

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 532.276 - MS (2019/0269255-2)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PACIENTE : GELSON CARDOZO DA SILVA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de GELSON CARDOZO DA SILVA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que negou provimento ao apelo, assim ementado (fl. 34):

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFESA - TRÁFICO DE DROGAS - FALTA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - TRÁFICO PRIVILEGIADO - ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - IMPOSSIBILIDADE - DEDICAÇÃO À PRÁTICA CRIMINOSA - PORTE DE MUNIÇÃO - DUAS MUNIÇÕES - INSIGNIFICÂNCIA - ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA - FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - ANTECEDENTES - CONDENAÇÃO ANTERIOR AO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL - NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (1,2 G DE COCAÍNA, ALÉM DE OUTROS 42,9 G DE PASTA BASE E 14,5 G DE COCAÍNA PURA) - ART. 42 DA LEI 11.343/2006 - PREPONDERÂNCIA - DEPENDÊNCIA QUÍMICA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - ART. 46 DA LEI 11.343/2006 - CAPACIDADE DE COMPREENSÃO - DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo comprovação de que o apelante praticava a comercialização de drogas e que, no dia dos fatos, encomendou entorpecente para a mercancia, deve ser mantida a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Comprovado que o acusado realizava "correrias" em troca de pagamento com substância entorpecente, fazendo uso de motocicleta confiada a ele pelo "dono da droga", resta provada a dedicação à prática criminosa como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Muito embora o porte de munição possua natureza de crime de mera conduta,

# Superior Tribunal de Justiça

o singelo porte de duas munições não representa risco a bem jurídico, e, por consequência, tornando-se fato materialmente atípico em razão do princípio da insignificância.

O decurso do prazo depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, impossibilita o reconhecimento da reincidência, porem não impede a negatificação dos maus antecedentes. Precedentes.

Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, a quantidade e natureza do entorpecente (1.2 g de cocaína, além de outros 42,9 g de pasta base e 14.5 g de cocaína pura) são fundamentos a preponderar na fixação da pena-base e justificar a estipulação da reprimenda acima do mínimo legal.

Reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006, imperiosa a redução na terceira fase da dosimetria no importe de 1/3 (um terço), fração essa proporcional ao grau de diminuição da autodeterminação do agente.

Contra o parecer. Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - REGIME PRISIONAL - FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO - IMPOSSIBILIDADE - TRÁFICO DE DROGAS - PENA - PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006 - QUANTIDADE CORRESPONDENTE AO REGIME SEMIABERTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO DESPROVIDO.

A fixação do regime prisional, deve obedecer aos critérios estabelecidos pelo art. 33 do Código Penal.

A pena superior a quatro e inferior a oito anos possui o regime prisional correspondente ao semiaberto, mormente quando não há razões que justifiquem o recrudesimento da reprimenda. Contra o parecer. Recurso desprovido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06, à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, e 560 dias-multa.

Sustenta neste *writ* a impetrante, em suma, constrangimento ilegal do acórdão que manteve a exasperação da pena-base sem fundamentação válida, diante da pouca quantidade de droga apreendida e de condenação com mais de 5 anos.

Requer, assim, a diminuição da pena.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela não conhecimento ou denegação.

É o relatório.

DECIDO.

Quanto à pena-base, o acórdão está assim fundamentado, com transcrição da sentença (fls. 739/742):

[...]. 1.3.1 - DO APELANTE GELSON.

1.3.1.1 - DA PENA-BASE.

O apelante pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal, decotando-se os antecedentes, a quantidade e natureza da droga; e, na terceira fase da dosimetria, requer a aplicação da redução de 2/3 da causa de diminuição prevista no art. 46 da Lei de Drogas (f. 592/614).

Pois bem. Consta da dosimetria da pena:

B) Do Condenado Gelson Cardozo da Silva:

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime: os antecedentes lhe prejudicam, já que existem informações nos autos acerca de sentença condenatória anterior com trânsito em julgado que não serve para fins de reincidência (autos nº 0374743-17.2008 - f. 99-102); a conduta social e a personalidade do condenado serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes: os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal: as circunstâncias não devem aumentar a pena-base, não apresentando peculiaridades que justificam a exasperação da pena; as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; o comportamento da vítima, por ser o Estado, não lhe prejudica.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a quantidade da substância entorpecente popularmente conhecida por cocaína (42.9 g de pasta base e 14.5 g de cocaína pura) deve prejudicar o réu; a natureza corrobora em seu desfavor, já que uma das drogas apreendidas se trata de "cocaína" - "Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes" (STJ, HC 187.330/MG. j. 03/05/2011); a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. (grifos originais)

Inicialmente, nota-se que o magistrado negativou os antecedentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, estabelecendo a reprimenda inicial em 7 anos e 8 meses de reclusão e 800 dias-multa.

In casu, com relação aos antecedentes, o juiz a quo negativou essa moduladora ao se referir à condenação prolatada no processo 0374743-17.2008.8.12.0001.

Nesse norte, a despeito da extinção da punibilidade ter operado em 6/6/2011, conforme certidão de f. 98/102, portanto, há mais de cinco anos da data dos fatos sub examine, comungo do entendimento de que o período depurador estatuído pelo art. 64. I, do CP, embora impeça o reconhecimento da agravante da reincidência, não obsta a negatificação da pena-base.

[...]

Por tais motivos, mantenho a negatificação desta moduladora.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Em seqüência, o magistrado considerou negativas a quantidade e natureza do entorpecente, ao fundamentar: "No.s termos do art. 42 da Lei n' 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a quantidade da substância entorpecente popularmente conhecida por cocaína (42,9 g de pasta base e 14,5 g de cocaína pura) deve prejudicar o réu; a natureza corrobora em seu desfavor, já que uma das drogas apreendidas se trata de "cocaína" - "Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as conseqüências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes" (STJ. HC 187.330/MGJ. 03/05/2011)".

Pois bem. Apreciando os autos observo que houve apreensão de cerca de 1,2 g de cocaína, além de outros 42,9 g de pasta base e 14,5 g de cocaína pura, entre o que foi encontrado na sua casa e o que foi deixado por Denner naquela oportunidade.

Nota-se, então, que não se trata de quantidade ínfima ou desprezível a ponto de não merecer uma maior reprimenda, bem como que houve apreensão de pasta base e cocaína pura, substâncias entorpecentes de maior nocividade e, por corolário, preponderantes na fixação da pena-base.

[...]

Logo, mantenho as circunstâncias judiciais negativadas pelo magistrado singular e, conseqüentemente, a pena inalterada nesta fase da dosimetria, ou seja, 7 anos e 6 meses de reclusão e 800 dias-multa, patamar este que reputo adequada ao sancionamento e, além disso, por não haver insurgência material nesse sentido.[...]

Constata-se que, no presente caso, as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base base em 2 anos e 6 meses e mais 300 dias-multa acima do mínimo legal em razão da quantidade de drogas apreendidas, 1,2g de cocaína, 42,9g de pasta base e 14,5g de cocaína pura, e pelos maus antecedentes.

No concernente aos maus antecedentes, não assiste razão à impetrante, porquanto, não obstante a anotação criminal pretérita já tenha sido atingida pelo período depurador previsto no art. 64 do Código Penal, esta Corte Superior entende ser possível sua utilização para caracterizar os antecedentes e justificar o incremento da sanção inicial. Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUMENTO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

**1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5**

**anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal - CP, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.**

2. A defesa não trouxe argumentos hábeis o suficiente para a modificação do julgado, o qual mantém-se por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 512.423/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019)

Posto isso, insurge-se a impetrante contra o incremento da sanção inicial, alegando que a quantidade de entorpecente apreendido não seria significativa, assistindo-lhe razão. Isso porque, esta Corte superior entende ser devida a exasperação da reprimenda básica com esteio na quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos, desde que o volume não seja considerado inexpressivo.

Destaco que o art. 42 da Lei de Drogas autoriza o aumento da reprimenda básica em razão da quantidade e natureza dos estupefacientes apreendidos, de modo que esses dois quesitos devem ser valorados em conjunto, não se justificando o aumento pela espécie da droga se o volume é considerado não relevante. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO AO MÍNIMO PREVISTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. No caso dos autos, a consideração negativa da culpabilidade constata-se genérica, pois amparada na imputabilidade e na consciência da ilicitude da conduta por parte da paciente, sendo patente o constrangimento ilegal.

3. Ademais, não se mostra idônea a utilização da natureza do estupefaciente para a exasperação da pena-base, porquanto pequena a quantidade apreendida, sendo necessário a redução ao mínimo legal.

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena imposta para 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, em

# Superior Tribunal de Justiça

regime inicial semiaberto. (HC 370.382/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017.)

No presente caso, as quantidades não relevantes não autorizam o aumento da sanção inicial.

Nesse contexto, afastando-se o aumento da reprimenda básica em razão da quantidade e natureza, a pena-base deve ser reduzida para anos 6 anos e 3 meses de reclusão e 650 dias-multa, a qual, na segunda fase, reconhecida a reincidência, deve ser agravada para 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão e 682 dias-multa, não havendo atenuantes.

Por fim, aplica-se a causa de diminuição prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006, assim como fixada pelas instâncias de origem, em 1/3, totalizando 4 anos, 4 meses e 14 dias, em regime fechado, e 455 dias-multa, por não haver majorantes, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Ante o exposto, concedo a *habeas corpus* para fixar a pena de 4 anos, 4 meses e 14 de reclusão, em regime inicial fechado, e 455 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 24 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator