



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 598471 - SP (2020/0178016-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO ARROYO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. REGIME DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto, demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de setembro de 2020.

Joel Ilan Paciornik
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 598471 - SP (2020/0178016-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO ARROYO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. REGIME DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem que o paciente se dedicava a atividades criminosas. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto, demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIS FERNANDO ARROYO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no julgamento da Apelação n. 1502770-92.2019.8.26.0302.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena para 5 anos de reclusão, em regime fechado.

No presente *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos exigidos à aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06), bem como à fixação de regime mais brando.

Requer, assim, a redução da reprimenda e a alteração do regime prisional, com a consequente substituição da pena por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 61/62).

É o relatório.

VOTO

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, policiais civis avistaram diversos indivíduos em uma esquina, local conhecido como ponto de venda de drogas, ao perceber a aproximação dos agentes o ora paciente empreendeu fuga e jogou em cima de um telhado 1 porção de maconha (18,4 g), 2 porções de cocaína (80,23 g) e uma balança de precisão com resquícios da segunda droga. Em revista pessoal, após ser alcançado, foi encontrada a quantia de R\$ 84,00 (oitenta e quatro reais) em notas diversas. O Juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, deixou de aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. O Tribunal *a quo* ratificou tal decisão, conforme se extrai dos seguintes trechos:

Sentença:

[...]

Na terceira fase, não há causas de aumento nem de diminuição de pena a serem aplicadas, tampouco a do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois em evidente incompatibilidade objetivo-subjetiva com as sobreditas circunstâncias judiciais (frise-se, maiormente, que o réu foi menor infrator por ato infracional equiparado ao tráfico e, logo depois, já se viu

envolvido no crime ora analisado), que evidenciam, então, não ter se tratado, nem de longe, de um tráfico isolado, eventual ou mesmo incipiente a que visa o enfocado benefício legal. Saliente-se, ainda, que tal benesse deve incidir na excepcionalidade, em situações específicas, próprias, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio na vida do réu, e não de uma contumácia, estilo, repetição de fato análogo, de uma rotina de proceder (TJSP - Apelação Criminal nº 0002486-09.2007.8.26.0326; Relator: Luiz Antonio Cardoso; 3ª Câmara de Direito Criminal; julgamento: 25/05/2010), de modo a prestigiar o indivíduo neófito no mundo do crime e para que a este não regresse, o que, repita-se, não é o caso aqui tratado, sob pena de, por via transversa, servir como verdadeiro incentivo à reincidência, tamanho o poder lucrativo das drogas e o persuasivo do meio (fl. 26).

Acórdão:

[...]

Na primeira fase, a pena-base foi elevada de 1/3, pela natureza de parte da droga apreendida (cocaína), pelo fato de o recorrente ostentar tatuagens, ter praticado atos infracionais na adolescência e registrar um processo em andamento.

Entretanto, respeitado o entendimento da eminente Juíza, tais elementos não poderiam ter sido sopesados para fins de elevação da pena-base, pois, segundo o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, "os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada" (HC n. 81.866/DF 5ª T. - Relª. Minª. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG P. 15.10.2007).

Demais disso, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais e ações penais ainda em andamento não podem ser utilizados para o recrudescimento das sanções, seja a título de maus antecedentes, personalidade ou mesmo conduta social transviadas, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Não bastasse, a quantidade de drogas apreendidas e sua natureza, integrantes do tipo, não extrapolaram a normalidade, comparando-se a casos similares, razão pela qual não justificam a elevação das básicas, tampouco o fato de o recorrente possuir tatuagens.

Assim, as penas retornam ao piso, isto é, cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

Na segunda fase, nada obstante a presença da atenuante da confissão espontânea, as sanções permanecem nesse patamar, pois "as atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo (cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 STJ) (...)" (RSTJ 161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal

de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623, 755/615, 735/588, apenas para ilustrar. Logo, a confissão não influi na pena. Não há outras atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, porque o recorrente foi surpreendido trazendo consigo substâncias entorpecentes a granel (sobretudo cocaína, duas porções totalizando 81,78 gramas) e uma balança de precisão, a indicar que faria o fracionando das drogas para a revenda, sem olvidar que registra a prática de atos infracionais equiparados ao tráfico ilícito (fls. 62/70) e era conhecido no meio policial pelo envolvimento com a mercancia ilícita, a evidenciar que não era principiante, ao contrário, tinha experiência no ramo e fazia do tráfico ilícito seu meio de vida.

O benefício em questão é reservado para casos específicos em que o crime não é organizado e seja episódio na vida de alguém, sob pena de ser mera válvula de impunidade e de incentivo ao crime. O que não é o caso dos autos.

Aliás, o registro de atos infracionais constitui fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição, sobretudo quando, cotejado com os demais elementos de convicção, evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas, como na hipótese dos autos.

[...]

Assim, ante a ausência de outras causas modificativas, as penas totalizam cinco (5) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira do apelante.

O regime fixado não poderia ser outro a não ser o inicial fechado.

O apelante registra a prática de diversos atos infracionais, sobretudo equiparados ao tráfico ilícito, responde a uma ação penal em curso, era conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com a mercancia ilícita e estava em poder de droga de elevada nocividade à saúde pública (cocaína), demonstrando maior grau de censurabilidade de sua conduta. Isso não pode ser desprezado, exigindo-se, pois, maior rigor na eleição do regime (fls. 13/15).

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade da droga apreendida, especialmente quando atrelada a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente, etc.), indica a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º. Outrossim, a

presença de registro de ato infracional também aponta a dedicação do agente a atividades criminosas e, conseqüentemente, obsta a incidência da minorante em questão.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa. **E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.**

[...]

5. Habeas corpus denegado. (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que

não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita.

[...]

5. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus. Ademais, consta dos autos que o paciente cometeu atos infracionais enquanto adolescente, o que também constitui óbice à incidência do redutor, na medida em que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas (AgRg no REsp 1.816.895/DF, Relator Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, Quinta Turma, DJe 11/10/2019).

2. A valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime prisional mais gravoso com lastro na natureza especialmente deletéria da droga apreendida - 100 eppendorfs de cocaína -, sopesada na primeira fase da dosimetria, fundamento idôneo e suficiente para o recrudesimento, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 580.797/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 15/6/2020).

Por fim, a quantidade e a natureza da droga, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. 112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.***

[...]

- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

*- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que **o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***

Habeas corpus não conhecido (HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 6/11/2015).

[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTA STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo

absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final (HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 8/6/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

VII - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

VIII - O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime semiaberto, o paciente detém circunstância judicial desfavorável, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

IX - Considerando a fixação da reprimenda em patamar superior à 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art.44, inciso I, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido (HC 468.990/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DO REQUISITO CONSTANTE DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

V - Quanto ao regime prisional, não evidencio ilegalidade na fixação do fechado, pois a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, há motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade de droga apreendida, que evidenciam a maior ousadia e periculosidade do paciente, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 44, inciso III, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, estando em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma.

VI - Mantida pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 547.568/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/3/2020, DJe 18/3/2020).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0178016-8

HC 598.471 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15027709220198260302

EM MESA

JULGADO: 15/09/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
THAIS GUERRA LEANDRO - SP374557

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO ARROYO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.