



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 385.189 - SP (2017/0005348-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FELIPE CARLOS ALMEIDA DA CONCEICAO (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NOS ARTIGOS 57 E SEQUINTE DA LEI N. 11.343/2006. INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. NULIDADE. REJEIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA, À ÉPOCA, DO NOVO ENTENDIMENTO DO STF (HC N. 127.900). ALEGADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TRIBUNAL LOCAL QUE, EM SEDE DE RECURSO DA ACUSAÇÃO, EXCLUIU A APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS QUE APONTAM A GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11343/2006 prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade.
- Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, em procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas.
- Na espécie, todavia, considerando que a sentença data de 16/11/2015, anterior, portanto, ao novel entendimento da Corte Suprema, não há qualquer nulidade a ser reconhecida por esta Corte, uma vez que o novo tratamento dado à matéria, por questão de segurança jurídica, é aplicável apenas às instruções não encerradas nos procedimentos penais regidos por lei especial e somente a partir da publicação da ata de julgamento do HC 127.900/AM, ocorrida em 10/3/2016.
- Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes.
- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.
- Na espécie, infere-se que o acórdão recorrido conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, destacando, para tanto, a dedicação às atividades criminosas, ante a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (*maconha, cocaína e crack*), as circunstâncias em que o delito ocorreu e o fato de o paciente não



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possuir ocupação lícita. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

– Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

– Na hipótese, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - *crack*, *maconha* e *cocaína* - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 385.189 - SP (2017/0005348-0)**

**RELATOR** : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FELIPE CARLOS ALMEIDA DA CONCEICAO (PRESO)

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE CARLOS ALMEIDA DA CONCEIÇÃO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.0004413-60.2015.8.26.0348).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 375 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fl. 52).

O Ministério Público estadual e a defesa interpuseram apelação. O Tribunal local deu parcial provimento a ambos os recursos: *ao do réu, tão somente para reduzir a pena-base ao mínimo legal; e, ao do Ministério Público, para afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, estabelecendo-se a pena em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e, ainda, para fixar o regime prisional fechado* (fl. 29).

Nas razões do presente *writ*, o Defensor Público alega, em suma, *a)* nulidade da instrução, decorrente da realização do interrogatório como primeiro ato da instrução; *b)* que houve inconstitucional atuação dos guardas municipais, os quais, *ao invés de solicitarem a atuação da Polícia Militar, exerceram verdadeira atividade de policiamento ostensivo* (fl. 9); *c)* que deve ser aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por alegada inidoneidade dos fundamentos utilizados para negar a sua incidência; e *d)* que a fixação, pela Corte *a quo*, do regime prisional fechado e a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito deram-se em razão, tão somente, da gravidade abstrata do delito de tráfico, com violação do entendimento sedimentado nas Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ao final, pugna, liminarmente, pela imediata transferência do paciente para o regime inicial mais benéfico permitido por lei. No mérito, requer a concessão da ordem definitiva, para que haja anulação do processo, ante a realização do interrogatório ao início da instrução. Subsidiariamente, pede a concessão da ordem para absolver o paciente, tendo em vista a inconstitucional e ilegal atuação da Guarda Civil Municipal. Por fim, solicita a redução da pena, com a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a reforma do regime inicial executório afixado ao ora paciente e a substituição da pena corporal.

Pedido liminar indeferido (fls. 72/77).

Informações prestadas às fls. 86/101.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem (fls. 105/114).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 385.189 - SP (2017/0005348-0)**

### **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.

Cumpra 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-se, inicialmente, a nulidade do feito, ante a realização do interrogatório ao início da instrução.

No caso, o acórdão recorrido consignou que (fls. 32/33):

*Nesse passo, também, não merece ser acolhida a nulidade, por ter sido realizado o interrogatório do réu após a inquirição das testemunhas.*

*É que a defesa limitou-se a apresentar alegação de nulidade em razão da inobservância do rito procedimental previsto no artigo 55 da Lei nº 11.343/06.*

*A nulidade do processo somente tem lugar quando existente algum prejuízo para a parte e, no caso em estudo, a adoção do rito ordinário comum, que prevê maior dilação probatória em relação*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*ao procedimento especial previsto na Lei 11.343/06, nenhum prejuízo trouxe ao réu.*

*Com efeito, a realização do interrogatório após a colheita das provas, a despeito do artigo 57 da Lei de Drogas, possibilita ao réu o conhecimento de todos os fatos que lhe são imputados, podendo, por isso, aparelhar melhor a sua defesa, não havendo, pois, qualquer nulidade.*

*Demais, a defesa não apontou qual o prejuízo que teria sofrido o réu e, à luz do artigo 563 do Código de Processo Penal, “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.*

*Rejeita-se, portanto, a matéria preliminar.*

É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11343/2006 prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade.

Logo, se o artigo 57 da Lei de Drogas determina que o interrogatório do réu será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 da Lei Penal Adjetiva prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

Nessa linha:

**PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVA. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. NULIDADE. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

**1. É manifestamente inadmissível o agravo em recurso especial que não impugna, especificamente, todos os fundamentos da decisão confrontada. Incidência da Súmula 182/STJ.**

**2. Embora a Lei 11.343/2006 preveja procedimento especial a ser seguido nas ações penais instauradas para o julgamento dos**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*crimes de tráfico de drogas, o reconhecimento de nulidade não prescinde da demonstração do prejuízo, o que não ocorreu no caso, tendo-se em vista que o interrogatório do acusado foi efetuado após a oitiva das testemunhas, situação mais benéfica à defesa.*

(...)

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 771.142/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016) - grifei.

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

(...)

2. *É firme o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que "para o julgamento dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal)" (HC 260.795/DF, Rel. Mininstra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 28/02/2013).*

(...)

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 348.709/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016) - grifei.*

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou que a existência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito do processo penal militar, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Durante os debates, os Ministros da Suprema Corte observaram que o referido entendimento também aplicar-se-ia aos casos de processos criminais relacionados à Lei de Drogas, ou seja, nos procedimentos ligados à Lei Antitóxicos; o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, sendo que a Lei n. 11.719/2008, lei geral e posterior se sobreporia à Lei de Drogas, neste pormenor.

A Corte Suprema ressaltou que, diante da mudança de entendimento, aqueles processos que já tiveram a instrução processual encerrada e que haviam aplicado os procedimentos especiais não seriam declarados nulos, fixando orientação de que a mudança seria aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas nos processos de natureza penal militar, eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por lei especial. Eis a ementa do julgado:

*Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa. 3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016).*

Na espécie, todavia, considerando que a sentença data de 16/11/2015, anterior, portanto, ao novel entendimento da Corte Suprema, não há qualquer nulidade a ser reconhecida, uma vez que a mudança será aplicável apenas às instruções não encerradas nos procedimentos penais regidos por lei especial e somente a partir da publicação da ata de julgamento do HC 127.900, ocorrida em 10/3/2016.

Logo, tendo o acórdão recorrido agido com acerto ao não acolher a preliminar suscitada pela defesa em seu recurso de apelação, pois, à época, inexistia o vício ora em tela, não há nulidade a ser reconhecida de ofício por esta Corte.

Prosseguindo, a defesa pede a concessão da ordem para absolver o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, ante a inconstitucional e ilegal atuação da Guarda Civil Municipal, que exerceu, no caso, policiamento ostensivo, quando este caberia à Polícia Militar.

O sentenciante, quanto à matéria, destacou que (fls. 45/46):

*Registro, ademais, que o fato de a prisão em flagrante ter sido realizada por guardas civis municipais não a torna nula. Deve-se registrar que o crime de tráfico de droga, nas modalidades trazer consigo e guardar, é crime permanente, razão pela qual a prisão em flagrante é permitida a qualquer momento durante a realização das referidas condutas.*

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo, assentou que (fls. 31/32):

*Por primeiro, a alegação de que a prova é ilícita não merece ser acolhida. Quem traz consigo substância entorpecente, crime de caráter permanente, considera-se em flagrante enquanto não cessada a permanência. Sendo assim, é possível a realização de revista pessoal pelos guardas metropolitanos.*

*Demais, a Constituição Federal permite até mesmo o ingresso na residência, sempre que nela esteja ocorrendo um crime, independentemente de mandado judicial. Dessa forma, não há que se falar em atuação indevida dos guardas municipais.*

Sabe-se que, de acordo com o artigo 301 do Código de Processo Penal, *qualquer do povo poderá, e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*. Ora, se qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita e nulidade do processo em comento.

Nesse sentido:

**PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL BASEADA EM PROVAS ILÍCITAS. AVENTADA NULIDADE ABSOLUTA. INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. INOCORRÊNCIA. ALEGADA INVASÃO À INTIMIDADE. CONCLUSÃO DA ORIGEM EM SENTIDO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*CONTRÁRIO. INFIRMAR A PREMISSA DEMANDA REEXAME DE PROVA. INVIABILIDADE. COAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

- 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
- 2. Pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer um do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).*
- 3. O acórdão de origem reconheceu que as drogas avaliadas no auto de constatação preliminar foram capturadas na posse do comprador e em via pública, fora do domínio de propriedade do paciente.*
- 4. Nesse contexto, contrariar a conclusão do Tribunal a quo, é revolvimento probatório, vedado na via do remédio heroico.*
- 5. Não estando a ação penal pautada em prova ilícita, descabe o pleito de trancamento da ação penal.*
- 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 344.085/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016).*

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.*

- 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.*
- 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.*

*TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO PROCESSO. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA INEXISTENTE.*

*Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à sua realização por guardas municipais.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Precedentes.*

(...)

2. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 354.363/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Busca-se, ainda, na presente impetração, o restabelecimento da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena do paciente, com a consequente fixação do regime mais brando e aplicação do art. 44 do CP.

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.

No caso, o sentenciante condenou o ora paciente à pena definitiva de 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo negada a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos (fls. 47/50).

O Tribunal de origem, por seu turno, ao julgar os apelos ministerial, reduziu a pena-base ao piso legal, mas afastou o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, alcançando a sanção o montante definitivo de 5 anos de reclusão. O voto condutor do acórdão recorrido veio fundamentado da seguinte forma (fl. 38):

*Contudo, no ponto, com razão ao “parquet” em sua pretensão. O acusado, realmente, não faz jus à aplicação do redutor, pois, considerando a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas quatrocentos e oitenta e sete (487) invólucros com “maconha”, setenta e sete (77) “eppendorfs” grandes de cocaína, cento e vinte (120) “eppendorfs” pequenos desta mesma droga e, ainda, vinte e cinco (25) invólucros com “crack”, o que possibilitaria atingir com sua atividade criminosa, ao menos, algumas centenas de pessoas, demonstra, à evidência, que o acusado se dedica às atividades criminosas, vivendo do nefando comércio, tanto é que ele estava desempregado. Em suma, vivia do tráfico ilícito, ou seja, dedicava-se às atividades criminosas, o que impede, por óbvio, a aplicação do redutor.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Assim, não há como não reconhecer que ele se dedica ao tráfico ilícito de drogas, ou seja, às atividades criminosas.*

Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Nesse sentido, conferir: *HC 362.266/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016 e HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016.*

Na espécie, pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (855,6g de maconha, 91,1g de cocaína e 17,5g de crack), as circunstâncias em que o delito ocorreu e o fato de o paciente não possuir ocupação lícita, permitem concluir que há dedicação às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

*2. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada, sobretudo, pelas circunstâncias do delito e pela quantidade e variedade de drogas apreendidas (162 porções de cocaína), está em consonância com o entendimento desta Corte.*

*Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.*

*(...)*

*Habeas corpus não conhecido. (HC 383.215/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.*

*TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO.*

*CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com base na quantidade e na diversidade das drogas (22 porções de maconha; 81 pinos plásticos de cocaína e 66 invólucros de crack), assim como no fato de ter sido o agente preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, que o paciente se dedica à atividade criminosa, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 369.636/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

Por oportuno, inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

*In casu*, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 855,6g de maconha, 91,1g de cocaína e 17,5g de crack -, utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO DO SENTENCIADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PREPONDERANTE DESLOCADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

(...)

*IV - In casu, o eg. Tribunal de origem, na primeira fase da dosimetria, manteve a pena-base fixada na sentença, ou seja, no mínimo legal, que se tornou definitiva, uma vez que, na derradeira fase, foi afastado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**11.343/06. O fundamento utilizado, dentre outros fatores, foi a quantidade de entorpecente. Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da quantidade de droga apreendida na terceira fase, o regime inicial adequado é o fechado.**

*Habeas corpus não conhecido.* (HC 374.901/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 07/03/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e os pacientes sejam primários, a variedade, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 48 porções de crack, 70 porções de maconha e 169 tubos eppendorf de cocaína - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.

6. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

*Habeas corpus não conhecido.* (HC 375.681/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017) - grifei.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do *habeas corpus***, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0005348-0

**HC 385.189 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044136020158260348 20160000648732 44136020158260348

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : FELIPE CARLOS ALMEIDA DA CONCEICAO (PRESO)

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