



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 744687 - SP (2022/0158614-8)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO GIOVANNY DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. INADMISSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS (76 PORÇÕES DE *CRACK*, PESANDO 108,9 G). FUNDADA SUSPEITA INEXISTENTE. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Diego Giovanni da Silva**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 1514960-47.2021.8.26.0228.

Extrai-se dos autos que o Juízo da 27ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP, nos autos da Ação Penal n. 1514960-47.2021.8.26.0228, condenou o paciente pela prática do delito de tráfico de drogas, por trazer consigo o total de 76 porções de *crack*, pesando 108,9 g, impondo-lhe a pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e o pagamento de 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao apelo, conforme acórdão acostado às fls. 27/42.

No presente *writ*, aduz-se que a prisão, no caso, não foi de pessoa que estava praticando crime, mas foi decorrente de diligência realizada pelos guardas

municipais em verdadeiro ato de polícia judiciária (fl. 5).

Defende-se que *não foi avistado nenhum ato típico de venda de drogas, assim como o paciente não foi visto praticando qualquer conduta que indicasse estar presente situação de flagrante delito* (fl. 6).

Requer-se, em caráter liminar, que o paciente aguarde o julgamento do presente *writ* em liberdade. No mérito, pugna-se pela concessão da ordem para reconhecer a ilicitude da prova de materialidade e declarar a absolvição do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 45/46.

As informações foram prestadas às fls. 50/93.

O Ministério Público Federal, às fls. 97/110, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal.

É o relatório.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que a sentença condenatória proferida contra o paciente transitou em julgado na data de 25/4/2022, ou seja, o presente *writ* é sucedâneo de revisão criminal.

Ocorre que, como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência desta Corte Superior para o processamento do presente pedido.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das duas Turmas criminais que compõem esta Corte Superior de Justiça: HC n. 540.161/SP, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJPE), Quinta Turma, DJe 17/12/2019; e HC n. 288.978/SP, da minha relatoria, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/5/2018.

No entanto, no caso dos autos, existe ilegalidade flagrante na revista pessoal do paciente pelos guardas municipais.

Por ocasião da sentença, o Magistrado de primeiro grau afastou a alegada

nulidade asseverando (fls. 22/24 - grifo nosso):

[...]

A Defesa, noutro giro, requereu preliminarmente, a ilicitude da prova, em razão da incompetência dos guardas municipais para a abordagem ao réu. Ainda, requereu a absolvição, a alegar frágil a prova acusatória. Subsidiariamente, requereu o cômputo da confissão, fixação das penas nos mínimos, aplicação do redutor legal em favor do acusado e concessão de regime inicial mais brando para fins de cumprimento de pena. É o relatório. Fundamento e decido. Afasto a preliminar invocada pela Defesa, por inconsistente. **Ora, inviável se reconhecer a ilicitude da prova, sob alegação de que transbordaram os guardas municipais de suas atribuições ao realizarem a abordagem e busca pessoal no acusado. Ora, aos guardas municipais, servidores públicos que são, cabe a defesa da ordem; aliás, qualquer um do povo é autorizado a efetuar prisão, em caso de flagrante delito, na linha do dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal. E essa era, efetivamente, a situação fática que se lhes apresentou, vale dizer, de flagrante delito. É que o réu praticava crime permanente, de tráfico de drogas, trazendo consigo quantidade considerável de entorpecentes para entrega a terceiros, e por este motivo foi que, em local conhecido como de fluxo de usuários e traficantes, agiu de maneira absolutamente suspeita, acabando por, ao ser abordado, admitir que trazia consigo as drogas para venda, donde legítima a ação dos guardas.** [...] Não bastasse, a Lei 13.022/14, que dispõe acerca do Estatuto Geral das Guardas Municipais e institui normas gerais para as Guardas Municipais, disciplinando o artigo 144, §8º, da Constituição Federal, estabelece, em seu artigo 5º, as suas competências específicas, que não estão restritas à proteção do patrimônio municipal, mas também dizem com funções de colaboração na apuração penal e defesa da paz social. Nesta esteira, reza o artigo 5º, XVI, da supracitada lei, competir à Guarda “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”. [...] Absolutamente legítima, portanto, a atuação dos agentes públicos no caso dos autos, já que não exacerbou o exercício do dever legal em que investidos, donde fica repelida a arguição de ilicitude da prova, por produzida sem qualquer vício. Superada a preliminar, no mérito a ação penal é de ser julgada procedente. [...] Em juízo confessou a prática do crime. Estava na região da cracolândia havia alguns dias, brigou com sua esposa e foi usar drogas. Ficou pela região, montando e desmontando barraquinhas para ganhar porções para seu uso. Ocorreu que um rapaz lhe propôs uma oferta para passar para o fluxo com uma mochila para ele. Ele disse que lhe daria uma porção de crack para usar, caso executasse tal tarefa. O que tinha no seu bolso eram as porções de crack que serviriam ao seu uso, três porções para seu consumo. Deduziu que havia droga dentro da mochila, mas achou que era forma mais viável de conseguir drogas para seu uso. Usa crack desde os dezenove anos e já se submeteu a tratamento. Sua confissão foi corroborada ante a prova produzida nos autos. **Com efeito, os guardas municipais esclareceram que estavam em patrulhamento no local dos fatos, quando viram o réu, que estava na direção do fluxo dos usuários, demonstrando nervosismo quando viu a viatura, procurando mudar a direção. Resolveram por sua abordagem, tendo o guarda Leandro efetuado a busca pessoal no acusado. Encontraram no bolso da calça dele um frasco como de remédio, contendo pedras pequenas de crack, cerca sessenta ou setenta. No outro bolso, havia quantia em dinheiro. Ele ainda trazia consigo uma mochila e dentro dela havia uma capinha de óculos, onde encontraram outras porções de crack, de tamanho médio.** O réu de pronto admitiu o tráfico, dizendo “perdi”. É diante do teor destes depoimentos que se autoriza a condenação do réu, já que absolutamente coerentes os relatos apresentados pelos agentes públicos.

[...]

O Tribunal de origem manteve a condenação do paciente delineando (fls. 29/31 - grifo nosso):

[...]

II Da alegação de ilicitude probatória

A Defensoria Pública ataca o procedimento realizado pelos guardas civis metropolitanos consistente na abordagem e busca pessoal realizada quando da detenção em flagrante do réu, ora apelante. Alega que a diligência teria extrapolado os limites da atribuição constitucional dentro da qual não estariam previstos os poderes típicos da Polícia Judiciária ou mesmo da Polícia ostensiva.

De fato, as atribuições da Guarda Civil Metropolitana estão constitucionalmente previstas, não se confundindo com aquelas fixadas para os demais órgãos. De qualquer modo, todas integram o vasto campo da segurança pública que, segundo o legislador constituinte, se caracteriza "pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".

No caso dos guardas civis, o constituinte foi mais restritivo, circunscrevendo a atuação à proteção dos bens, serviços e instalações do município, o que, obviamente, não inclui as ações próprias da Polícia Federal (art. 144, § 1º), da Polícia Civil dos Estados (art. 144, § 4º) ou mesmo da Militar (art. 144, § 5º).

É, contudo, o mesmo texto constitucional que prevê a hipótese da prisão em flagrante como figura excepcional à exigência de prévia ordem judicial para a restrição da liberdade. A exceção, note-se, é justificada em face das circunstâncias extremas que cercam a situação flagrancial e que são representadas pelos requisitos da atualidade e imediatidade.

Ou seja, naquelas hipóteses, o Estado está autorizado a recompor, prontamente, a ordem pública mediante a detenção urgente e temporária do suposto autor, até decisão judicial ulterior. Trata-se, repita-se, de providência urgente reveladora da supremacia que o valor segurança pública merece frente ao valor da liberdade, na hipótese de flagrante delito.

Não são outras as razões que levaram o legislador infra-constitucional a impor, às autoridades policiais e aos seus agentes, o dever de efetuarem a prisão em flagrante, que é facultada a qualquer do povo.

Assim, ainda que não seja possível subsumir-se a figura do guarda civil às hipóteses dadas pelo artigo 301 do Código de Processo Penal, restaria-lhe o poder que é concedido a qualquer do povo. Trata-se de poder de graves consequências, o qual implica restrição da liberdade de locomoção. Logo, não soa razoável, para dizer o mínimo, estivessem todos investidos do poder de restrição de um dos mais importantes e valiosos direitos liberdade sem que tal fosse acompanhado de outros poderes implícitos, como é o caso da busca pessoal.

Obviamente, tal conclusão há de ser tomada com ponderação, evitando-se uma ampliação indevida dos poderes restritivos dos direitos fundamentais. Não é o risco desenhado pelo caso dos autos.

Com efeito, conforme apontam os elementos probatórios, os guardas municipais tiveram a atenção despertada para o comportamento suspeito do acusado o qual, com uma mochila nas costas, caminhava pela via pública em direção ao fluxo de usuários da cracolândia. Naquela oportunidade, ao visualizar a presença da viatura, o réu apresentou exacerbado nervosismo e tentou mudar de direção. Diante dos fatos, os guardas civis deliberaram pela abordagem. Havia, dessa forma, indícios suficientes de prática delituosa.

A busca pessoal, portanto, foi realizada no próprio contexto da prisão. Mais do que isto, foi realizada como forma de resguardar a própria integridade dos guardas. Nesse contexto, não seria razoável exigir-se que os guardas esperassem a chegada dos policiais militares para, somente então, procederem a busca. A urgência e os riscos existentes autorizavam a medida que, portanto, mostrou-se razoável.

[...]

No caso em tela, pelo que consta dos autos, os guardas municipais atuaram em atividade de polícia investigativa/ preventiva, **decorrente de patrulhamento ostensivo**, dissociada, portanto, da sua função, prevista no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, que é a proteção de bens, serviços e instalações municipais.

Conforme recente julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *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* (REsp n. 1.977.119/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/8/2022).

Assim, 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. 771.705/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 4/10/2022).

Tendo em vista, portanto, que a situação de flagrante delito só foi descoberta após a realização de diligências ostensivas típicas da atividade policial e completamente alheias às atribuições da guarda municipal, o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessas medidas e todas as que delas derivaram é medida que se impõe.

Assim, à vista do precedente supracitado, deve ser acolhido o pleito de decretação de nulidade da diligência realizada pelos guardas municipais, bem como de ilicitude da prova resultante (apreensão de drogas). Portanto, ausente a materialidade do delito, com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, deve o paciente ser absolvido.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem de **ofício** em favor do paciente (Diego Giovanni da Silva) para, reconhecendo a nulidade das provas obtidas na busca pessoal pelos guardas municipais, bem como as delas derivadas, absolvê-lo, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Comunique-se o teor desta decisão ao Tribunal estadual, ao Juízo *a quo* e

ao Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da comarca de Araçatuba/SP (DEECRIM 2ª RAJ) - PEC n. 0020889-17.2021.8.26.0041.

Intime-se o Ministério Público de São Paulo.

Publique-se.

Brasília, 03 de novembro de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator