**RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.649 - SP (2019/0080510-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ** |
| RECORRENTE | : | IGOR DANIEL BONACHINI |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO - RS086384B |
| RECORRIDO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**DECISÃO**

**IGOR DANIEL BONACHINI** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos da Apelação Criminal n. 0014542-05.2015.8.26.0032.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que a miorante prevista no referido dispositivo deve ser aplicada em sua fração máxima.

Aduz, ainda, negativa de vigência ao art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, haja vista que foi fixado regime mais gravoso sem qualquer embasamento.

Por fim, afirma ser devida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer o provimento do recurso, para que seja: a) aplicada em 2/3 a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; b) fixado o regime aberto; c) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 403-413 e decisão de admissibilidade à fl. 416.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso, para que seja fixado o regime inicial semiaberto de

cumprimento de pena.

**Decido.**

**I. Fração da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

O Magistrado entendeu devida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no **patamar de 1/3**, "tendo-se em conta a natureza da droga, cujos malefícios são inegáveis e graves – crack" (fl. 222).

O Tribunal de origem manteve a fração aplicada "considerando que o apelante foi surpreendido na posse de 30 porções de crack, pesando 17,58 g" (fls. 323-324).

É certo que tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**. A propósito, confira-se o seguinte julgado: **HC n. 379.203/SC**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 10/2/2017.

No entanto, embora a natureza e/ou a quantidade de substâncias apreendidas constituam, de fato, elementos concretos a ser sopesados para a escolha da fração do redutor, entendo que **a quantidade de drogas trazidas pelo acusado não foi excessivamente elevada (17,58 g de crack), de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas tais circunstâncias para justificar a incidência da minorante em patamar abaixo do máximo previsto em lei.

Entendo, na verdade, que a apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é **inerente ao próprio crime** previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, até porque o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo, conforme entendimento, aliás, externado no **AgRg no REsp n. 1.448.529/RJ**, de relatoria da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (DJe 23/4/2015).

Assim, diante de todas essas considerações, reputo

evidenciada a apontada violação legal, de maneira que deve o recurso ser provido nesse ponto, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas **no patamar de 2/3**, notadamente porque não constam dos autos elementos que evidenciem não ser o recorrente um traficante eventual.

Apenas *ad cautelam*, esclareço que o provimento do recurso – nos termos em que delineados anteriormente – em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado; trata-se, na verdade, de controle de legalidade dos critérios empregados pela Corte estadual na dosimetria da pena, bem como de correção – perfeitamente possível em recurso especial – de uma **evidente discrepância** na reprimenda imposta ao acusado.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores**" (**RHC n. 115.654/BA**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 21/11/2013).

**III. Nova dosimetria**

Uma vez aplicado o redutor na maior fração legalmente prevista, deve ser realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida no mínimo legalmente previsto, ou seja, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, não há nenhuma agravante e apesar de reconhecida a atenuante da menoridade relativa, não há redução das penas, por já se encontrarem no patamar mínimo. Na terceira etapa, aplico em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, torno a reprimenda do recorrente definitivamente estabelecida em **1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa.**

**IV. Regime e substituição da pena**

Quanto ao **regime de cumprimento da pena**, observo que já

concedi a ordem no **HC n. 490.203/SP**, a fim de fixar o regime aberto para cumprimento da sanção ora em discussão. Assim, o presente recurso especial não deve ser conhecido nesse ponto.

Por fim, considerando que o paciente foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e foi apreendido com quantidade de drogas não tão elevada, entendo que a **substituição da pena** se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, de maneira que deve ser provido o recurso também para determinar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por **duas** restritivas de direitos, **as quais deverão ser estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

**V. Dispositivo**

À vista do exposto, **conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento**, para: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do recorrente para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa; b) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais (Processo n. 0014542-05.2015.8.26.0032).

Comunique-se, com urgência, a autoridade coatora, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**