

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000746418

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500288-81.2019.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante ADILSON ROSA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PROVIMENTO ao recurso a fim de, reconhecida a nulidade da apreensão dos entorpecentes e dos elementos de prova dela decorrentes, absolver o réu da acusação que se lhe fez, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal, V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

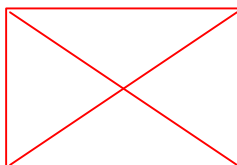
O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 30 de agosto de 2023.

AMABLE LOPEZ SOTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação: Autos nº 1500288-81.2019.8.26.0526
Comarca: Salto - 1ª Vara Judicial
Apelante: Adilson Rosa da Silva
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto nº 30352

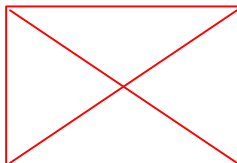
Tráfico de drogas – Nulidade da apreensão de entorpecentes realizadas por guardas municipais – Agentes públicos que atuaram fora de sua competência constitucional – Ausência de indícios concretos quanto à situação de flagrância – Precedente do C. STJ – Nulidade que se estende aos elementos de prova que amparam a condenação – Absolvição.
Recurso a que se dá provimento.

ADILSON ROSA DA SILVA foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da comarca de Salto, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06, a ser cumprido no regime prisional fechado (fls. 651/654).

A **Defesa** apresentou inconformismo, arguindo, preliminarmente, nulidade da r. sentença ante a ausência de fundamentação, ilegalidade da prova obtida mediante abordagem por guarda civil, bem como cerceamento da defesa ante a ausência de oitiva da testemunha Rogério. No mérito, reclamou a absolvição nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugnou pela redução da pena pela forma privilegiada da conduta delitiva, aduzindo que seu afastamento em razão dos maus antecedentes encontra óbice no *non bis in idem* (fls. 674/698).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 704/710), a d. Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência dos pedidos (fls. 717/720).

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O réu foi processado e condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes porque no dia 28 de fevereiro de 2019, por volta das 17h40min, no cruzamento da Rua Vaticano com a Rua Ricardo Zani, nº 286, bairro Jardim União, comarca de Salto, guardava e trazia consigo 10 (dez) porções de cocaína, cujo peso se somou 14,52g, bem como vendeu para Rogério Magno da Silva uma porção da substância causadora de dependência física e psíquica, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

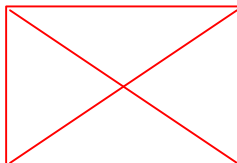
Passo à análise da preliminar de nulidade da prova decorrente da abordagem por guarda civil, agente público que teria atuado fora de sua competência constitucional.

É bem verdade que os guardas civis Rodrigo Merighi de Mendonça e Marcos Roberto Carlos, ao serem ouvidos em solo inquisitivo, narraram ter visualizado quando Adilson estendeu o braço para entregar um pino de cocaína para Rogério, que lhe pagou a quantia de R\$ 10,00.

Todavia, a prova colhida ainda em solo policial não se confirmou sob o contraditório, conforme se verá.

É que, ao ser ouvido em Juízo, o guarda Rodrigo inicia sua narrativa consignando ter presenciado Adilson entregando um pino de cocaína a Rogério e, este, por sua vez, entregando uma nota de R\$ 10,00 (dez reais) a Adilson. Todavia, ao ser indagado pela Defesa, se teria, efetivamente, visto que se tratava de um pino de droga o objeto que Adilson havia entregado a Rogério, respondeu que “*foi o que me foi passado*” e, ao ser questionado se viu que se tratava de uma nota de R\$ 10,00 (dez reais) o que Rogério entregou, respondeu negativamente, aduzindo que quem lhe disse foi o Rogério. Consignou que a prisão ocorreu porque ele é conhecido dos meios policiais e o local é sabidamente um ponto de venda de drogas. Asseverou que a abordagem se deu por “tirocínio policial”, visto que o réu é sabidamente traficante. Disse não se recordar onde localizou a sacolinha contendo o restante da droga.

Visto isto, entendo que é caso de absolver o apelante em razão da **ilicitude da prova que ampara a**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenação, tendo em vista que adveio de atuação irregular de guardas municipais. Senão vejamos.

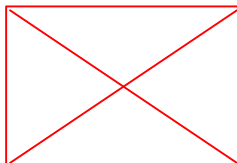
Como já alinhavado, não ocorreu qualquer situação de flagrante delito. O que houve, segundo consignou o guarda civil Rodrigo, foi uma abordagem em razão do “tirocínio policial”, por ter conhecimento de que Adilson praticava o narcotráfico na região. Nada mais!

Cumprе observar que os guardas municipais não se encontram no rol de instituições policiais do art. 144 da Constituição da República. Artigo esse que foi modificado no ano de 2019 para inclusão das policiais penais, mas não dos guardas civis. Aliás, o §8º do referido artigo permanece atribuindo a tais agentes a proteção de bens, serviços e instalações municipais.

Assim sendo, é inegável que os agentes responsáveis pela apreensão dos entorpecentes extrapolaram sua competência legal, tornando ilegal sua atuação. Havendo suspeita da prática de crimes no local, deveriam os guardas ter acionado os órgãos policiais competentes para apurar os delitos, não havendo razão que justifique terem assumido para si o papel de realizar tais diligências.

No mais, tampouco há que se falar que atuação dos guardas encontra amparo legal em razão da situação de flagrância, eis que é pacífica a orientação dos Tribunais Superiores quanto à necessidade de contexto fático **prévio** que torne **evidente a situação de flagrância**. Não é este o caso dos autos, na medida em que os guardas não viram nenhum ato de traficância e agiram alegando, em Juízo, exclusivamente o “tirocínio policial”. Tal situação, por óbvio, não se modifica a partir da mera constatação posterior do flagrante.

Veja-se que a superação do arbítrio estatal dos tempos absolutistas pelo Estado de Direito das civilizações contemporâneas pressupõe que o exercício do poder de polícia se dê dentro dos limites da legalidade. Permitir que agentes que não detêm de competência para tanto prendam um cidadão em via pública tão somente porque têm conhecimento – não se sabe por qual meio - de eventual participação no tráfico de drogas, seria não apenas ilegal, mas também um verdadeiro retrocesso civilizatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não bastasse isto, em situação muito semelhante à ora observada, o C. Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão determinou a mesma nulidade que ora se reconhece, conforme se extrai do Informativo nº 746 de 29 de agosto de 2022, referente ao REsp 1.977.119-SP, o qual peço vênia para transcrever abaixo:

DESTAQUE

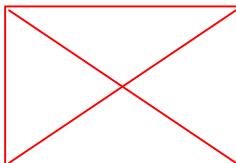
As guardas municipais não possuem competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras "polícias municipais", mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte - apesar das investidas em contrário - por não incluir no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal.

Tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil - em contrapartida à possibilidade de exercerem a força pública e o monopólio estatal da violência - estão sujeitas a rígido controle correcional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual). Já as guardas municipais — apesar da sua relevância — não estão sujeitas a nenhum controle correcional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário. É de ser ver com espanto, em um Estado Democrático de Direito, uma força pública imune a tais formas de fiscalização, a corroborar, mais uma vez, a decisão conscientemente tomada pelo Poder Constituinte originário quando restringiu as balizas de atuação das guardas municipais à vigilância do patrimônio municipal.

Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar - em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais - o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo. Se mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.

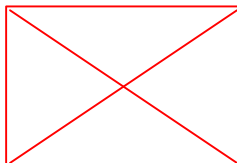
A exemplificar o patente desvirtuamento das guardas municipais na atualidade, cabe registrar que muitas delas estão alterando suas denominações para "Polícia Municipal". Ademais, inúmeros municípios pelo país afora - alguns até mesmo de porte bastante diminuto - estão equipando as suas guardas com fuzis, equipamentos de uso bélico, de alto poder letal e de uso exclusivo das Forças Armadas.

A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, porque não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista. Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito.

Ao dispor no art. 301 do CPP que "qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes.

Da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns. Trata-se de agentes públicos com atribuição sui generis de segurança, pois, embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição Federal, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da CF/1988, que trata da segurança pública em sentido lato. Assim, se por um lado não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro lado também não estão plenamente reduzidos à mera condição de "qualquer do povo"; são servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger o patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

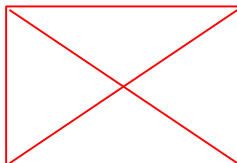
municipais, de modo a garantir que não tenham sua estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa esteira, podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas.

Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais. Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Vale dizer, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária.

A fim de evitar eventuais compreensões equivocadas da diretriz acima, esclarece-se que não basta que o crime seja praticado em um bem público municipal, como, por exemplo, uma rua municipal, ou contra algum habitante do município. É preciso que, na hipótese dos bens e instalações municipais, o crime do qual se suspeita atente contra a sua integridade física; no caso dos serviços, por sua vez, é necessário que a conduta possa obstar a sua adequada execução.

É o caso, por exemplo, de alguém que seja visto tentando pular o muro para fora de uma escola municipal em situação que indique ser provável haver furtado um bem pertencente à instituição e ter consigo a res furtiva; ou, ainda, a hipótese de existir fundada suspeita de que um indivíduo esteja vendendo drogas dentro da sala de aula de uma escola municipal, o que, por certo, deve ser coibido pelos agentes incumbidos de resguardar a adequada execução do serviço público municipal de educação no local. Nessas situações extraordinárias, os guardas municipais estarão autorizados a revistar o suspeito para confirmar a existência do crime e efetuar a prisão em flagrante delito, se for o caso.

No caso, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Por desconfiar de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito.

Ainda que eventualmente se considerasse provável que a sacola ocultada pelo réu contivesse objetos ilícitos, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado. Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito, o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, também contrariado na hipótese. (Grifos nossos).

Tendo em vista o quanto já exposto, bem como emulando a *ratio decidendi* do informativo acima, reconheço como ilícita a apreensão dos entorpecentes por guardas municipais, ilicitude que se estende aos elementos de prova que amparam a materialidade do delito.

Consequentemente, é caso de absolver o acusado.

Ante o exposto, **DERAM PROVIMENTO** ao recurso a fim de, reconhecida a nulidade da apreensão dos entorpecentes e dos elementos de prova dela decorrentes, absolver o réu da acusação que se lhe fez, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Amable Lopez Soto
 relator