar qualquer vinculação específica entre o crime e as circunstâncias

Documento eletrônico VDA44689377 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:16:49
Publicação no DJEN/CNJ de 17/12/2024. Código de Controle do Documento: ef4161c2-9eb7-4062-ad1c-4641fd5c0f28

decorrentes da pandemia.
5. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a mera ocorrência do crime durante a vigência do estado de calamidade não é suficiente para a aplicação da agravante, sendo necessária a comprovação de que o agente se beneficiou das condições geradas pela pandemia para a prática do crime (AgRg no AREsp n. 2.458.453/SP).
6. A exclusão da agravante resulta na necessidade de refazimento da dosimetria da pena, mantendo-se, contudo, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, já reconhecidas pela instância inferior.
IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44689377 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:16:49
Publicação no DJEN/CNJ de 17/12/2024. Código de Controle do Documento: ef4161c2-9eb7-4062-ad1c-4641fd5c0f28

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0046766-1 **AREsp 2.300.140 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00217769820218260041 00217769820218260041152042015202182602281520420152021826022812412021

PAUTA: 26/11/2024 JULGADO: 26/11/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	BRAYAN HENRIQUE BRAGA DE ANDRADE
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		SERGIO ANDRE WEISE CHINEZ - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Documento eletrônico VDA44677268 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 27/11/2024 20:28:28
Código de Controle do Documento: 801760B8-A480-4BD1-BAFC-8D0F5E150EDE

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2300140 - SP (2023/0046766-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	BRAYAN HENRIQUE BRAGA DE ANDRADE
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		SERGIO ANDRE WEISE CHINEZ - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "J", DO CÓDIGO PENAL. PANDEMIA DE COVID-19. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E O CRIME. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto por réu condenado por tráfico de drogas, visando à revisão da dosimetria da pena em razão da aplicação da agravante prevista no art. 61, II, "j", do Código Penal, sob o fundamento de que não houve nexo de causalidade entre o crime praticado e o estado de calamidade pública decretado em razão da pandemia de Covid-19.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a agravante prevista no art. 61, II, "j", do Código Penal foi corretamente aplicada, considerando a ausência de nexo causal entre o crime e a calamidade pública; (ii) revisar a dosimetria da pena aplicada em razão da exclusão da referida agravante.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A incidência da agravante do art. 61, II, "j", do Código Penal exige a demonstração de um nexo de causalidade concreto entre a prática delitiva e o estado de calamidade pública, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp n. 2.183.508/SP).

4. No caso em exame, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a aplicação da agravante com base unicamente no fato de o crime ter sido cometido durante o estado de calamidade pública, sem, contudo, demonstrar qualquer vinculação específica entre o crime e as circunstâncias

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78

decorrentes da pandemia.
5. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a mera ocorrência do crime durante a vigência do estado de calamidade não é suficiente para a aplicação da agravante, sendo necessária a comprovação de que o agente se beneficiou das condições geradas pela pandemia para a prática do crime (AgRg no AREsp n. 2.458.453/SP).
6. A exclusão da agravante resulta na necessidade de refazimento da dosimetria da pena, mantendo-se, contudo, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, já reconhecidas pela instância inferior.
IV. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal a quo, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente alega que o acórdão recorrido contrariou o artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal, sob o argumento de que "No caso em tela, não há nenhum elemento concreto que demonstre que o apelante

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78

se valeu ou aproveitou do atual estado de calamidade pública ocasionada pelo vírus da Covid-19 para cometer o crime" (e-STJ, fl. 247).

Aduz, outrossim, que "A mera consignação de que tal situação “facilitaria” a ação por haver menor circulação de pessoas, não traz prova suficiente do nexo de causalidade da circunstância “calamidade pública” com o crime de tráfico pelo qual o apelante foi condenado, mesmo porque na data dos fatos a circulação de pessoas já estava normal." (e-STJ, fl. 247).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, no que importa ao caso, assim se manifestou (e-STJ, fls. 231/234, grifos acrescidos):

> *Assim, retorno a pena-base ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias- multa.*
>
> ***A agravante da prática do delito durante a pandemia deve prevalecer, uma vez que o cometimento de crimes nessas circunstâncias demonstra insensibilidade em relação às regras emanadas da solidariedade social. A vítima, no caso de calamidade pública, tem seu poder de defesa diminuído total ou parcialmente, o que torna a exigência de abstenção da conduta típica mais significativa do que em circunstâncias normais.***
>
> ***Não se pode olvidar que foi determinado o isolamento social durante a pandemia, facilitando, assim, a ação dos agentes, haja vista a menor circulação de pessoas pelas ruas.***
>
> ***Portanto, fica mantida a agravante da prática do crime durante calamidade pública.***
>
> *Igualmente correta a incidência da agravante da reincidência, reconhecida com arrimo em condenação anterior não atingida pelo lapso depurador, bem como da atenuante da confissão espontânea, sendo razoável a compensação de uma das duas agravantes com a atenuante e o consequente incremento da pena em 1/ 6, que se torna definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos.*
>
> *A reincidência justifica o regime fechado.*
>
> *O montante punitivo não permite a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.*
>
> *Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos, mantida no mais a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “*[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou*

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78

teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade" (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Quanto ao tema, destaca-se que "*[a] legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade"* (EDcl no HC n. 908.566/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024).

Da análise dos autos, constata-se que merece acolhimento a pretensão da Defesa, pois, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, "A incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal não é automática, sendo necessária fundamentação específica para demonstrar a existência do nexo de causalidade entre a prática delitiva e o estado de calamidade pública" (AgRg no AREsp n. 2.183.508/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 9/3/2023).

A análise das razões motivadas na origem indica que não se encontram em linha com o entendimento desta Corte. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. PRETENSÃO RECURSAL ENVOLVENDO MATÉRIAS ANTERIORMENTE APRECIADAS PELA CORTE SUPERIOR EM HABEAS CORPUS CONEXO. REITERAÇÃO COM IDÊNTICOS FUNDAMENTOS E PEDIDOS NO RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS.* ***TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. AGRAVANTE. CALAMIDADE PÚBLICA. ART. 61, INCISO II, ALÍNEA "J", DO CP. NEXO***

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78

CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. *AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

1. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial com fundamento na Súmula n. 182/STJ, porquanto não impugnada especificamente a incidência dos óbices apontados pela Corte a quo como razões de decidir para a inadmissão do recurso especial (e-STJ fls. 746/747). Nas razões do regimental (e-STJ fls. 752/757), por sua vez, o agravante deixou de infirmar especificamente os referidos entraves, limitando-se a apresentar alegações genéricas e a reiterar o mérito do recurso especial.

2. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de não conhecimento do agravo em recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.

3. Ademais, a análise anterior das matérias objeto do recurso especial nos autos de habeas corpus impetrado com idênticos fundamentos e pedidos implica perda de interesse recursal e prejudicialidade da pretensão recursal. Precedentes.

4. Na espécie, as teses atinentes à ilegalidade da atuação da guarda civil municipal e à violação de domicílio foram anteriormente apreciadas por este Superior Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus n. 855.928/SP. Assim, ainda que superado o entrave anteriormente mencionado, seria inafastável o reconhecimento da prejudicialidade do recurso, quanto a esses aspectos.

5. Verificada, de ofício, a ocorrência de ilegalidade quanto à incidência da agravante da calamidade pública, na segunda fase da dosimetria, revela-se necessária a concessão de habeas corpus quanto a esse aspecto.

6. É firme jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea "j", do CP pressupõe a existência de situação concreta que demonstre que o agente se prevaleceu do estado de calamidade pública gerado pela pandemia para o cometimento do crime, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes.

7. ***Na espécie, o Tribunal a quo manteve a aplicação da agravante do estado de calamidade pública, na segunda fase da dosimetria, em decorrência unicamente do fato de o delito ter sido praticado na vigência do estado de calamidade, decretado em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Inidônea, portanto, a incidência da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea "j", do CP, na hipótese dos autos, mostrando-se de rigor o seu decote.***

8. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus, para afastar a incidência da agravante da calamidade pública, redimensionando as penas do recorrente.

(AgRg no AREsp n. 2.458.453/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78

8/3/2024) (grifos acrescidos).

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. AUMENTO VÁLIDO. INAPLICABILIDADE DA MINORANTE ESPECIAL DA LEI DE DROGAS. ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. DELITO COMETIDO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19. FALTA DE NEXO DE CAUSALIDADE. AGRAVANTE EXCLUÍDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.*
> *1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.*
> *2.* ***A incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea "j", do Código Penal - prática do delito durante estado de calamidade pública gerado pela pandemia do coronavírus - exige nexo entre tal circunstância e a conduta do agente, o que não foi demonstrado nos autos.***
> *3. Recurso provido, em parte, para excluir a agravante do estado de calamidade pública, resultando a pena final do agravante em 6 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 600 dias-multa. (AgRg no HC n. 717.298/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 2/3/2022) (grifos acrescidos).*

Necessário, portanto, o refazimento da dosimetria da pena.

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada no mínimo legal, isto é, em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 dias-multa.

Na **segunda fase**, afasta-se a agravante contida no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal, porém mantém-se a agravante da reincidência, bem como a atenuante da confissão espontânea reconhecidas pelo Tribunal *a quo*, pelo que fica a pena mantida no mesmo patamar.

Na **terceira fase**, inexistentes causas de aumento ou de diminuição, fica a pena estabelecida, definitivamente, em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 dias-multa, no regime inicial fechado (em virtude da reincidência).

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78

Ante o exposto, conheço do agravo para **dar provimento ao recurso especial**, para reduzir a reprimenda corporal para 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado (em virtude da reincidência), mais 500 dias-multa.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44690260 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 28/11/2024 12:18:34
Código de Controle do Documento: ed1943df-7abe-4eca-8b21-dcbfdd877e78