

A pandemia de covid-19, a agravante da calamidade pública e o dever de fundamentação na dosimetria da pena

Fernando Pereira de Azevedo

Analista do MPU. Assessor Jurídico-Penal em Gabinete de Subprocurador-Geral da República. Mestrando em Direito Penal Econômico e Combate à Corrupção pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, com foco direcionado para a dosimetria da pena. Tal preceito é uma garantia constitucional prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Embora tenha estatura e previsão constitucional, o referido princípio é frequentemente desrespeitado pelo Poder Judiciário de primeira e segunda instância em suas decisões, o que comumente acarreta o manejo de numerosos recursos, ou mais precisamente a interposição de *habeas corpus*, utilizado equivocadamente como sucedâneo recursal, obrigando a manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre as mais variadas questões, sempre com o propósito de oferecer a adequada prestação do serviço jurisdicional. Com o objetivo de demonstrar como esse problema ocorre na prática, será utilizada como objeto de estudo a recente problemática sobre a aplicação da circunstância agravante referente à calamidade pública (art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal) motivada pela pandemia de covid-19, focada nos casos ocorridos na jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, além da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao assunto. O ponto controvertido sobre o tema reside na discussão acerca da natureza objetiva ou subjetiva da referida agravante. Cumpre esclarecer que a pesquisa realizada é do tipo documental, pois compreende um trabalho metódico e objetivo, através da leitura, análise, síntese, reflexão e interpretação da informação produzida por outros autores, para dar origem a um novo enfoque, utilizando como fonte principal os documentos escritos e os precedentes judiciais.

Palavras-chave: pandemia de covid-19; agravante da calamidade pública; princípio do dever de fundamentação das decisões judiciais; dosimetria da pena.

Sumário: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 A incidência da agravante da calamidade pública pelo viés da natureza objetiva e sua predominante aplicação pelo Tribunal de Justiça bandeirante. 2.2 A incidência da agravante da calamidade pública pelo viés da natureza subjetiva e sua recepção pelo Superior Tribunal de Justiça. 2.3 O princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais e a dosimetria da pena. 3 Conclusão.

1 Introdução

Em 31 de dezembro de 2019, a China comunicou oficialmente à Organização Mundial da Saúde (OMS) o surgimento de uma nova doença de etiologia desconhecida que 71 dias depois, em 11 de março de 2020, seria caracterizada como pandemia pela OMS (OPAS, [202-]). Em 26 de fevereiro de 2020, houve a confirmação do primeiro caso do novo coronavírus no Brasil, mais precisamente, um cidadão do sexo masculino de 61 anos em São Paulo (CORONAVÍRUS:..., 2020). Desde então, de acordo com o painel eletrônico do Ministério da Saúde, até as 12h do dia 31 de julho de 2022, no Brasil ocorreram 33.813.587 casos confirmados de infecção pela covid-19, dos quais 678.486 evoluíram para óbito.

Indubitavelmente, trata-se de uma tragédia humanitária, ainda sem previsão de término. Importante ressaltar que a pandemia de covid-19 se somou a outros problemas já existentes na sociedade brasileira, e, no que toca ao Direito Penal, em que pese existam dados indicando a diminuição da prática de delitos, especialmente de crimes contra o patrimônio (MONTEIRO; CARVALHO; GOMES, 2021; COSTA, 2021), a prática de ilícitos penais seguiu ocorrendo normalmente no transcorrer da aludida pandemia. De acordo com o relatório *Justiça em números 2021* (CNJ, 2021, p. 216) – desde já se ressalta que ainda não foi lançada a edição 2022 –, em 2020 foram distribuídos 386.922 novos feitos criminais somente no Estado de São Paulo.

Em prosseguimento, repisa-se que o primeiro caso de covid-19 no Brasil foi notificado justamente na capital paulista, em 26 de fevereiro de 2020, motivo pelo qual se depreende que a maioria dos crimes ocorridos naquele ano foram praticados no decorrer da pandemia. Outro

dado relevante é que o estado de calamidade pública foi reconhecido pelo Governo Federal em 20 de março de 2020, com a publicação do Decreto Legislativo n. 6/2020, mesma data em que o Governo do Estado de São Paulo adotou atitude equivalente com a publicação do Decreto Estadual/SP n. 64.879/2020. Tendo essas informações como norte, consigna-se que, para o cometimento de crimes em momentos de calamidade pública, o art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal prevê que a dosimetria da pena será agravada. Por oportuno, transcreve-se o aludido dispositivo normativo:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

[...]

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou *qualquer calamidade pública*, ou de desgraça particular do ofendido; [...]. (Grifo nosso).

Destaca-se, entretanto, que existe divergência para aplicação da aludida agravante nos casos concretos, que pode ser delimitada pela existência de duas correntes, a saber: (I) a primeira entende que a aplicação da referida agravante prescinde do nexó de causalidade ou correlação com a infração penal, tendo em vista tratar-se de circunstância objetiva observada à época do fato (natureza objetiva); e (II) já a segunda interpreta que a aplicação da agravante da calamidade pública demanda justificativa que demonstre como o agente se beneficiou da aludida causa na prática do crime (natureza subjetiva).

Ressalta-se que a questão apresentada tem sido objeto de múltiplos processos em curso ou já decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ); inclusive, diante dos numerosos feitos, tal conteúdo foi abordado na edição 180 da publicação *Jurisprudência em Teses*, periódico elaborado pela Secretaria de Jurisprudência da Corte Superior, e que tem como propósito a pesquisa de diversos entendimentos do STJ sobre temas específicos, escolhidos justamente pela sua elevada significância no âmbito jurídico e também pelo sortimento de processos em que são debatidos.

Percebe-se, pelo argumento exposto no parágrafo anterior, a acentuada controvérsia sobre o tema, razão pela qual se faz necessário

averiguar qual das duas correntes deve prevalecer. Dessa forma, o artigo terá por objetivo analisar o art. 61, inciso II, alínea *j*, do Código Penal, e, especialmente, o seguinte questionamento: a aplicação da agravante da calamidade pública para os crimes cometidos no decorrer da pandemia de covid-19 deve ser feita de forma automática por tratar-se de circunstância objetiva, ou demanda, necessariamente, a demonstração de como a pandemia de covid-19 facilitou a execução da prática delitiva pelo agente?

Com esse propósito, o estudo será dividido em três partes: na primeira, analisar-se-ão a natureza objetiva da agravante da calamidade pública, de sua adoção como tese pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, e a sua aplicação com predominância pelo Tribunal de Justiça bandeirante. Após, procurar-se-á demonstrar o posicionamento contrário, ou seja, a natureza subjetiva da agravante da calamidade pública e sua adoção de forma pacífica pelo Superior Tribunal de Justiça. Por derradeiro, refletir-se-á sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, mais especificamente no que toca à dosimetria da pena, e como o entendimento da Corte que possui como atribuição conferida pela Constituição da República a tarefa de uniformizar a interpretação sobre a legislação federal em todo o Brasil sugere, ainda que indiretamente, a violação ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, pois não basta afirmar a adequação da norma ao fato, mas também esclarecer detalhadamente o porquê da referida decisão.

Consigna-se que este estudo se deterá na análise sobre os feitos criminais provenientes do Estado de São Paulo, notadamente em razão de a Corte bandeirante concentrar o maior acervo de ações penais do Brasil, acervo que, de acordo com o relatório *Justiça em números 2021* (CNJ, 2021, p. 216), foi estimado em 2020 em 1.937.984 processos criminais, montante em que não estavam incluídas as execuções penais.

Evidenciadas, como se vê, a atualidade do tema apresentado e a sua adequação à temática da disciplina Fundamentação das Decisões Judiciais e Precedentes Judiciais no Processo Penal. Por derradeiro, destaca-se que o tema deste estudo se amolda ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 16, mais precisamente o n. 16.3, da Organização das Nações Unidas (ONU), através do qual o Brasil se compromete a promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

2 Desenvolvimento

2.1 A incidência da agravante da calamidade pública pelo viés da natureza objetiva e sua predominante aplicação pelo Tribunal de Justiça bandeirante

Para a corrente que defende a natureza objetiva da agravante da calamidade pública, basta que a prática do ilícito penal tenha ocorrido na vigência do Decreto Estadual/SP n. 64.879/2020 para que a exasperação da pena ocorra, tendo em vista que a mera existência de uma relação causal entre o comportamento e a existência do estado emergencial é suficiente para a sua incidência. Nesse sentido, Greco (2021, p. 170) assevera:

[...] Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgrça particular do ofendido

Quando a infração penal é cometida durante a ocorrência de uma calamidade pública, a exemplo daquelas mencionadas pela alínea j (incêndio, naufrágio ou inundação) ou mesmo durante uma pandemia, existe um natural enfraquecimento na proteção de determinados bens, facilitando, sobremaneira, a ação criminosa do agente. A prática de infração penal durante situações calamitosas é fator demonstrativo da insensibilidade do agente, que, além de não se importar com o infortúnio alheio, ainda contribui para o maior sofrimento. A agravante será aplicada, também, na hipótese de desgrça particular do ofendido, ou seja, além daquela situação de calamidade pública, que atinge um número considerável de pessoas, preocupou-se a lei penal também com a particular situação do ofendido. Celso Delmanto diz que a última parte da mencionada alínea “refere-se ao aproveitamento de situação de luto, acidente ou enfermidade da vítima ou de seus familiares”, podendo-se acrescentar a essas hipóteses quaisquer outras que atinjam o ofendido de modo a deprimi-lo, fazendo com que fique por demais fragilizado, a exemplo da separação judicial da vítima, a internação de um de seus filhos para a realização de tratamento de desintoxicação etc. [...]. (Grifo nosso).

Esse é o entendimento adotado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em suas iniciais acusatórias. O *Parquet* estadual editou inclusive um enunciado para orientar a atuação dos seus membros sobre esse tema, o qual, por oportuno, se transcreve a seguir:

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.

Registre-se, ainda, que o mesmo entendimento vem sendo adotado amplamente pelo Tribunal de Justiça bandeirante, conforme se verifica no trecho a seguir citado, extraído dos autos da Apelação Criminal n. 1500410-47.2021.8.26.0228:

[...] "3.2. na segunda fase do procedimento sancionatório o preclaro julgador reconheceu a atenuante da menoridade relativa e a compensou com a agravante da reincidência específica (cf. certidão acostada a fls. 82/3); após, elevou as penas na fração de 1/6 (um sexto) em razão da circunstância referida no artigo 61, inciso II, alínea j, do estatuto repressivo. *Não se há falar em afastamento de tal circunstância, tendo em vista que a infração foi realmente praticada durante o período de calamidade pública instituído pelo Decreto nº 64.879, de 20 de março de 2020, do Estado de São Paulo. Cumpre salientar que se trata de agravante de caráter objetivo, não se exigindo, portanto, outro requisito que não a mera existência do estado de emergência, a atribuir maior grau de reprovabilidade às condutas ilícitas perpetradas durante sua vigência.*" [...]. (Grifo nosso).

Além desse julgado, outro indicativo que demonstra o posicionamento adotado pela aludida Corte estadual sobre o tema é a multiplicidade de acórdãos provenientes desse Tribunal que são questionados perante o Superior Tribunal de Justiça, o que inclusive foi abordado na edição n. 180 do periódico *Jurisprudência em Teses*, publicação feita pela Secretaria de Jurisprudência do STJ com os assuntos mais debatidos pela Corte Superior. Destaca-se que absolutamente todos os julgados selecionados para o referido boletim são provenientes do Estado de São Paulo, conforme se verifica a seguir:

HC 660930/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021; AgRg no HC 677124/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA

TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021; *AgRg* no HC 655924/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 10/05/2021; HC 679504/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2021, publicado em 08/10/2021; HC 698646/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2021, publicado em 08/10/2021; HC 680735/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2021, publicado em 08/10/2021. (Grifos nossos).

No próximo subitem, serão abordadas a incidência da agravante da calamidade pública motivada pelo viés da natureza subjetiva e a recepção desse entendimento pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

2.2 A incidência da agravante da calamidade pública pelo viés da natureza subjetiva e sua recepção pelo Superior Tribunal de Justiça

Em contrapartida, a segunda corrente defende a natureza subjetiva da norma, uma vez que não basta que o fato delituoso tenha sido praticado no estado emergencial, pois a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal pressupõe o aproveitamento da situação de calamidade pública para a prática do crime em decorrência de fragilidade ocasionada à vítima pelo evento danoso. Nesse sentido, prelecionam Delmanto *et al.* (2016, p. 271):

[...] “Essa circunstância implica maior gravidade do injusto, de modo a agravar o desvalor da ação, dado que a produção do resultado delituoso revela-se mais provável. *É necessário que o agente tenha se aproveitado, de modo consciente e voluntário, da ocasião ou do momento particularmente difícil em que se encontra a vítima, com o fim de dificultar sua defesa.* Tal agravante também se fundamenta em razões político-criminais, pois o agente pode prevalecer-se das circunstâncias não apenas para debilitar a defesa da vítima, mas também para facilitar sua impunidade. [...]” (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: Jurisprudência, Conexões Lógicas com os Vários Ramos do Direito*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 335) [...]. (Grifos nossos).

[...] Por ocasião de calamidade pública: O CP manda agravar a pena quando o agente se aproveita de especiais situações para a prática do crime, perpetrando-o em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação

ou outra calamidade pública semelhante. *Embora não tendo provocado tais situações, o agente se vale das facilidades que dela decorrem: dificuldades de policiamento, menor cuidado da vítima etc. [...].* (Grifos nossos).

Nessa mesma linha de raciocínio, Galvão (2016, p. 858-859) acrescenta que:

[...] Na alínea j do inciso II do art. 61 do Código Penal, encontra-se previsão para a agravação da pena diante de circunstâncias que representem o aproveitamento por quem realiza o crime da existência de uma situação de perigo comum, como o incêndio, o naufrágio e a inundação, ou, ainda, de uma situação de desgraça particular do ofendido.

Cabe notar não ser necessário que o sujeito crie a situação de perigo, mas que apenas a aproveite. Assim, a agravante de que ora se cuida não se confunde com a circunstância prevista na alínea d do mesmo dispositivo legal. Na hipótese da referida alínea, é o sujeito quem manipula o fogo ou o explosivo, de modo que a situação de perigo comum é obra sua.

As calamidades públicas impõem o dever social de mútua assistência, e o cometimento do crime nessas circunstâncias demonstra insensibilidade para com os mandamentos emanados da solidariedade social. A calamidade produz situação de incapacidade, total ou parcial, de defesa por parte da vítima, e a exigência de abstenção da conduta é maior do que no caso de não concorrerem tais circunstâncias.

Na situação especial da desgraça particular do ofendido, o condenado aproveitou-se de acontecimento de especial relevo para a vida da vítima, de modo a atacá-la em momento de maior dificuldade ou impossibilidade de defesa. O acontecimento e seus efeitos maléficos devem, obrigatoriamente, ser conhecidos por quem deles conscientemente aproveita-se.

O fundamento geral da agravação do juízo de reprovação da culpabilidade, nessas hipóteses, não é exatamente a ausência de solidariedade humana ou a frieza moral de quem realiza o crime, mas a maior exigibilidade social dirigida a quem se aproveita das circunstâncias de maior fragilidade da vítima. Por isso, a agravante não se aplica aos crimes culposos praticados contra a vítima que se encontra em situação de perigo em razão de incêndio, naufrágio, inundação ou outra situação de desgraça particular.

As dimensões da calamidade ou da desgraça que aflige o ofendido repercutem diretamente nas possibilidades de defesa de seu bem jurídico. Quanto mais fragilizado o ofendido, maior o dever social de

assistência e a exigibilidade de o sujeito compatibilizar seu comportamento com a ordem jurídica. Variando de acordo com a graduação dessa exigência, o aumento de pena deverá ser determinado pela maior exigibilidade de conduta diversa que se possa dirigir ao condenado no caso concreto.

Dessa forma, quanto maiores as proporções da calamidade ou desgraça particular do ofendido, maior será a exigibilidade de conduta diversa e, conseqüentemente, maior deverá ser o aumento de pena decorrente da agravante [...]. (Grifos nossos).

Por derradeiro, Bitencourt (2019, p. 255) arremata:

[...] 3.6. Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (II, j)

A enumeração do dispositivo é meramente enunciativa, pois a locução “ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido” abre o leque para a interpretação analógica, permitindo outras hipóteses, quer de calamidade pública, quer de desgraça particular: similares de calamidade pública podem ser situações de explosões, desabamentos e desmoronamentos etc.; similares de desgraça particular podem ser quaisquer coisas que atinjam a vítima, deprimindo-a, fragilizando-a, tais como acidentes, enfermidades de familiares, divórcio, separação etc., desde que, evidentemente, sejam do conhecimento do agente.

Nestas agravantes o agente não pratica tais crimes, apenas aproveita-se dessas situações para praticar o crime pretendido, pois a calamidade ou a desgraça alheia representada por essas situações de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido afrouxam, naturalmente, a vigilância dos bens juridicamente tutelados, facilitando a execução delituosa. Além da maior dificuldade em elucidar os fatos, a conduta do agente revela sua maior insensibilidade e correspondente maldade, justificando a agravação da sanção penal. Logicamente, essas agravantes são inaplicáveis nas hipóteses daqueles crimes de perigo comum ou eventuais homicídios qualificados em que coincidirem as situações de calamidade pública, ou de desgraça particular. (Grifo nosso).

Ressalta-se que tal posicionamento é pacífico nas duas turmas que julgam a matéria criminal na Corte Superior, o que pode ser facilmente constatado pelos julgados contidos na edição n. 180 do periódico

Jurisprudência em Teses, e também pelos seguintes precedentes: HC n. 632.019/SP, Quinta Turma, Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe 10 fev. 2021; HC n. 629.981/SP, Quinta Turma, Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 9 fev. 2021; HC n. 620.531/SP, Sexta Turma, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 3 fev. 2021.

Interessante notar que, mesmo diante da interpretação divergente conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo permanece decidindo contrariamente ao intérprete da legislação federal, o que obriga os advogados, e principalmente a Defensoria Pública daquele estado, ante a condição de hipossuficiência financeira da maioria dos réus, a recorrer insistentemente ao STJ, majoritariamente com a interposição de *habeas corpus*, com o propósito de excluir a agravante da calamidade pública da dosimetria da pena dos réus condenados (SP:..., 2021).

Por derradeiro, destaca-se que, embora o objetivo deste estudo se limite à análise dos julgados provenientes do Estado de São Paulo, a interpretação sobre a natureza objetiva da agravante se repete nos Tribunais de Justiça de outras unidades federativas, especialmente o Judiciário fluminense,^[1] o que contribui sobremaneira para o acúmulo de processos no Superior Tribunal de Justiça.

No último subitem, será apresentada uma reflexão sobre a aplicação do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais na dosimetria da pena.

2.3 O princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais e a dosimetria da pena

Em que pese a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência sobre a incidência da agravante da calamidade motivada pela pandemia de covid-19, a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao assunto sugere que a solução perpassa pela adequada fundamentação da decisão judicial para a correta delimitação da dosimetria da pena do réu condenado, pois, conforme determina o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, tal condição é pressuposto de validade, devendo, portanto, a sentença ou o acórdão expor todos os fatos e o direito, de modo a certificar a realização da hipótese.

Dentro dessa perspectiva, Shecaira e Corrêa Júnior (1995, p. 184) esclarecem que:

[...] É de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O Réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas, também, o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena.

Evidenciado, como se vê, que é imprescindível que a dosimetria da pena obedeça, judiciosamente e com suporte em adequada fundamentação, às diversas fases estabelecidas pelo art. 68 do Código Penal. Dessa forma, é necessário que

na concretização da pena imposta fique demonstrado qual o método, quais os critérios e quais as circunstâncias utilizadas pelo magistrado para a determinação final da pena a ser aplicada ao réu condenado. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC n. 96.590/SP. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 9/6/2009. DJe 19 jun. 2009].

Logo, observa-se que a exasperação da pena pela utilização da agravante da calamidade pública demanda, necessariamente, justificativa que demonstre como o agente se beneficiou da aludida causa na prática do crime.

3 Conclusão

Pela exposição apresentada, observa-se que a pena dos crimes praticados no decorrer da pandemia de covid-19 sujeita-se a exasperação pela agravante da calamidade pública, a qual se localiza na fase intermediária da dosimetria e está prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal. Através do estudo de caso sobre a natureza objetiva ou subjetiva da agravante da calamidade pública motivada pela pandemia de covid-19, procurou-se demonstrar a aplicação do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, pois, através da interpretação conferida de forma pacífica pelas duas turmas que julgam a matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça, pode-se

observar que também na dosimetria da pena não basta afirmar a adequação da norma ao fato, mas também esclarecer detalhadamente o porquê da referida decisão.

Assim, o presente estudo destinou-se a investigar a controvérsia existente sobre a aplicação da agravante da calamidade pública e, especialmente, encontrar a resposta para o seguinte questionamento: a aplicação da agravante da calamidade pública para os crimes cometidos no decorrer da pandemia de covid-19 deve ser feita de forma automática por tratar-se de circunstância objetiva, ou demanda, necessariamente, a demonstração de como a pandemia de covid-19 facilitou a execução da prática delitiva pelo agente? Para tanto, ao longo do artigo foram examinadas duas correntes, a saber: (I) a primeira entende que a aplicação da referida agravante prescinde donexo de causalidade ou correlação com a infração penal, tendo em vista tratar-se de circunstância objetiva observada à época do fato (natureza objetiva); e (II) a segunda interpreta que a aplicação da agravante da calamidade pública demanda justificativa que demonstre como o agente se beneficiou da aludida causa na prática do crime (natureza subjetiva).

Após a análise dos mencionados posicionamentos, e a reflexão sobre a aplicação do princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais com foco na dosimetria da pena, infere-se não apenas o acerto do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se repisa que para a exasperação da pena se reivindica a demonstração de como o réu condenado se aproveitou das circunstâncias de fragilidade, vulnerabilidade ou incapacidade geradas pelo estado de calamidade pública motivado pela pandemia de covid-19, mas também a deficiência da decisão judicial que deixe de trazer a referida fundamentação.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel interativo sobre a covid-19**. Brasília: MS, [202-]. Disponível em: <https://tinyurl.com/6rdf3r8z/>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Orientações jurisprudenciais sobre a covid-19 – III. **Jurisprudência em Teses**, Brasília, 180. ed., nov. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/zyum3zn6/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/39ze2adz/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

CORONAVÍRUS: Brasil confirma primeiro caso da doença. **UNA-SUS**, [s. l.], 27 fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5apamm>. Acesso em: 24 jul. 2022.

COSTA, Luísa. Crime nas cidades diminuiu um terço durante a pandemia. **Revista Superinteressante**, São Paulo, 2 jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/53zr2fpx/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

MONTEIRO, Joana da Costa Martins; CARVALHO, Eduardo Fagundes de; GOMES, Ramón Chaves. Crime e policiamento durante a pandemia de covid-19 no Rio de Janeiro, Brasil. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 10, p. 4703-4714, out. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s9usyw6/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia de covid-19**. [S. l.]: OPAS, [202-]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2sj3zb2f/>. Acesso em: 28 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. [S. l.]: ONU, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/f8722spy/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 64.879, de 20 de março de 2020. Reconhece o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia do COVID-19, que atinge o Estado de São Paulo, e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, v. 130, n. 56, p. 1, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/54uufwa9>. Acesso em: 24 jul. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. **Tese 532**. São Paulo: MPSP, [202-]. Disponível em: <https://tinyurl.com/3kzsd7m/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (5. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal n. 1500410-47.2021.8.26.0228**. Relator: Geraldo Wohlers. Data do Julgamento: 17/5/2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (14. Câmara de Direito Criminal). **Apelação Criminal n. 1510406-69.2021.8.26.0228**. Relator: Laerte Marrone. Data do Julgamento: 16/11/2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SP: a pedido da Defensoria STJ afasta aplicação de agravante por suposto crime ter sido cometido durante estado de calamidade em razão da pandemia. **Anadep – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos**, São Paulo, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mk8zb3v/>. Acesso em: 26 jul. 2022.

Nota

- [1] *Vide* o HC n. 757.682/RJ, distribuído no decorrer do recesso judiciário do mês de julho de 2022, e o HC n. 757.796/RJ, feito que aguarda julgamento após o oferecimento do parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem.