



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 801214 - SP (2023/0035809-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GUILHERME ANDRE DE CASTRO FRANCISCO E OUTROS
ADVOGADOS : GUILHERME ANDRE DE CASTRO FRANCISCO - SP390592
 MAIQUE ALEXANDRE CARDOSO DE CARVALHO - SP449710
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em benefício de RAFAEL HENRIQUE DE SOUZA FERREIRA, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO no julgamento do HC n. 2002433-40.2023.8.26.0000.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 09/01/2023, pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem nos termos do acórdão que restou assim ementado:

"Habeas corpus - Tráfico de drogas - Adequação da prisão preventiva - Atuação da Guarda Municipal que não extrapola as suas atribuições - Presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar - Conduta grave 'in concreto' - Medidas cautelares alternativas insuficientes - Constrangimento ilegal não evidenciado - Ordem denegada." (fl. 140).

No presente *writ*, o impetrante aduz ilegalidade do flagrante e de todas as provas dele decorrentes, uma vez que efetuado por guardas municipais, os quais revistaram o paciente e atuaram, desse modo, fora de suas atribuições.

Pondera a ausência de fundamentação concreta que justifique a prisão preventiva do paciente, baseada apenas na gravidade abstrata do delito.

Assevera não estarem presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Assegura a suficiência da aplicação de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do CPP.

Requer, em liminar e no mérito, o reconhecimento da nulidade das provas produzidas e a revogação da prisão preventiva do paciente, com expedição de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida às fls. 147/148. Informações prestadas às fls. 151/152.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, em parecer acostado às fls. 174/188.

É o relatório.

Decido.

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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da nulidade das provas e a revogação da custódia cautelar imposta ao paciente.

Quanto ao ponto, assim se manifestou o Juízo Singular, ao converter a prisão em flagrante em preventiva:

"Narra a ocorrência que guardas municipais estavam em patrulhamento, quando se depararam com Rodrigo, este que ao avistar a viatura jogou um objeto aparentemente branco e tentou se evadir, porém obtiveram êxito em abordá-lo. Que Realizaram revista pessoal em Rodrigo, encontrando uma porção de crack, o que de pronto disse ser para seu consumo pessoal, porém recuperaram o objeto lançado por ele, sendo um maço de cigarro com uma chave dentro, então indagado do porque teria jogado o maço de cigarro, respondeu que se assustou, porque a chave era de sua residência e seu irmão Rafael estaria armazenando drogas no local. Rodrigo aceitou que os Guardas fossem até a residência, autorizando a entrada deles, indicando seu quarto e do irmão Rafael. Que no quarto de Rodrigo nada de ilícito foi encontrado, já no quarto de Rafael se depararam com ele manuseando uma mala de viagem com diversos objetos e porções de drogas, sendo em pequenas porções e a granel, além de R\$ 21,00 (vinte e um reais). Foram encontradas 24 porções pequenas de maconha, 1 tijolo de maconha, 92 pequenas porções de cocaína, 1 tijolo de cocaína, 1 saco com cocaína a granel de cor branca, 1 saco com cocaína a granel de cor amarela e uma pedra de crack. Com Rodrigo foi encontrado um aparelho celular e no quarto de Rafael outros dois aparelhos, todos da marca Motorola. Dentro da mala foram encontrados ainda, 1 tesoura de costura, 1 faca de serra, 1 rolo de saco para alimentos, 1 rolo de papel, 1 vidro de acetato de etila com

menos de 1/4 de litro de um líquido transparente em seu interior, 2 balanças de precisão, um saco com microtubos plásticos vazios, 2 cadernos de anotações e folhas soltas também com anotações. Diante dos fatos conduziram Rodrigo e Rafael para a delegacia.

A conduta de Rodrigo foi enquadrada como a prevista no artigo 28 da lei 11.343/06 e o indiciado Rafael foi preso em flagrante por tráfico de drogas. O flagrante está formalmente em ordem, não sendo caso de relaxamento, eis que foram respeitadas as normas procedimentais previstas nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal.

A alegação de autoridade incompetente para prisão não merece prosperar, uma vez que esta foi realizada em flagrante delito, que pode ser efetuada por qualquer do povo. Ressalto que os guardas apenas adentraram à residência porque obtiveram informação e autorização expressa de Rodrigo, que foi visto durante patrulhamento rotineiro, de que havia mais drogas no interior da casa.

Dessa forma, verificada a situação de flagrância e não ocorrência de procedimento investigativo, regular a abordagem e prisão pelos guardas municipais.

Apesar do crime, em tese, praticado não ser revestido de violência e nem de grave ameaça à pessoa, trata-se de delito gravíssimo, que serve de móvel para a prática de outros delitos contra o patrimônio e contra a vida, bem como para o enriquecimento das grandes quadrilhas nacionais e internacionais.

Há que se considerar ainda que se trata de indiciado reincidente específico e que ostenta maus antecedentes (fls. 34/36), o que evidencia risco de voltar a delinquir caso seja mantido em liberdade, já que, a despeito de já ter sido condenado anteriormente em outros processos, se viu novamente envolvido em fato que resultou em sua prisão em flagrante.

Outrossim, foi preso com expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, o que reforça o risco à ordem pública. Nesse sentido, parece inviável a concessão de liberdade provisória, diante da inexistência de outras medidas cautelares diversas da prisão que sejam suficientes para o acautelamento do meio social." (fls. 101/102)

A Corte Estadual, por sua vez, afastou a nulidade das provas obtidas na busca pessoal, com estes fundamentos:

"A presente ordem de habeas corpus deve ser denegada.

Primeiramente, quanto ao argumento de que os Guardas Civis extrapolaram as suas atribuições, sem razão os i. Impetrantes.

Isso porque a Guarda Civil atua como órgão integrante da segurança pública, prevista no artigo 144,

§8º, da Constituição Federal, devendo agir sempre que necessário para a proteção da integridade de seus munícipes, seja na prevenção ou na proteção da ordem pública. Ademais, os artigos 4º e 5º do Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014), dispõem sobre as atribuições da Guarda Municipal, ampliando o rol previsto no artigo 144, §8º, da Constituição Federal.

Diante disso, verifica-se que compete à Guarda Civil, encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário; bem como desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal.

De outro tanto, diante da permanência do delito de tráfico, desnecessária a expedição de mandado de busca e apreensão ou de qualquer autorização para que os agentes fizessem a abordagem da Paciente, bem como apreendessem os entorpecentes.

Portanto, diante dos permissivos legal e constitucional, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade da prisão em flagrante, e, conseqüentemente, das provas apreendidas por Guardas Civis.

No mais, quando da conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 69/72), a autoridade apontada coatora afirmou a existência de indícios de autoria e provas de materialidade, ressaltando a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal a justificar a segregação cautelar do Paciente.

Destacou tratar-se de indiciado reincidente específico e com maus antecedentes.

Pontuou, ainda, a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em posse do Paciente. Não há como desconsiderar a expressiva quantidade de drogas apreendidas, tampouco a reincidência do Paciente, circunstâncias que reforçam a necessidade de manutenção da prisão preventiva, como garantia da ordem pública, a fim de prevenir a reprodução de novos delitos, sendo inviável a aplicação de quaisquer das medidas cautelares elencadas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Como é cediço, a legalidade da manutenção da custódia cautelar de pessoas presas em flagrante em situação que sugira grave periculosidade social vem sendo sistematicamente reconhecida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Assim, além de devidamente fundamentada, a r. decisão ponderou as peculiaridades do caso concreto, reveladoras do acentuado grau de reprovabilidade da conduta atribuída ao Paciente, tudo a indicar tanto a necessidade de sua prisão, quanto a insuficiência das

medidas cautelares alternativas.

Não há que se invocar o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5.º, LVII, da CF, uma vez que este não comporta interpretação extrema e nem aplicação ilimitada, continuando o Estado com os meios processuais para garantir a ordem pública, ainda que em detrimento da liberdade do cidadão.

A motivação da prisão cautelar não se confunde com o mérito da causa, de modo que, embora os fortes indícios de autoria verificados sirvam para formar a convicção sobre a necessidade da garantia da ordem pública, tal decisão não retrata juízo sobre a culpa, este formado apenas quando da prolação da sentença.

Assim, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem." (fls. 141/144)

Com efeito, cumpre registrar que é assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo. Todavia, em situações de flagrante delito, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual: "*Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*".

Nesse contexto, "*havendo fundada suspeita a configurar situação de flagrante delito, mostra-se lícita a abordagem pessoal feita pela Guarda Civil Municipal, que não atua, nessa hipótese, como polícia investigativa, não havendo falar em nulidade*" (AgRg no HC 695.254/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 04/11/2021).

Sobre o tema, "*Recentemente, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.119/SP, em 16/8/2022, da relatoria do e. Ministro Rogerio Schietti Cruz, propôs criteriosa análise sobre a atuação das guardas municipais e apresentou como conclusão, entre outras, que somente [...] em situações absolutamente excepcionais a guarda pode realizar a abordagem de pessoas e a busca pessoal, quando a ação se mostrar diretamente relacionada à finalidade da corporação.*" (AgRg no HC n. 776.789/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 30/11/2022.).

Na hipótese dos autos, não ficou demonstrada relação clara, direta e imediata entre a abordagem dos guardas e a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, nem tampouco situação que justifique a abordagem realizada.

Ao contrário, os guardas estavam atuando em típicas funções ostensivas e investigativas, pois afirmaram se encontravam *em patrulhamento* quando abordaram o paciente, realizando atividades de polícia judiciária. Com efeito, os agentes municipais,

após o acusado ter informado que as drogas estariam armazenadas na residência de seu irmão, para lá se dirigiram, ocasião em que diligenciaram no quarto do paciente, encontrando as drogas, ou seja, em claro desvio de função das suas atribuições constitucionais.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA PELA GUARDA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. REALIZAÇÃO DE ATOS TÍPICOS DE POLÍCIA OSTENSIVA. ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O art. 301 do Código de Processo Penal preceitua que "[q]ualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". No entanto, por se tratar de norma mitigadora de um dos mais caros direitos fundamentais (liberdade ambulatorial), a aplicação e a interpretação do referido dispositivo legal devem ser feitas com parcimônia.

2. Embora os agentes da Guarda Municipal não estejam submetidos a idêntico regime jurídico aplicável aos demais cidadãos, também não desempenham as atividades de polícia ostensiva ou investigativa, porque, ao órgão do qual fazem parte, não foram conferidas, pela Constituição da República, tais atribuições. Em delitos que não digam respeito ao patrimônio público municipal, a atuação da Guarda Municipal não deve ser protagonista. A prisão em flagrante, em tais casos, deve ficar adstrita a situações excepcionais, entendidas como aquelas em que qualquer do povo poderia materializá-la, por não ser necessária qualquer diligência típica de órgão de policiamento ostensivo ou investigativo. Precedentes.

3. O crime em comento não está relacionado com o patrimônio da Municipalidade - trata-se de furto praticado contra particular. Os agentes da Guarda Municipal não se depararam, simplesmente, com a prática do delito, no momento em que o Réu consumava a subtração, mas sim empreenderam esforços para localizar o autor do crime após receberem informação com indicativo das vestimentas do suspeito. O Paciente apenas foi preso após ter sido procurado e perseguido pela Guarda Municipal, que, em vez de acionar, por exemplo, a Polícia Militar, imediatamente após receber a informação repassada pela base, imiscuiu-se nas atribuições desta, realizando a prisão sponte propria. Forçoso, portanto, reconhecer a ilegalidade da prisão e, conseqüentemente, da prova obtida a partir da diligência (art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal), a qual deve ser desentranhada do processo.

4. Ordem de habeas corpus concedida para: a) declarar a nulidade da prisão em flagrante do Paciente e a ilicitude, por derivação dos depoimentos prestados pelos guardas municipais; b) cassar o acórdão impugnado e a sentença condenatória; c) determinar ao Juízo de origem que desentranhe, dos autos, as provas ora declaradas ilícitas e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito; e d) determinar seja o Paciente colocado em liberdade até nova manifestação do Juízo de primeiro grau, se por outro motivo não estiver preso.

(HC n. 702.161/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. ABORDAGEM REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. NULIDADE RECONHECIDA. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É pacífica a orientação nesta Corte Superior de que os integrantes da guarda municipal têm função delimitada, não tendo atribuição de policiamento ostensivo, podendo, todavia, atuar em situação de flagrante delito, respaldada no comando legal do art. 301 do CPP.

- Na hipótese dos autos, os guardas municipais atuaram como polícia ostensiva, em manifesto desrespeito às suas atribuições constitucionais, porquanto não haviam presenciado o paciente vendendo entorpecentes ou mesmo praticando qualquer outro delito que justificasse sua abordagem. Nesse contexto, não é possível admitir que a posterior situação de flagrância, justifique a abordagem e a revista pessoal realizadas ilegalmente, porque amparadas em mera suspeita, conjecturas, contaminando, assim, todo o conjunto probatório.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 787.756/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022.)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para reconhecer a nulidade apontada, e trancar a Ação Penal n. 1500041-61.2023.8.26.0526, bem como relaxar a prisão preventiva do paciente.

Comunique-se, imediatamente, o Tribunal de origem e o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Salto/SP (Processo n. 1500041-61.2023.8.26.0526), encaminhando-lhes o inteiro teor desta decisão.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de maio de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator

Documento eletrônico juntado ao processo em 10/05/2023 às 14:00:04 pelo usuário: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS