



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.090 - RJ (2016/0036995-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABRICIO TELES DE MATTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE CONDENADO A 9 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. ATENUANTE DA MENORIDADE E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– A desconstituição da condenação pelo delito de associação para o tráfico, conforme pretendido pela defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

– Segundo a jurisprudência desta Corte, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da menoridade, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal.

– Hipótese em que há constrangimento ilegal a ser reconhecido, pois as instâncias ordinárias, ao entenderem pela preponderância da reincidência em face da menoridade, agravaram as penas-base em 1/6, entendimento que vai de encontro à jurisprudência deste Superior Tribunal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, reduzindo as penas do paciente para 8 anos de reclusão e 1.200 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.090 - RJ (2016/0036995-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABRICIO TELES DE MATTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FABRICIO TELES DE MATTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0046004-78.2014.8.19.0203.

Consta dos autos que o paciente foi inicialmente denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. Finda a instrução criminal, foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, tendo sido absolvido da prática do delito de associação para o tráfico de drogas (fls. 23/40).

Inconformadas com a sentença, apelaram ambas as partes. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa e proveu o recurso da acusação para condenar o réu também como incurso no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, fixando as penas definitivas em 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.399 dias-multa (fls. 63/78).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento na condenação do paciente, ao fundamento de não existirem nos autos elementos suficientes para a configuração da prática do delito de associação ao tráfico de drogas, pois o *novel dispositivo legal exige animus associativo, ajuste prévio no sentido da formação de vínculo associativo de fato, uma verdadeira societas sceleris, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado, e isto não foi demonstrado no caso dos autos* (fl. 8).

Aponta, ainda, constrangimento ilegal na dosimetria da pena, uma vez que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerou a agravante de reincidência como preponderante sobre a atenuante de menoridade, entendimento que estaria em desacordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja afastada a condenação do paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas e que seja compensada a atenuante da menoridade com a agravante da reincidência em ambos os delitos, se for o caso.

Pedido liminar indeferido (fls. 82-84).

Informações prestadas às fls. 94/126.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, para elidir a exasperação da pena em 1/6, em razão da preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão (fls. 129/133).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.090 - RJ (2016/0036995-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a absolvição do paciente da prática do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343-2006 e, sucessivamente, a redução da pena, com a compensação entre a reincidência e a menoridade.

De pronto, quanto à alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de associação para o tráfico de drogas, é imperioso consignar que o Tribunal de origem formou seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido nos autos, concluindo pela configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes.

Assim, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Nessa linha:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que a Corte de origem concluiu, com base em elementos concretos constantes dos autos, que o delito de associação para o tráfico restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de habeas corpus.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 335.839/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 19/02/2016) – (grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E RECONHECIMENTO DA PRIMARIEDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. A análise da ocorrência ou não da estabilidade para caracterização do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) demanda incursão no contexto fático-probatório, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 262.916/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015) – (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pedido de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da menoridade, sabe-se que, segundo a jurisprudência desta Corte, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da menoridade, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal.

A propósito:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA 269/STJ. PROCESSOS EM ANDAMENTO QUE NÃO PERMITEM A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...).

2. Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, para fins de fixação da pena-base no mínimo legal. Precedentes.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para estabelecer a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, estiver descontando reprimenda em regime mais gravoso. (HC 345.025/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016) – (grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 304 C.C. 297, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. CONFISSÃO NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Reconhecida a incidência da atenuante da menoridade é possível a sua compensação com a agravante da reincidência. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

321.506/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015) – (grifei).

No caso, o sentenciante, na segunda fase da dosimetria, apesar de reconhecer a menoridade, agravou a pena em 1/6 pela reincidência, por entender que esta prevalece sobre aquela (fl. 38).

Por sua vez, o acórdão recorrido, quanto ao delito de tráfico de drogas, consignou que (fls. 73/74):

Andou bem o magistrado de origem ao fazer preponderar a circunstância agravante da reincidência sobre a menoridade.

A regra ditada pelo artigo 67 do Código Penal não autoriza o juiz a deixar de aplicar uma atenuante reconhecida na sentença por entender preponderante outra agravante também presente no caso concreto. A preponderância de uma circunstância sobre a outra, apenas autoriza que aquela que prepondera seja mais valorada do que a outra.

No caso concreto: reconhecida a agravante da reincidência que deve preponderar sobre a atenuante da menoridade (vide artigo 67 do CP), o juiz majora a reprimenda pela reincidência em quantitativo maior do que deve diminuir pela menoridade (fls. 73/74).

Em relação ao delito de associação para o tráfico, o voto condutor assentou que (fl. 76).

Como o réu é reincidente, respeitando os parâmetros fixados para elevar a pena do crime de tráfico de drogas e, repise-se, a possibilidade de preponderância da circunstância agravante da reincidência sobre a atenuante genérica da menoridade majoro a sanção em 1/6, repousando a pena final em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa, à mingua de causas de aumento ou diminuição de pena.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias vai de encontro à jurisprudência desta Corte, segundo a qual, como dito, deve haver a compensação entre a reincidência e a menoridade, por serem ambas preponderantes.

Assim, **redimensiono as penas nos seguintes moldes:**

Quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, mantenho a pena-base de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, presentes a menoridade e a reincidência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promovo a compensação entre elas, por serem preponderantes, nos termos do art. 67 do CP, restando a pena basilar inalterada. Por fim, na terceira fase, ausentes causas modificativas, fixo as penas definitivamente em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Em relação ao delito de associação para o tráfico, mantenho a pena-base de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa. Na segunda fase, presentes a menoridade e a reincidência, promovo a compensação entre elas, por serem preponderantes, nos termos do art. 67 do CP, restando a pena basilar inalterada. Por fim, na terceira fase, ausentes causas modificativas, fixo as penas definitivamente em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Por força da regra do cúmulo material, prevista no art. 69 do CP, promovo o somatório das penas, estabelecendo-se a pena corporal final em 8 anos de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, reduzindo as penas do paciente para 8 anos de reclusão e 1.200 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0036995-0

HC 349.090 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00460047820148190203 460047820148190203

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FABRICIO TELES DE MATTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.