

**HABEAS CORPUS Nº 521.955 - SP (2019/0208731-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FABIANO COELHO MATIAS DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FABIANO COELHO MATIAS DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0034452- 90.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos, 6 meses, e 2 dias de de reclusão, em regime inicial fechado, e 849 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, todos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 13/22).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 25/39), em acórdão assim ementado:

*MATERIALIDADE* auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo comprovação que os materiais apreendidos são drogas.

*AUTORIA* depoimento policial que indica a apreensão de droga validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inoportunidade no caso em tela.

*TRÁFICO* destinação a terceiros indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário (13 supositórios de maconha, pesando 20,7 gramas; 3 lança-perfumes, com peso de 15 mililitros; 44 invólucros de cocaína, com peso de 39,7 gramas e 67 pedras de crack, pesando 20,9 gramas); a forma de acondicionamento, própria para a venda a varejo; o local da abordagem policial ser conhecido como ponto de venda de drogas; e, a falta de capacidade econômica para o réu possuir os entorpecentes apreendidos para seu uso pessoal.

*TRÁFICO COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE* os

# Superior Tribunal de Justiça

*policiais narraram à participação do adolescente na empreitada criminosa amplamente comprovado o envolvimento do adolescente com o réu para fins de prática de tráfico de entorpecentes.*

*PENA base fixada acima do mínimo legal, pela quantidade de drogas apreendidas e pela natureza de duas delas (cocaína e crack) na segunda fase a pena foi exasperada pela agravante da reincidência na terceira fase a pena foi acrescida pela caus de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas inaplicado o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 por estar comprovado que o acusado é reincidente específico.*

*REGIME circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu acusado reincidente específico indicando que regime menos gravoso não atende à finalidade preventiva específica Beccaria regime fechado improvido ao recurso, com determinação.*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 40/45).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/9), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois aplicou excessivo incremento na segunda fase da dosimetria - na fração de 1/4 - apenas por se tratar de reincidência específica.

Em consequência, pede que o aumento de pena em razão da reincidência ocorra na fração de 1/6.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 83/84, opinou pelo não cabimento do *habeas corpus*.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema

recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Para a delimitação da tese defensiva, colaciono o excerto seguinte dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

*[...] Na segunda fase, verifico que o réu é reincidente específico, conforme certidão obtida através do sistema SAJ, em consulta processual à 7ª Vara Criminal Central (fls. 153), razão pela qual aumento as penas em 1/4, perfazendo 07 (sete) anos e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 728 (setecentos e vinte e oito) dias-multa. [...] (e-STJ fl. 21)*

*[...]*

*O embargante aponta a omissão do acórdão, alegando não ter sido apreciado a redução da fração aplicada na segunda fase da dosimetria referente à agravante da reincidência.*

*Porém, o aumento da agravante da reincidência na fração de 1/4 foi mantido em razão de a reincidência ser específica no crime de tráfico de drogas conforme explanado na decisão ora recorrida.*

*Portanto, o réu não faz jus à aplicação da agravante na fração de 1/6, mantendo-se o r. acórdão conforme proferido, rejeitando-se os embargos de declaração em razão do seu caráter protelatório.*

*[...] (e-STJ fl. 42).*

Insurge-se a impetrante contra o excessivo agravamento da pena na segunda fase do cálculo da reprimenda.

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Contudo, constata-se ilegalidade flagrante no *quantum* de incremento punitivo aplicado, qual seja, **1/4 (um quarto)**, em virtude da **reincidência específica** do paciente.

Ora, a **reincidência específica**, justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a **atenuante da confissão espontânea**, também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria.

Ilustrativamente:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ESPECIFICIDADE. AUMENTO EM 1/3. DESPROPORCIONALIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. READEQUAÇÃO DA PENA DEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.*

*1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, na falta de previsão legal, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto), pela incidência das agravantes, exige fundamentação concreta.*

*2. Hipótese em que o aumento da reprimenda em 1/3, com base em apenas um título condenatório transitado em julgado, ainda que reste configurada a reincidência específica, denota a existência de desproporcionalidade na segunda etapa do procedimento dosimétrico.*

*3. No julgamento do HC 365.963/SP, a Terceira Seção firmou o entendimento de que a especificidade da reincidência não enseja um maior desvalor na análise da dosimetria, o que permitiria, em princípio, a sua compensação integral com a*

*atenuante da confissão espontânea.*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 440.349/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2018).*

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*[...]*

*- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.*

*- Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas na reincidência específica do paciente, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6.*

*[...]*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 9 anos e 26 dias de reclusão, e 18 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 405.157/SP, Rel. Ministro REYNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 1/12/2017).*

Assim, deve a ordem ser concedida, de ofício, para reduzir o

montante de elevação da reprimenda, na segunda fase da dosimetria, à fração prudencialmente fixada de **1/6**.

Passo, portanto, ao ajuste da pena.

Mantida a pena-base fixada na origem em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, na segunda fase, aplico o aumento em razão da reincidência na fração de 1/6, perfazendo o montante de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa. Na terceira etapa, mantenho o incremento de 1/6 em decorrência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, ficando a reprimenda definitivamente fixada em 7 anos, 11 meses, e 8 dias de reclusão, e 793 dias-multa.

Fica mantido o regime inicial fechado, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo em razão da valoração negativa dos antecedentes do paciente, bem como pela quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas - 20,7g de maconha, 15 ml de lança-perfume, 39,7g de cocaína e 20,9g de crack (e-STJ fl. 10).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ. Contudo, **concedo a ordem** ex officio para redimensionar a pena do paciente pela prática do crime de tráfico para **7 anos, 11 meses, e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 dias-multa**.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator