

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.250 - MG (2019/0301746-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MARCOS DA FONSECA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCOS DA FONSECA, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 199):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006) E CRIME DE DANO QUALIFICADO (ART. 163, PARÁFAFO [SIC] ÚNICO, III, DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE REGULARMENTE COMPROVADAS - SENTENÇA MANTIDA.

- Comprovada a autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser mantida a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei de Tóxicos, sendo inviável o pretendido pleito absolutório.

- Demonstrado nos autos que o agente agiu com a intenção de causar prejuízo ao patrimônio alheio, e ainda, constatado o efetivo dano através das provas testemunhais e laudo pericial, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

- O valor do depoimento testemunhal dos policiais militares, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

Opostos embargos de declaração pela defesa (e-STJ fls. 220/222), esses foram parcialmente acolhidos, sem atribuição de efeitos infringentes (e-STJ fls. 229/236).

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 240/246), alega a parte

Superior Tribunal de Justiça

recorrente violação do artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal e dos artigos 158 e 167, ambos do Código de Processo Penal.

Sustenta, em síntese, a imprescindibilidade de exame de corpo de delito para o reconhecimento da prática do delito de dano qualificado, porquanto se trata de crime que deixa vestígios.

Aduz que, na espécie, a condenação foi motivada exclusivamente pelo depoimento das testemunhas e pela confissão do recorrente, haja vista que o laudo pericial juntado aos presentes autos não se encontra assinado pelo perito responsável (e-STJ fl. 242).

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para o fim de absolver o recorrente do delito de dano qualificado.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 251/253), o recurso foi admitido pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 255/260).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo não conhecimento do recurso, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 272):

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, III, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS E DANO QUALIFICADO. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO PERICIAL APÓCRIFO. MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTES. AVARIAS À VIATURA POLICIAL DEMONSTRADAS PELA CONFISSÃO DO ACUSADO E PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, ALÉM DA PROVA TÉCNICA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

Parecer pelo não conhecimento do Recurso Especial.

É o relatório. **Decido.**

O recurso é tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Passo, então, à análise do mérito.

Superior Tribunal de Justiça

No caso em apreço, a Corte *a quo*, no julgamento do apelo defensivo, assim se manifestou para manter a condenação do recorrente pela prática do delito de dano qualificado (e-STJ fls. 209/215):

[...]

Registre-se que, a despeito da existência de opiniões em sentido contrário, filio-me à corrente que defende que para a configuração do crime de dano, exige-se a demonstração do dolo específico, ou seja, o "animus nocendi", que, na lição de Rogério Greco, caracteriza-se como "(...) a finalidade especial com que atua o agente no sentido de causar, com o seu comportamento, um prejuízo patrimonial à vítima" (Greco, Rogério. Código Penal: comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 482).

[...]

In casu, quando ouvido em juízo, o réu confessou que chutou a viatura, fato comprovado pelos depoimentos dos policiais militares J.R.C. e B.M.S. na mesma etapa.

Contudo, não obstante afirmar o apelante que realmente chutou a viatura policial, afirma que assim o fez porque sofria de ardência por lhe ter sido jogado spray de pimenta pelos policiais.

Percebe-se que o acusado demonstrou claramente uma rebeldia e intensão [sic] dolosa específica em danificar o carro, como resposta à condução coercitiva por parte dos policiais.

Ao contrário do que sustenta a i. defesa, não há que se falar que o apelante não tinha como agir de outra forma.

Não se olvida que a inexigibilidade de conduta diversa é causa suficiente para afastar a culpabilidade como elemento do crime, porém, desde que demonstrada a absoluta e extrema necessidade de o agente atuar em desconformidade com a legislação penal, o que não se aplica ao caso dos autos, na medida em que nada restou comprovado neste sentido por parte do acusado.

[...]

Dessa forma, presente o dolo específico na conduta do acusado, consistente na vontade consciente de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia, não há falar em absolvição do crime previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, razão pela qual mantenho a sentença recorrida pelos

Superior Tribunal de Justiça

seus próprios fundamentos.

[...]

Se do conjunto probatório emergem incontestes quer a materialidade, quer a autoria delitiva, revela-se correta a decisão condenatória, porquanto, como já ressaltado alhures, a condenação em tela alicerçou-se em indícios que, examinados em conjunto, fornecem elementos de persuasão a não justificar a absolvição por falta de provas ou ausência de tipicidade.

[,,]. - grifei

Na apreciação dos embargos declaratórios, o Tribunal local consignou (e-STJ fls. 232/235):

Sustenta a defesa, a inadmissibilidade da condenação do Embargante uma vez que o documento juntado às folhas 89/91 não é idôneo para comprovar a materialidade do crime de dano por não possuir a assinatura do perito responsável - seja manual ou digital - estando desprovido de validade jurídica.

Sem razão, contudo.

De fato, o laudo de fls. 89/91 não se encontra assinado pelo perito responsável.

No entanto, não evidência [sic] não impede a conclusão no sentido da procedência da peça inaugural quanto à condenação pelo delito de dano.

[...]

Após análise dos autos, ficou evidente, pela prova testemunhal, que a conduta da agente se enquadra perfeitamente no tipo penal em comento, tendo ela danificado viatura policial, sendo dispensável até mesmo a realização de perícia quando a autoria e a materialidade puderem ser conhecidas de outra maneira, sendo este o caso dos autos.

Transcrevo trecho do acórdão embargante, acerca da análise da prova dos autos, mais precisamente em relação ao delito de dano constante da denúncia:

In casu, quando ouvido em juízo, o réu confessou que chutou a viatura, fato comprovado pelos depoimentos dos policiais militares J.R.C. e B.M.S. na mesma etapa.

Contudo, não obstante afirmar o apelante que realmente chutou a viatura policial, afirma que assim o fez porque sofria de ardência por lhe ter sido jogado spray de pimenta

Superior Tribunal de Justiça

pelos policiais.

Percebe-se que o acusado demonstrou claramente uma rebeldia e intensão [sic] dolosa específica em danificar o carro, como resposta à condução coercitiva por parte dos policiais.

Ao contrário do que sustenta a i. defesa, não há que se falar que o apelante não tinha como agir de outra forma.

Assim, diante da prescindibilidade do exame pericial frente à farta prova testemunhal presente nos autos, não há que se falar em absolvição.

Neste linear, não há dúvidas de que a decisão prolatada tomou por base o que dos autos consta, e mais, foi devidamente justificada de acordo com o que determina o art. 93, IX da CF e, principalmente, adstrita ao que preconiza o princípio do livre convencimento do Juiz e exarada em conformidade com a doutrina e jurisprudência, de modo que não há qualquer vício ou defeito a ser sanado.

[...]. - grifei

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo supletivamente ser suprido pela prova testemunhal apenas quando o delito não deixar vestígios, hajam estes desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. Assim, se era possível a realização da perícia, mas esta não ocorreu, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência.

Em tais hipóteses, ainda que existentes nos autos outros elementos de prova, entende esta Corte pela necessidade de perícia para fins de comprovação da prática delitiva, sob pena de violação do art. 158, do CPP. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 2.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA.

Superior Tribunal de Justiça

PRECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, "[t]ratando-se de crime não transeunte, a realização da prova pericial é imprescindível, somente podendo ser substituída por prova testemunhal, nos termos de entendimento pacífico desta Corte, se os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar tenha se tornado impróprio para o trabalho dos peritos" (AgRg no REsp 1.314.389/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013).

2. A teor do § 1.º do art. 159 do CPP, "[n]a falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame", não havendo, na lei, nenhuma restrição a que sejam policiais, desde que atendidos os requisitos legais. Precedente do STJ.

3. No caso, não tendo sido realizada perícia no local e não havendo o Tribunal a quo consignado eventual impossibilidade da sua realização, impõe-se o afastamento da qualificadora relativa à escalada, descrita no inciso II do § 4.º do art. 155 do Código Penal. Precedentes do STJ.

4. Ordem de habeas corpus concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, fixando a pena total do Paciente em 12 (doze) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e ao pagamento de 123 (cento e vinte três) dias-multa. (HC 471.760/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/11/2018, DJe 23/11/2018). - grifei

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ESCALADA. EXAME DE CORPO DE DELITO. INEXISTÊNCIA. CRIME DE DANO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADES. FALTA DE FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da consolidada jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e da escalada, para fins de conferir maior reprovabilidade ao crime de furto, exige,

Superior Tribunal de Justiça

nos termos do art. 158 do CPP, a realização de exame de corpo de delito. Precedentes.

2. No caso em exame, a sentença condenatória não apresentou qualquer justificativa plausível para endossar a tese da prescindibilidade do exame pericial no local dos fatos, apontando apenas que as demais provas acostadas ao processo concluíram acerca do arrombamento e da escalada durante a prática do crime de furto.

3. Em relação ao reconhecimento do crime de dano, este Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, entende ser imprescindível a realização de exame pericial, a fim de atestar a materialidade do delito. Precedentes.

4. Agravo improvido. (AgInt no HC 437.169/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 26/9/2018). - grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO QUALIFICADO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. EXAME PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Por expressa imposição legal, é imprescindível, nas infrações que deixam vestígios, a realização do exame de corpo de delito.

2. No caso, não obstante o crime de dano perpetrado pelo agravante tenha deixado vestígios e embora os vestígios fossem claramente passíveis de ser objeto de laudo pericial, deixou-se de realizar exame de corpo de delito para comprovar a materialidade do crime.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1225630/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2018, DJe 9/8/2018). - grifei

Ocorre que, na espécie, consoante asseverado pela Corte local, o exame pericial foi realizado, não obstante não tenha sido assinado pelo perito responsável (e-STJ fl. 232).

Colhe-se dos presentes autos que referido laudo pericial foi impresso em papel timbrado e dele constam o nome completo do perito designado, o número de registro da Polícia Civil de Minas Gerais (Posto de

Superior Tribunal de Justiça

Perícia Integrada/Uberlândia) e a conclusão de que houve *quebramento do forro da tampa do compartimento de condução de presos ("cofre")*, bem como *quebramento da lanterna posterior direita* (e-STJ fls. 103/105).

Como é cediço, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a falta de assinatura no laudo pericial não torna inválida a perícia realizada, tampouco compromete a demonstração da materialidade do crime, não sendo razoável desqualificar exames técnicos regularmente produzidos e as demais provas coletadas durante a instrução, porquanto efetivamente cumpridos os objetivos da lei.

Nessa linha, *mutatis mutandis*, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO DEFINITIVO APÓCRIFO. DOCUMENTO IDENTIFICADO PELO PERITO CRIMINAL. MERA IRREGULARIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS DEMAIS TESES RECURSAIS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é reiterada de que a simples falta de assinatura do perito criminal no laudo definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular o exame toxicológico, sobretudo, na espécie, em que o perito oficial está devidamente identificado com seu nome e número de registro no documento e houve o resultado positivo para as substâncias ilícitas analisadas.

2. Reconhecida a validade do laudo toxicológico de constatação como prova da materialidade do delito de tráfico de drogas neste recurso especial, cabe o retorno dos autos, ao Tribunal de origem, para análise das demais matérias suscitadas pela defesa no recurso de apelação.

3. Agravo regimental parcialmente provido para se declarar a validade do laudo toxicológico definitivo e determinar, por conseguinte, à Corte de origem que proceda à análise das demais teses suscitadas no recurso de apelação defensivo. (AgRg no REsp 1731444/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/6/2018, DJe 20/6/2018).

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARTEFACTO EXPLOSIVO (GRANADA). LAUDO PERICIAL.

Superior Tribunal de Justiça

AUSÊNCIA DE ASSINATURA. MERA IRREGULARIDADE. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que a instância de origem decidiu que a ausência de assinatura do laudo pericial afasta a prova da materialidade delitiva do crime descrito no artigo 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003.

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "a falta de assinatura no laudo toxicológico não é suficiente à declaração da invalidade da perícia, tampouco compromete a demonstração da materialidade do ato infracional", sendo que "a desobediência às formas estabelecidas pelo legislador somente conduzirá à declaração de nulidade do ato quando a finalidade buscada pela norma for comprometida pelo vício" (HC 278.930/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013).

3. Caso em que a materialidade e a autoria restaram demonstradas pelo auto de apreensão, pelo laudo técnico e pela prova oral carreada aos autos, sendo que o acusado foi preso quando possuía um artefato explosivo.

4. Além de outros elementos de prova, o laudo pericial cuja legitimidade se questiona, foi elaborado por peritos regularmente designados pela autoridade competente, constando seus nomes completos, bem como seus números de registro profissional, estando, portanto, devidamente identificados e qualificados, sendo certo que está em papel timbrado do órgão oficial de perícia médica do Estado do Rio de Janeiro (Instituto de Criminalística Carlos Éboli -ICCE) e possui para confirmação de sua veracidade dados de seu registro na polícia técnica e científica.

5. Recurso provido para restabelecer a condenação do réu pelo delito do artigo 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003. (REsp 1735945/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 5/6/2018, DJe 15/6/2018).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LAUDO PRELIMINAR DE DROGA APÓCRIFO. MERA IRREGULARIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO E QUE RESPONDE A OUTROS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS. RISCO DE REITERAÇÃO.

NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. "A jurisprudência desta Corte é reiterada de que a simples falta de assinatura do perito criminal no laudo definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular o exame toxicológico, sobretudo, na espécie, em que o perito oficial está devidamente identificado com seu nome e número de registro no documento e houve o resultado positivo para as substâncias ilícitas analisadas" (AgRg no REsp n. 1.629.838/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).

2. Se tal lapso não é capaz de gerar a nulidade de um laudo definitivo, tampouco o será para invalidar o laudo preliminar, como no caso dos autos.

[...]

7. Recurso improvido. (RHC 97.687/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018).

RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, CAPUT, C/C O § 4º, E 50, CAPUT, E §§ 1º E 2º, DA LEI N. 11.343/2006; E 155, CAPUT, E 158 DO CPP. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA MATERIALIDADE. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO APÓCRIFO. MERA IRREGULARIDADE. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS QUE CONFIRMAM SUA AUTENTICIDADE.

1. A falta de assinatura no laudo toxicológico não é suficiente à declaração da invalidade da perícia, tampouco compromete a demonstração da materialidade do ato infracional. Representam as formas processuais apenas instrumentos para a correta aplicação do direito. Nesses termos, a desobediência às formas estabelecidas pelo legislador somente conduzirá à declaração de nulidade do ato quando a finalidade buscada pela norma for comprometida pelo vício. Assim, desarrazoado declarar a nulidade assinalada na inicial, desqualificando os exames técnicos regularmente produzidos e as demais provas coletadas durante a instrução, porquanto efetivamente cumpridos os objetivos da lei (HC n. 278.930, Ministro Marco Aurélio Bellize, DJe 4/12/2013).

Superior Tribunal de Justiça

2. *Recurso especial provido para restabelecer a sentença quanto ao crime de tráfico de drogas.* (REsp 1577293/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/6/2016, DJe 30/6/2016).

Assim, não há se falar em absolvição do acusado com fundamento na imprestabilidade do laudo pericial para comprovação da materialidade delitiva, porquanto a falta de assinatura do perito constitui mera irregularidade.

Por outro lado, verifico, de ofício, a ocorrência de flagrante ilegalidade no tocante à exasperação aplicada pelas instâncias ordinárias, na primeira fase da dosimetria das penas, haja vista a não apresentação de motivação concreta, idônea e suficiente, sendo necessária a concessão de *habeas corpus*, no ponto.

Na espécie, o Juízo de primeiro grau, ao proferir a sentença condenatória, assim se manifestou para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, na primeira fase do procedimento dosimétrico (e-STJ fl. 133):

Superadas as questões afetas a materialidade, autoria e sopesadas as teses acusatória e defensiva, de rigor a análise das circunstâncias judiciais que envolvem o caso, observando que o acusado era maior de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, reincidente (CAC de fls. 58/59) e houve confissão somente em relação ao crime de dano qualificado.

Sobre o crime de tráfico de drogas, a culpabilidade não extravasa o que comumente se observa em crimes desta natureza. Os antecedentes revelam 2 (duas) condenações penais transitadas em julgado, sendo que uma funcionará como agravante da pena por reincidência e a outra fundamentará a elevação da pena-base por maus antecedentes. A conduta social evidencia o desajuste. A personalidade retrata propensão ao crime e ímpeto de agressividade. O motivo do crime se consubstancia na falaciosa impressão de ganho financeiro rápido e fácil que o tráfico de drogas imprime em seus agentes. As circunstâncias são as próprias do tipo. As conseqüências são ruins porque o tráfico fomenta a criminalidade urbana, eis que diversos outros crimes são cometidos em razão da venda e do uso de drogas, notadamente crimes contra o patrimônio. Não há o que perquirir sobre o comportamento da vítima por se tratar de

Superior Tribunal de Justiça

crime vago.

Quanto ao crime de dano qualificado, a culpabilidade não extravasa o que comumente se observa em crimes desta natureza. Os antecedentes revelam 2 (duas) condenações penais transitadas em julgado, sendo que uma funcionará como agravante da pena por reincidência e a outra fundamentará a elevação da pena-base por maus antecedentes. A conduta social evidencia o desajuste. A personalidade retrata propensão ao crime e ímpeto de agressividade. O motivo do crime consiste na resistência do acusado à prisão em flagrante. As circunstâncias são aquelas inerentes ao tipo penal. As conseqüências se limitaram à esfera do prejuízo ao erário e não apresenta nada extraordinário que enseje maior repressão estatal. Não há o que perquirir sobre o comportamento da vítima por se tratar de crime vago.

[...]. - grifei

No que tange à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Ademais, é importante consignar que a confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma

Superior Tribunal de Justiça

circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (STF – RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012). No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM AUDIÊNCIA. TERMO DE APELAÇÃO OU DE RENÚNCIA RECURSAL. DESNECESSIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

XI - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram sobretudo a grande quantidade de entorpecente apreendido com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, o que está de acordo com o entendimento desta Corte, repiso, mais de meio tonelada de maconha (695kg).

XII - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, resalto, por oportuno, "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 1433071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). Habeas corpus não conhecido. (HC

Superior Tribunal de Justiça

445.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018).

Como visto dos trechos acima, a exasperação da pena-base do réu decorreu do desvalor atribuído aos antecedentes, à personalidade, à conduta social, ao motivo do crime e as consequências do crime (esta vetorial, somente em relação ao delito de tráfico de drogas).

Ocorre que, no presente caso, o Juízo de primeira instância se utilizou de dados vagos e genéricos para valorar negativamente, em relação ao delito de tráfico de drogas, as vetoriais da personalidade, da conduta social do agente, do motivo e das consequências do crime; bem como, quanto ao delito de dano qualificado, as vetoriais da personalidade e da conduta social, asseverando apenas que *a conduta social evidencia o desajuste, que a personalidade retrata propensão ao crime e ímpeto de agressividade*, que o motivo do delito de tráfico foi *o ganho financeiro rápido e fácil* e, por fim que *as consequências são ruins porque o tráfico fomenta a criminalidade urbana, eis que diversos outros crimes são cometidos em razão da venda e do uso de drogas, notadamente crimes contra o patrimônio* (e-STJ fl. 133).

Reputo tais argumentos insuficientes e inidôneos para justificar a valoração negativa das mencionadas circunstâncias judiciais, porquanto não apontam para maior reprovabilidade da conduta, motivo pelo qual devem ser afastadas.

Constato, ainda, de ofício, ilegalidade decorrente da não compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria das penas, em relação ao delito de dano qualificado, sendo necessária, também nesse ponto, a concessão de *habeas corpus*.

Com efeito, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,

DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C, c/c o § 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que *é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência*. Abaixo, ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido. (REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

Dessa forma, em consonância com o entendimento proferido no julgamento acima, sob o rito do art. 543-C, c/c o § 3º do CPC, considerando que são igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, deve ser realizada a compensação integral.

Passo a refazer a dosimetria da pena do acusado, mantidos os demais critérios das instâncias de origem.

1) Quanto ao delito de tráfico de drogas

Na primeira fase, afastada a valoração negativa das vetoriais atinentes à personalidade, à conduta social, aos motivos e consequências do crime, e mantido o desvalor atribuído aos antecedentes, exaspero a pena-base em 1/6 (um sexto), fixando-a em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda etapa, mantida a agravante da reincidência e à míngua de atenuantes, elevo a reprimenda em 1/6 (um sexto), fixando a pena intermediária em **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa**, a qual torno definitiva ante a ausência de causas de aumento e/ou de diminuição de pena.

2) Quanto ao delito de dano qualificado

Na primeira fase, afastada a valoração negativa das vetoriais atinentes à personalidade e à conduta social, e mantido o desvalor atribuído aos antecedentes e ao motivo do crime, fixo a pena-base em 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 13 (treze) dias-multa. Na segunda etapa, realizo a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo a pena intermediária tal como fixada na fase anterior. Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e/ou de diminuição de pena, torno a pena definitivamente fixada em **6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 13 (treze) dias-multa.**

Mantido o critério do concurso material de crimes (art. 69, do CP), promovo a soma das penas aplicadas, resultando na fixação das penas definitivas em **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 693 (seicentos e noventa e três) dias-multa.**

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso IV, alínea "a", do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **nego provimento** ao recurso especial. **Concedo a ordem de *habeas corpus*** para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais relativas à personalidade e à conduta social, em relação aos delitos do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP; afastar, ainda, o desvalor das vetoriais atinentes aos motivos e consequências do crime, em relação ao crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; bem como para realizar a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, em relação ao delito do art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP, redimensionando as penas do recorrente para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 693 (seicentos e noventa e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 20 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

