

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.326 - SP (2014/0116543-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RECORRIDO** : **ERIKA CRISTINA DOS SANTOS SILVA (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO *A QUO* QUE ABSOLVEU A RÉ, AO FUNDAMENTO DE QUE A PROVA OBTIDA ERA ILÍCITA, POIS A PRISÃO FOI EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 301 DO CPP. PROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. RESTABELECIMENTO DA PENA FIXADA NA SENTENÇA. INVIABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO INFIRMAM O ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. SÚMULA 283/STF.

Recurso especial parcialmente provido, apenas para cassar o acórdão que absolveu a recorrida (Embargos Infringentes n. 0036061-20.2011.8.26.0309/50000), restabelecendo o aresto que deu parcial provimento ao apelo defensivo (Apelação n. 0036061-20.2011.8.26.0309).

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público de São Paulo**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 0036061-20.2011.8.26.0309.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a recorrida, Erika Cristina dos Santos Silva, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

A recorrida apelou (fls. 128/141). O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo, reduzindo a pena imposta a 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 166 dias-multa, fixando o regime aberto e substituindo a pena carcerária por restritivas de direitos (fls. 176/205).

# Superior Tribunal de Justiça

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Agente surpreendida em poder de porções de maconha, cocaína e 'crack'. Materialidade e autoria indúvidas. Acusada surpreendida em plena atividade delituosa, logo após fornecer entorpecente a um usuário. Prova robusta. Condenação bem lançada. Pena. Redução. Adoção do grau máximo ao redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos. Possibilidade. Quantidade de droga não exagerada; acusada com apenas dezoito anos de idade e que, aparentemente, estava comercializando entorpecente para custear o próprio vício. Atenuação do regime prisional. Admissibilidade. A previsão de regime obrigatório viola o princípio da individualização da pena. Precedente do Plenário do STF. Substituição da carcerária por sanções alternativas. Cabimento. Precedentes das Cortes Superiores. Taxa judiciária suspensa - Por maioria de votos deram parcial provimento para reduzir a pena, atenuar o regime prisional e substituir a carcerária por restritivas de direitos. Vencido o Revisor que acolhia o apelo em maior extensão.

Opostos embargos infringentes (fls. 220/225), foram acolhidos para, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolver a recorrida, ao fundamento de que a prova obtida com sua prisão era ilícita, uma vez que os condutores do flagrante eram guardas municipais:

[...] em que pese o respeito ao entendimento esposado na sentença e que teve o apoio do Ministério Público de ambas as instâncias, a absolvição da ré se impõe, pelo reconhecimento da insuficiência de provas, pois de origem ilícita, uma vez que foram produzidas por guardas municipais, os quais têm a sua atuação restrita àquela prevista na Constituição, cabendo-lhes a tarefa precípua de proteção ao patrimônio do município, entre as suas atribuições não se inserindo o poder de realizar revistas pessoais quando simplesmente suspeitam de alguma pessoa, ainda que em razão de recebimento de denúncia anônima, como aqui se deu. Como qualquer do povo, estão autorizados e legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a prender quem se encontrar em flagrante delito e, também, nessas circunstâncias, a apreender objetos e instrumentos do crime. Todavia, não podem realizar buscas inautorizadas, como a versada nestes autos, com invasão da esfera da intimidade de alguém para, só então, constatarem a ocorrência de um crime e assim prender o suspeito.

[...]

O recurso especial, além de suscitar dissídio jurisprudencial, aponta a contrariedade ao art. 301 do Código de Processo Penal, no que diz respeito *à possibilidade de guardas municipais realizarem a prisão em flagrante delito, quando noticiados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes*.

# Superior Tribunal de Justiça

Pede o recorrente a cassação do acórdão *a quo* e o restabelecimento da decisão condenatória de primeiro grau.

Oferecidas contrarrazões (fls. 337/342), foi admitido o recurso na origem (fl. 353).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 363/372).

RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, III, a E c, DA CF, CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL QUE DEU PROVIMENTO AOS DEFENSIVOS EMBARGOS INFRINGENTES, PARA ABSOLVER A RECORRIDA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06), POR INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE, REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. ALEGAÇÕES DE CONTRARIEDADE AO ART. 301 DO CPP E DA OCORRÊNCIA DE DISSÍDIO PRETORIANO. PROCEDÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADA. REGULARIDADE DO FLAGRANTE EFETIVADO POR MEMBROS DA GUARDA MUNICIPAL, COM BASE NO ART. 301 DO CPP. BUSCA PESSOAL JUSTIFICADA PELO ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PRECEDENTE DO STJ. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

Razão assiste ao recorrente, em parte. Senão, vejamos.

De saída, em relação ao indicado dissenso jurisprudencial, não houve a demonstração da divergência, por meio da realização do cotejo analítico, com a transcrição de trechos que demonstrem a similitude fática e a diferente interpretação da lei federal, consoante determina o art. 255, § 2º, do RISTJ.

Todavia, quanto à alegação de contrariedade ao art. 301 do Código de Processo Penal, entendo que a **pretensão recursal comporta acolhida**, visto que, em dissonância com o estabelecido no acórdão impugnado, esta Corte Superior firmou o entendimento de que inexistente ilegalidade na prisão em flagrante efetuada por guardas municipais, pois, nos termos do art. 301 do

# Superior Tribunal de Justiça

Código de Processo Penal, é facultado a qualquer do povo prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Nesse sentido, confirmam-se:

[...] 4. A Quinta Turma deste Sodalício expõe que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).

(HC n. 194.392/SP, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 15/3/2012)

[...] 1. Embora a Guarda Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8o. da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreensão de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP.

(HC n. 109.592/SP, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 29/3/2010)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão.

(HC n. 129.932/SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 1º/2/2010)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA.

1. Não há falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, conseqüentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais, que estavam de ronda e foram informados da ocorrência da prática de tráfico de drogas na ocasião, se pode fazê-lo qualquer do povo (artigo 301 do Código de Processo Penal).

2. Recurso improvido.

(RHC n. 20.714/SP, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 4/8/2008)

Ressalto, no entanto, que o recurso especial não atacou o fundamento do acórdão embargado (apelação criminal) que diz respeito à

# *Superior Tribunal de Justiça*

redução de pena operada no patamar máximo previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual o pedido de restabelecimento da condenação, tal como fixada na sentença, não comporta análise, por incidência da Súmula 283/STF.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial, apenas para cassar o acórdão que absolveu a recorrida (Embargos Infringentes n. 0036061-20.2011.8.26.0309/50000), restabelecendo o aresto que deu parcial provimento ao apelo defensivo (Apelação n. 0036061-20.2011.8.26.0309).

Publique-se.

Brasília, 24 de março de 2015.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator