AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.408.530 - MS (2018/0319989-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	LUCIANO QUINTANA DA COSTA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas), absolvido da segunda imputação e condenado às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 250 dias-multa, conforme a sentença (fls. 203-214).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo e, de ofício, afastou a hediondez do delito, vencido o relator, conforme a seguinte ementa:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS – PENA-BASE MANTIDA – RECONHECIMENTO ATENUANTES E REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INCABÍVEL – EXASPERAÇÃO FRAÇÃO DO ARTIGO 33, §4°, DA LEI 11.343/06 – INCABÍVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECURSOS IMPROVIDOS – DE OFÍCIO – AFASTADA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.*
>
> *A existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, ante a natureza da droga apreendida, pois embora não constitua circunstância judicial, é fator preponderante às circunstâncias judiciais, na forma do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.*
>
> *Incabível a redução da pena-base aquém do mínimo legal, em razão da aplicação das atenuantes, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Para a definição do quantum da causa diminuição do tráfico privilegiado, foram consideradas as circunstâncias que*

envolveram o caso em concreto, objetivando a aplicação de reprimenda suficiente à prevenção e reprovação do crime que lesa a saúde pública.

Diante das peculiaridades do caso concreto, o modus operandi dos agentes é bastante negativo e impede a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, do CP.

De ofício, afastada a hediondez do tráfico privilegiado, conforme Tema 600, do STJ, matéria decidida em repercussão geral.

*Com o parecer, recurso improvido (*fl. 389).

Os embargos de declaração opostos pela corré e os infringentes e de nulidade foram rejeitados (fls. 388-411 e 475-482).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação do art. 65, I e III, "d", e 68 do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que não deve prosperar o fundamento da Súmula n. 231/STJ, sendo que a pena deve ser atenuada.

Assevera que *"verifica-se patente a necessidade de revisão do entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade da redução da pena intermediária para aquém do mínimo legal, para atendimento do sistema normativo vigente que estabelece o sistema trifásico para o momento de fixação da pena (artigo 68, do CP) com a incidência de circunstâncias atenuantes que devem SEMPRE ATENUAR A PENA (artigo 65, do CP)"* (fl. 502).

Alega que cabe a redução de 1/6 como limite para o *quantum* de aplicação das atenuantes.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 83 desta Corte.

Contraminuta às fls. 607-613. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 622-625).

É o relatório. Decido.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, não é possível reduzir a pena aquém do mínimo legal na segunda fase de dosimetria penal, em consonância com a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, Súmula n. 231, *verbis: "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*. Dessa forma, fixada a pena-base em 6 anos, incabível a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e

menoridade para fins de redução da reprimenda em patamar superior a 1 ano, pois na hipótese a pena na fase intermediária resultaria em patamar inferior ao mínimo legal. A propósito, confira-se:

> HABEAS CORPUS. WRIT *SUBSTITUTIVO. LATROCÍNIO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231 DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA.*
>
> *1. Constatada a regularidade da decisão proferida pela Corte de origem, não é cabível a apreciação do pedido de reconhecimento da participação de menor importância, pois a alteração da convicção motivada da instância ordinária demandaria reexame aprofundado do quadro fático-probatório, inviável no rito de cognição sumária da ação constitucional.*
>
> *2. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida quando houver falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada for notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.*
>
> *3. As circunstâncias atenuantes não podem acarretar redução da pena em patamar inferior ao mínimo legal previsto para os delitos pelos quais foram condenados os pacientes, em respeito à vedação contida na Súmula n. 231 do STJ.*
>
> *4. Ordem não conhecida* (HC 275.327/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/2/2016).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator