HABEAS CORPUS Nº 492.449 - SP (2019/0036930-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIELE RODRIGUES DA SILVA
PACIENTE	:	LUANA CRISTINA AUGUSTO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IGUALMENTE PREPONDERANTES. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALIADA A OUTROS ELEMENTOS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *"dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - Interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a **atenuante da confissão e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes**, razão pela qual devem ser compensadas, via de regra. A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, independe se a confissão foi

integral, **parcial**, **qualificada**, **meramente voluntária**, **condicionada**, **extrajudicial** ou **posteriormente retratada**, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação.

IV - Na hipótese, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não somente em função da **quantidade de droga apreendida**, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a prisão da paciente, situação que corrobora a conclusão de que se **dedicava à atividades ilícitas**, o que justifica o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

V - **A quantidade de entorpecente** foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso para ambas as pacientes o que está em consonância com o entendimento desta Corte, **ex vi** do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para promover a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da paciente DANIELE RODRIGUES DA SILVA, redimensionando sua pena para **5 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

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, apenas para promover a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da paciente DANIELE RODRIGUES DA SILVA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator