



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 804044 - SP (2023/0053503-9)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : MARCELO WANDERLEY VITOR ALVES E OUTRO
ADVOGADOS : LOURDES BERNADETE LIMA DE CHIARA - SP112780
 MARCELO WANDERLEY VITOR ALVES - SP266776
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DESIDERIO DA CUNHA JUNIOR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

RODRIGO DESIDERIO DA CUNHA JUNIOR alega sofrer constrangimento ilegal diante de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 1501129-26.2021.8.26.0617.

Nesta Corte, a defesa postula a declaração da nulidade da abordagem realizada por guardas municipais, com a consequente absolvição do paciente, ou a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Indeferida a liminar, a defesa pleiteou formulou pedido de tutela provisória incidental (fls. 438-439). Parecer ministerial às fls. 442-455.

Decido.

A respeito da atuação das guardas municipais, em recente julgamento, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça traçou algumas diretrizes sobre o tema, especialmente no que concerne à realização de busca pessoal por tais agentes. Confirmam-se:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA

COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157 E 244 DO CPP. RECURSO PROVIDO.

1. 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.

2. 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 correccional 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 correccional 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.

3. 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. Ora, 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 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da Constituição, 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.

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

9. **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. ^{fls. 425}

10. Na hipótese dos autos, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao 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.

11. 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.

12 . Recurso especial provido.

(REsp n. 1.977.119/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 23/8/2022, grifei)

No caso em tela, consoante narrado na denúncia, os fatos transcorreram da seguinte forma (fls. 25-26):

Segundo restou apurado, na tarde dos fatos, guardas civis municipais realizavam deslocamento para região central, quando visualizaram dois indivíduos, cada qual segurando uma sacola, na área de preservação ambiental do bairro Nova Detroit. Aqueles ao visualizarem a viatura, empreenderam fuga.

A Guarda Civil solicitou apoio, e, conseguiu capturar Rodrigo no endereço acima descrito. Na revista pessoal, em poder de Rodrigo foram apreendidos o celular da marca Asus e a quantia de R\$ 54,00. Já em poder do adolescente Jorge foi apreendida a quantia de R\$ 18,00 (comprovante de depósito a fls. 73).

Indagados pelos guardas civis sobre as sacolas, Rodrigo disse que o adolescente Jorge estaria vendendo as drogas, ao passo que este indicou aos agentes municipais o local onde a deixou.

No local indicado pelo adolescente Jorge, os guardas civis

apreenderam duas sacolas, uma das quais continha cinquenta e seis microtubos de cocaína, ao passo que na segunda sacola havia duzentos e trinta e duas cápsulas maiores contendo a mesma droga. ^{fls. 426}

O Tribunal de origem assim argumentou para rechaçar a nulidade aventada (fls. 320-321):

Primeiramente, ainda que não tenha sido indicada como questão preliminar, inicialmente há de se ressaltar que o conjunto probatório trazido aos autos, que será adiante analisado, quando do exame do mérito, evidenciou que nada há de ilícito na prisão em flagrante delito realizada por guardas municipais, ainda que com funções e poderes constitucionalmente limitados.

Dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

A legislação expressamente autoriza que a captura em flagrante seja realizada por qualquer pessoa, independentemente de sua atividade profissional. Desta feita, legítima a diligência efetuada pelos funcionários municipais, não havendo, portanto, falar-se em nulidade ou ilegalidade.

Neste sentido:

[...]

Inexistente, portanto, qualquer mácula processual que resulte nulidade, passo à análise do mérito.

Segundo se depreende dos excertos acima, guardas municipais estavam em patrulhamento de rotina quando viram o paciente e um adolescente com duas sacolas, e estes empreenderam fuga assim que visualizaram os agentes. Diante disso, iniciaram perseguição, alcançaram o paciente e o adolescente, encontraram dinheiro em busca pessoal realizada nos dois, interrogaram os suspeitos e, diante da confissão do adolescente de que as sacolas continham entorpecentes e da indicação do local em que estavam, lograram apreender a droga.

Entretanto, entendo haver sido **ilícita** a atuação da guarda municipal por **não estar relacionada de maneira clara, direta e imediata** à necessidade de tutelar bens, serviços e instalações municipais, nos termos do **REsp n. 1.977.119/SP**, acima mencionado, e **não se tratar de estado flagrancial visível**.

Com efeito, não havia situação **prévia** de flagrante delito que autorizasse

a atuação da guarda municipal como seria dado a qualquer do povo fazê-lo nos termos do art. 301 do CPP, até porque **os guardas municipais apenas visualizaram duas pessoas na posse de duas sacolas, as quais supostamente empreenderam fuga ao avistar a viatura**, sem a prática de nenhum ato concreto que evidenciava, de antemão e com certeza, a prática do tráfico de drogas.

A simples leitura do acórdão deixa claro que, a princípio, havia mera **desconfiança** de que o acusado estivesse na posse de algo ilícito; **só depois da revista pessoal e dos questionamentos direcionados a ele e ao adolescente, seguidos da localização das sacolas indicadas por este, que se configurou a situação flagrancial que ensejou a prisão.**

Ainda que eventualmente se pudesse considerar haver fundada suspeita da posse de corpo de delito, **não havia certeza** sobre tal situação a ponto de autorizar a imediata prisão em flagrante por parte de qualquer do povo, com amparo no art. 301 do CPP.

E, por não haver sido demonstrada concretamente a existência de relação clara, direta e imediata com a proteção do patrimônio municipal, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita, efetuar a busca pessoal no acusado e, **além disso, interrogar o paciente e o menor que o acompanhava, com a prática de outras diligências para localizar as sacolas que inicialmente avitaram em poder deles, em verdadeira atividade investigativa.**

À vista do exposto, concedo a ordem para, considerando que houve indevida atuação por parte da guarda municipal, reconhecer a ilicitude das provas por esse meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolver o acusado, com fundamento no art. 386, II, do CPP, da condenação imposta no Processo n. 1501129-26.2021.8.26.0617.

Por consequência, **determino a imediata expedição de alvará de soltura** em favor do paciente se por outro motivo ele não estiver preso ou não houver a necessidade de sê-lo.

Fica prejudicado o exame do pedido de concessão de tutela provisória (fls. 438-439).

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 18 de abril de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator