



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 854914 - SP (2023/0336599-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
**IMPETRANTE** : MARCIO HERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : MARCIO HERNANDES DE OLIVEIRA - MG095002  
BIANCA NICOLAU MILAN - SP288142  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CARLOS JUNIO LINS DE SOUZA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. BUSCA PESSOAL POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/06. MAJORANTE DE CARÁTER OBJETIVO MANTIDA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

#### I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de acusado condenado por tráfico de drogas e resistência, questionando a competência da Guarda Municipal para realizar busca pessoal e a aplicação de majorante e regime prisional.

2. O Tribunal de origem afastou a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, excluiu a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e redimensionou a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a Guarda Municipal tem competência para realizar busca pessoal em caso de tráfico de drogas e se a aplicação de regime prisional mais gravoso foi adequada.

4. Há também a discussão sobre a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, e a possibilidade de aplicação do tráfico privilegiado.

### III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A Guarda Municipal pode realizar busca pessoal em caso de fundada suspeita, como no presente caso.

6. A majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, é de natureza objetiva, bastando a proximidade geográfica com estabelecimento de ensino.

7. A não aplicação do tráfico privilegiado foi justificada pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas, bem como a apreensão de R\$1.500 em espécie, além de registros de atos infracionais.

8. Considerando a primariedade e o *quantum* de pena estabelecido, o paciente faz jus ao regime semiaberto para início de cumprimento da pena, *ex vi* do art. 33, § 2º e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 854914 - SP (2023/0336599-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
**IMPETRANTE** : MARCIO HERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : MARCIO HERNANDES DE OLIVEIRA - MG095002  
BIANCA NICOLAU MILAN - SP288142  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CARLOS JUNIO LINS DE SOUZA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. BUSCA PESSOAL POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/06. MAJORANTE DE CARÁTER OBJETIVO MANTIDA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

#### I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de acusado condenado por tráfico de drogas e resistência, questionando a competência da Guarda Municipal para realizar busca pessoal e a aplicação de majorante e regime prisional.

2. O Tribunal de origem afastou a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, excluiu a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e redimensionou a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a Guarda Municipal tem competência para realizar busca pessoal em caso de tráfico de drogas e se a aplicação de regime prisional mais gravoso foi adequada.

4. Há também a discussão sobre a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, e a possibilidade de aplicação do tráfico privilegiado.

### III. RAZÕES DE DECIDIR

5. A Guarda Municipal pode realizar busca pessoal em caso de fundada suspeita, como no presente caso.

6. A majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, é de natureza objetiva, bastando a proximidade geográfica com estabelecimento de ensino.

7. A não aplicação do tráfico privilegiado foi justificada pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas, bem como a apreensão de R\$1.500 em espécie, além de registros de atos infracionais.

8. Considerando a primariedade e o *quantum* de pena estabelecido, o paciente faz jus ao regime semiaberto para início de cumprimento da pena, *ex vi* do art. 33, § 2º e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

### RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fls. 96-100 e-STJ:

*Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de CARLOS JUNIO LINS DE SOUZA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1500332-38.2022.8.26.0545).*

*O paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto, além do pagamento de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e de 2 meses de detenção em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 329, caput, do Código Penal, substituídas as penas privativas de liberdade por restritiva de direitos.*

*O Tribunal de origem deu provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público para afastar a substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos, bem como excluir a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, mantida, no mais, a sentença.*

*A defesa alega: a) "a perseguição e busca pessoal que resultou na apreensão das drogas foi oriunda de atuação da Guarda Civil Municipal [...] ocorre que, nos termos da Constituição Federal, art. 144, § 8º, a Guarda Municipal não tem competência para tanto" (e-STJ fl. 12); b) "não há que se falar em flagrante, porquanto não houve*

*qualquer motivação legítima para proceder à abordagem, mas a simples suspeita decorrente da tentativa de fuga do acusado" (e-STJ fl. 14); c) "a simples menção à quantidade e à diversidade das drogas, dissociada de qualquer outro elemento, não é suficiente para se concluir acerca da dedicação do paciente às atividades criminosas ou participação em organização criminosa, afastando, peremptoriamente, a incidência da referida benesse, até porque tais critérios não se encontram descritos no art. 33, § 4º, do diploma antidrogas" (e-STJ fl. 26); d) "o paciente não poderia ter a sua situação processual prejudicada em razão de prática de atos durante a sua adolescência, ocasião em que ele gozaria da condição de pessoa em particular estado de desenvolvimento [...] mesmo que comprovada participação anterior do paciente com a prática de atos infracionais análogos ao tráfico, isto, por si só, não significa dizer que ele estaria envolvido em atividade criminosa e/ou organização criminosa [...] a mera reiteração da prática de atos de venda de entorpecentes, sequer comprovada no presente feito, em muito difere do duradouro envolvimento com tais práticas ilícitas" (e-STJ fl. 27); e) "deve ser afastada a causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 [...] não havia movimentação nos locais devido à atual situação de pandemia, de modo que não restou cabalmente comprovado que o paciente se valeu dessa proximidade para a disseminação da venda" (e-STJ fl. 35); e f) "embora o acusado estivesse nas proximidades de escola, a majorante não deve incidir, uma vez que o tráfico foi praticado à noite, quando o estabelecimento estava fechado" (e-STJ fl. 35).*

*Requer liminar para suspender a ação penal até o julgamento do presente habeas corpus e, definitivamente, deferimento da ordem para reconhecer a nulidade decorrente da busca pessoal realizada por guarda municipal ou, subsidiariamente: aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006; afastar a majorante prevista no art. 40, III, da mesma lei; fixar regime prisional mais brando; e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

Pedido liminar indeferido (fls. 96-10).

Informações prestadas às fls. 106-110 e 111-156.

O Ministério Público Federal, às fls. 160-171, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR GUARDAS MUNICIPAIS. REVISÃO DA DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO. WRIT SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. 1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada. 2. Não é vedado às Guardas Municipais realizar a busca pessoal de quem for suspeito de eventual prática de delito, desde que sejam observados os direitos daquele que é submetido a revista pessoal e haja fundadas razões. 3. Diante da natureza e quantidade de drogas apreendidas, justifica-se a não incidência do tráfico privilegiado, notadamente quando o réu tem registro de atos infracionais. 4. Se a droga apreendida era comercializada nas imediações de estabelecimento de ensino, deve incidir a majorante prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006, ainda que o entorpecente não tenha sido efetivamente disseminado entre os alunos. 5. Parecer pelo não conhecimento do writ.*

É o relatório.

## VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

*(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

*(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)"*

*(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

Quanto às relatadas controvérsias, a Corte de origem assim se pronunciou:

*Inicialmente, rejeito a preliminar de ilicitude das provas, suscitada pela douta defesa, sob o fundamento de carência de competência dos guardas municipais para realização de policiamento e busca pessoal. Com o advento do Estatuto das Guardas Municipais (Lei 13.022/14),*

que entrou em vigor no dia 8 de agosto de 2014 (art. 23) e regulamentou o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, a competência dos integrantes da Guarda Civil Municipal foi devidamente regulamentada, cabendo-lhes, entre outras atribuições, “prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais” (art.5º, II); “atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais” (art. 5º, III); e “encaminhar ao delegado de polícia, diante deflagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário” (art. 5º, XIV). Ademais, os guardas civis municipais, assim como qualquer do povo, podem efetuar a prisão em flagrante do agente cuja conduta amolda-se às hipóteses taxativas do artigo 302 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, aliás, é pacífica a orientação jurisprudencial sedimentada no Colendo Superior Tribunal de Justiça: (...)

No caso dos autos, os guardas civis municipais A e M efetuavam fiscalização de bares, com várias viaturas, em face de informações de que lá ocorria perturbação do sossego. O local também era conhecido como ponto de venda de entorpecentes. Durante esta atividade, avistaram o acusado na companhia de outro indivíduo. Eles passaram a andar apressadamente ao avistarem a presença dos agentes e entraram em um condomínio. Souberam depois que ele nem ao menos morava naquele local. Perseguiram apenas o acusado, pois ele estava com uma sacola em mãos. Depois de entrar ao edifício, Carlos rumou para o último andar, de onde arremessou a referida sacola. Nela foram encontrados maconha, cocaína, crack e aproximadamente 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Indagado, o acusado teria confessado informalmente a traficância, momento em que lhe foi dada voz de prisão, contra a qual ofereceu resistência, com socos e chutes. Nesse cenário probatório e jurídico, em virtude da existência de circunstâncias fáticas indicadoras do estado flagrancial do acusado, justificadas a posteriori (STF Tribunal Pleno, RE 603.616/RO), aliada à competência dos guardas civis municipais (Lei nº 13.022/14, art. 5º, II, III e XIV), não há que se falar em ilicitude da busca pessoal que culminou na apreensão das porções de drogas e do dinheiro, da prisão flagrancial do acusado e, ainda, do início da persecução penal. Por fim, tratando-se de crime permanente, restou caracterizada a situação de flagrância, de modo que qualquer do povo e, principalmente, agentes como os guardas municipais, podem e devem impedir o cometimento do ilícito, como veio a ocorrer no presente processo. (...) E, comprovado que o tráfico ilícito de entorpecentes foi praticado nas imediações da Escola Estadual João Ernesto de Almeida Vanni, conforme o laudo pericial de fls. 107/109, deve ser acolhido o pleito ministerial de reconhecimento da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Como cediço, aludida causa de aumento de pena tem natureza objetiva e, por essa razão, não é necessária a efetiva comprovação de mercancia no respectivo estabelecimento estudantil ou no local onde se desenvolvem atividades sociais, culturais e esportivas, ou mesmo de que o comércio espúrio visasse a atingir os frequentadores de tais recintos, bastando, para incidência da majorante, que a prática ilícita tenha ocorrido nas imediações dos aludidos estabelecimentos. Confira-se, a propósito, pacífico entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: (...) A maior reprovabilidade da conduta decorre do maior afluxo de tais pessoas nas imediações de tais locais, a ensejar maior potencialidade de lesão ao bem jurídico tutelado, no caso a saúde pública. E, no caso dos autos, restou demonstrado que o tráfico

de drogas ocorria nas imediações de uma escola, como já mencionado. (...) Consigno que não era mesmo o caso de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, isto é, do reconhecimento do crime de tráfico de drogas dito privilegiado, vez que o benefício, por expressa disposição legal, aplica-se somente aos réus primários que não se dediquem às atividades criminosas. Com efeito, no caso dos autos, as circunstâncias em que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi praticado, com apreensão de porções de maconha, cocaína e crack, além de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos) reais, em espécie, indicam que não se trata de “traficante de primeira viagem”, ou “pequeno traficante” aquele que só trafica para a subsistência básica e sustento do próprio vício, único destinatário excepcional da especial causa de redução de pena. Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: (...) Ademais, a notícia da prática de ato infracional análogo ao mesmo crime de tráfico de drogas (certidão de fl. 42), que ensejou a aplicação de medidas socioeducativas, embora não constitua fundamento idôneo à fixação da pena-base acima do mínimo legal, presta-se, em conjunto com as circunstâncias do delito acima descritas, à demonstração deque o apelado se dedicava a atividades criminosas, impedindo, assim, a incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tanto mais quando consideradas as sobreditas circunstâncias. Nesse sentido, é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: (...) Em vista dessas considerações, as reprimendas se consolidam para este crime em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa mínimos. O regime inicial deve ser o fechado, nos termos do apelo ministerial, ante a quantidade da pena concretizada e a gravidade concreta do delito praticado (Súmulas 718 e 719 do STF). Não se ignora a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES, em que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (com a redação trazida pela Lei nº 11.464/07), dispositivo normativo que determinara a fixação do regime inicial fechado às pessoas condenadas pelo crime tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, tal decisão, além de ter sido tomada incidenter tantum, afastou a constitucionalidade da norma que impunha ao juiz a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para tal crime. A tal se limitou, com a observação de que o Estado-juiz deve adotar as regras da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), com aplicação, inclusive, do disposto no artigo 33, §§ 2 e 3º, do Código Penal. Em outras palavras, a Suprema Corte brasileira não vedou a fixação do regime inicial mais rigoroso ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes quando as circunstâncias do caso concreto assim o recomendarem, impondo-se também no crime em questão, segundo o citado precedente, que o magistrado aplique o regime inicial mais adequado ao caso concreto, segundo as regras gerais da individualização da pena. No caso dos autos, a devida reprovabilidade da conduta do acusado, concretamente aferida dos elementos dos autos, não permite a fixação de regime prisional mais brando. Com efeito, para além da quantidade de pena corporal aplicada, as circunstâncias da apreensão do entorpecente e a gravidade da conduta reprimida que envolveu a apreensão de setenta e três porções de drogas variadas, entre elas o “crack”, por réu que já teve aplicadas em seu desfavor medidas socioeducativas pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, além de ser o tráfico perpetrado nas proximidades de pontos com maior afluxo de pessoas, que torna acessíveis drogas de efeitos extremamente deletérios a pessoas que não teriam alcance ao entorpecente se encontrassem maior dificuldade em sua aquisição, o que demonstra a intensidade da violação do bem jurídico protegido pela norma penal, evidenciando a necessidade da adequada resposta estatal. Confira-se, a propósito, entendimento firmado no Excelso

*Supremo Tribunal Federal: (...) Do delito de resistência As penas foram as mais brandas, 2 (dois) meses de detenção, não comportando alteração. Quanto ao início de cumprimento da pena, mostrou-se adequada a fixação do regime aberto. Incabível, até pelo montante punitivo total, superior a quatro anos, a concessão de sursis penal (CP, art. 77) ou de substituição da pena corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44), benesses previstas a delitos de menor potencial ofensivo, e não a crimes hediondos ou equiparados. Há de se ressaltar, ainda, que a natureza e gravidade concreta do delito de tráfico de entorpecentes, acima destacados, impedem a aplicação das penas alternativas. Além da frontal incompatibilidade com o regime prisional adequado (inicial fechado), não se reconhecem como preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44, do Código Penal, na medida em que se evidencia insuficiente a substituição punitiva e suspensão da pena à vista do grau de reprovabilidade da conduta.*

A jurisprudência do STJ estabelece que guardas municipais não têm competência para realizar abordagens e revistas em suspeitos de tráfico de drogas, salvo em flagrante delito, vale dizer, "só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se, além de justa causa para a medida (fundada suspeita), houver pertinência com a necessidade de tutelar a integridade de bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, assim como proteger os respectivos usuários, o que não se confunde com permissão para desempenharem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária em qualquer contexto", nos termos do voto do relator, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do HC n. 830.530/SP.

No caso, a abordagem foi justificada pela fundada suspeita gerada pela conduta do paciente, que arremessou uma sacola ao perceber a aproximação dos guardas.

Assim, o entendimento exarado pela Corte de origem está de acordo com a jurisprudência desta Corte, pois "Conforme consta dos autos, o corréu, ao avistar a viatura da guarda municipal dispensou sacola em via pública contendo drogas, a partir daí foi realizada sua captura. Apenas após constatada a prática de crime é que se procedeu com as buscas que levaram à prisão do paciente e se angariaram outros elementos de prova que corroboram a versão dos agentes." (AgRg no HC n. 876.955/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2024, DJe de 5/11/2024.)

Quanto tráfico privilegiado, o parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às

atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, as circunstâncias da apreensão das drogas ou da prisão em flagrante, 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.

No caso, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias da apreensão das drogas e do flagrante, elementos que justificam o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram dedicação às atividades criminosas.

Assim, o acórdão está de acordo com a jurisprudência da 5ª Turma desta Corte, no sentido de que "tendo o Tribunal de origem concluído que não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, ao constatar que o acusado se dedicava à atividade criminosa, haja vista não apenas a quantidade de droga apreendida, mas também circunstâncias concretas que indicam que não se trata de traficante eventual, rever tal conclusão, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, implica o reexame de fatos e provas, procedimento inviável na instância especial."(AgRg no AREsp n. 2.568.204/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 13/8/2024.)

Quanto à causa de aumento da pena prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, o STJ entende que para sua incidência, é suficiente que o tráfico de drogas tenha sido praticado nas imediações dos locais especialmente protegidos pela norma, sendo desnecessário que a mercancia tenha como alvo os frequentadores destes estabelecimentos.

No caso, evidenciado que o tráfico de drogas perpetrado pelo acusado ocorreu nas imediações de estabelecimento de ensino, deve ser mantida a incidência da causa especial de aumento de pena em desfavor do paciente.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO INCISO III DO ARTIGO 40 DA LEI N. 11.343/03. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão*

*vergastada pelos próprios fundamentos.*

*II - Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de writ nesta instância superior, uma vez que a competência do Superior Tribunal de Justiça, prevista no artigo 105, I, "e", da Constituição Federal, restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.*

*III - O presente writ foi impetrado contra acórdão do Tribunal de origem já transitado em julgado (consulta ao sítio do Tribunal a quo). Diante dessa situação, não deve ser conhecido o presente habeas corpus, porquanto fora manejado como substitutivo de revisão criminal.*

*IV - "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas, ou qualquer outra falha ocorrida no acórdão impugnado, também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal" (AgRg no HC 690.070/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 25/10/2021).*

*V - Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior "a majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, quando se refere ao tráfico nas proximidades de hospitais e escolas, é de natureza objetiva, bastando a configuração da situação geográfica - como efetivamente ocorreu, no presente caso, ao que se colhe do acórdão" (AgRg no AREsp n. 2.194.622/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/2/2023).*

*Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no HC n. 872.719/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 13/9/2024.)*

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do *quantum* da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe: "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."

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.

A análise realizada pelo Tribunal de origem está em desacordo com a jurisprudência desta Corte acerca da temática, no sentido de que **"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."** (AgRg no HC n. 938.128/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2024, DJe de 23/10/2024.)

Assim, considerando a primariedade e o *quantum* de pena estabelecido, o paciente faz jus ao regime semiaberto para início de cumprimento da pena, *ex vi* do art. 33, § 2º e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem de ofício, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0336599-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 854.914 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15003323820228260545 20766672022

EM MESA

JULGADO: 10/12/2024

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARCIO HERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO

ADVOGADOS : BIANCA NICOLAU MILAN - SP288142

MARCIO HERNANDES DE OLIVEIRA - MG095002

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS JUNIO LINS DE SOUZA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.