



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323790

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501822-08.2024.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante EURICO VICENTE GONÇALVES NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. negaram-lhe provimento. Readequaram, de ofício, a dosimetria penal para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, b) estabelecer a pena final em 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9786

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1501822-08.2024.8.26.0616

Apelante: Eurico Vicente Gonçalves Neto

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.
PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA FUNDADA NA
ALEGAÇÃO DE ILICITUDE PROBATÓRIA EM
RAZÃO DA AÇÃO DOS GUARDAS MUNICIPAIS.
RECURSO IMPROVIDO. MODULAÇÃO, DE
OFÍCIO, DA SANÇÃO PENAL.**

I. DO CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Eurico Vicente Gonçalves Neto, contra a r. sentença que o condenou à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput da Lei 11.343/2006. Alegação de ilicitude probatória em razão da atuação dos guardas municipais.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Guardas municipais que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, visualizaram o acusado, de madrugada, parado em local ermo, portando uma mochila. Abordagem. Em busca pessoal, foram encontrados, no interior da mochila que o réu trazia 78 porções de maconha, 82 porções de cocaína e 24 porções de crack e R\$ 81,00 (oitenta e um reais) em espécie.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Ilicitude probatória não configurada. Julgamento do STF (ADPF 995/DF) que reconheceu integramente as guardas municipais o sistema único de segurança pública. Questões remanescentes que foram dirimidas

por ocasião de recente decisão proferida pelo Ministro Flávio Dino, quando do enfrentamento da Reclamação nº 62.455. Afirmação do poder dos guardas municipais de efetuarem a busca pessoal, uma vez evidenciado o quadro de justa causa para a intervenção, independentemente de sinais evidentes de afronta ao patrimônio, bens e serviços municipais. Tema 656 do STF.

5. Depoimentos firmes dos guardas municipais dando conta do quadro de fundada suspeita para a abordagem e busca pessoal do acusado. Justa causa configurada.

6. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos agentes municipais indicando que o réu foi divisado, de madrugada, em notório ponto de traficância, sozinho, portando uma mochila. Abordagem. Em busca pessoal foram encontradas dentro da mochila que o réu trazia, 78 porções de maconha, 82 porções de cocaína e 24 porções de *crack* e R\$ 81,00 (oitenta e um reais) em espécie. Credibilidade da prova que não foi afetada diante da ausência de elementos de convicção em sentido contrário. Réu confesso.

5. Da dosimetria. 5.1. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis. Basilar fixada no mínimo legal. 5.2. Agravante da reincidência integralmente compensada com a atenuante da confissão espontânea. 5.3. Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas. Réu reincidente. Manutenção do regime inicial fechado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO

6. Recurso conhecido e, no mérito, improvido. Modulação de ofício da sanção penal.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: CF/1988, art. 5º, LVI; art. 144, §8º. Lei n. 11.343/06, art. 33, caput. CPP, art. 244, art. 301. STJ, AgRg no HC 684062/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato, DJe de 03/11/2021. STF, ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 28-08-2023.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **EURICO VICENTE GONÇALVES NETO**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Davi de Castro Pereira Rio**, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, que julgando procedente a ação penal, o condenou à pena de 5 anos e 10

meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Busca a defesa, preliminarmente, a afirmação da ilicitude probatória diante da alegada inconstitucionalidade da atuação dos guardas municipais. Afirma que os guardas municipais realizaram procedimento de busca pessoal o que lhes é vedado. Sustenta, ademais, ausência de justa causa a conferir legalidade à busca pessoal realizada pelos agentes públicos. Afirmada a ilicitude probatória, busca a desconsideração de todas as provas, com a consequente absolvição do réu. Subsidiariamente, postula pelo abrandamento da sanção penal imposta (fls. 229/252).

Contrarrazoado o recurso (fls. 256/263), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 276/282).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Da apelação interposta pela defesa do réu

2.1. Breve síntese dos fatos

O réu foi denunciado e processado como incurso o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, dia 26 de agosto de 2024, por volta das 03h06, na rua São Joaquim, nº 95, Vila Natal, na cidade e comarca de Mogi das Cruzes, trazia consigo, para entrega e consumo de terceiros, 78 porções de maconha com peso líquido de 54,51 gramas, 82 porções de cocaína, com peso líquido de 45,64 gramas e 24 porções de *crack*, com peso líquido de 8,01 gramas, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado, na data dos fatos, guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o réu parado, sozinho, em local ermo e sob intenso frio, portando uma mochila. Considerando as peculiaridades do local e o adiantado da hora, decidiram abordar o acusado. Em busca pessoal, localizaram, no interior da mochila, drogas ilícitas e R\$ 81,00 (oitenta e um reais) em notas variadas. Segundo a inicial acusatória, o réu teria confessado, informalmente, a propriedade das drogas, tendo negado, contudo, a traficância. Nessa quadratura, o acusado foi conduzido à delegacia. Em solo policial, porém, o acusado admitiu a mercancia de substâncias ilícitas, sob o argumento de que recebera trinta reais para levar aqueles entorpecentes de um lugar a outro.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 7). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 67/70). Finda a instrução, o acusado foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

2.2. Da prova oral produzida

Em juízo, a guarda municipal Yasmin Larissa de Souza, responsável pela prisão em flagrante do réu, manteve a narrativa ofertada quando da colheita dos elementos informativos. Disse que, no dia dos fatos, estavam em regular patrulhamento, por volta das 03h00 da madrugada, em notório ponto de traficância, quando avistaram o réu, no palco dos acontecimentos, próximo a uma esquina, sozinho portando uma mochila. A cena despertou a suspeita. Feita a abordagem, em revista pessoal, encontraram em poder do acusado, no interior da mochila, grande

quantidade de drogas. Não presenciaram o acusado praticando atos de traficância. Contudo, o réu confessou, informalmente a propriedade daquelas substâncias.

No mesmo sentido convergiu o relato do agente Luiz Gustavo Carneiro. Em juízo, confirmou a narrativa apresentada em solo policial. No dia dos fatos, estavam em patrulhamento de rotina, em conhecido ponto de traficância, quando divisaram o réu parado, por volta das 03h00, em uma esquina, portando uma mochila. Diante daquele cenário, decidiram pela abordagem. Em revista pessoal, encontraram, no interior da mochila, porções de cocaína, *crack* e maconha, além de quantia em dinheiro.

Em delegacia, o réu confessou a posse das drogas. Disse ter recebido a quantia de trinta reais para transportar aquelas drogas. Afirmou que não poderia indicar para quem entregaria aqueles entorpecentes. Em juízo, confessou os fatos. Disse ter se comprometido a levar as drogas até o ponto de traficância. Enquanto aguardava a chegada do destinatário foi abordado pelos guardas municipais.

2.4 Da ilicitude probatória. Da atuação da Guarda Municipal. Poderes e limites

2.4.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É

o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a Pellegrini³ a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclución de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

A inserção da cláusula da proibição das provas ilícitas no texto constitucional é um claro sinal do apreço ao regime das liberdades individuais e da consagração da supremacia do valor da dignidade humana. A mensagem é, portanto, clara e vigorosa. Qualquer restrição de direitos fundamentais durante a persecução penal deverá observar os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, sob pena de imprestabilidade da prova obtida. Vem daí a indispensabilidade do controle judicial quando algumas medidas importarem restrições aos direitos da personalidade como a privacidade e a intimidade. Nesse contexto, a inadmissibilidade das provas ilícitas atua como uma garantia que assegura, concretiza e direciona o respeito aos direitos fundamentais.

A sanção da inadmissibilidade processual da prova ilícita constitui mandamento incontornável. Integra o chamado bloco de constitucionalidade não podendo ser sequer alvo de supressão por emenda constitucional. Assim, a inadmissibilidade processual da prova ilícita é imperativa, não podendo dela se afastar o legislador ordinário na regulamentação das normas sobre processo e procedimento, bem como o operador na realização diária da atividade jurisdicional.

É certo que a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência estadunidense, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação. As provas derivadas, aquelas que decorrem diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore envenenada. Como anota Magalhães: *de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao*

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

*ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz.*⁶

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.⁷ Aqui a influência do direito norte-americano foi mais uma vez significativa. De qualquer modo, a contaminação não é absoluta. Nesse ponto, a jurisprudência norte-americana construiu, ao longo dos anos, um intrincado sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação.

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁷ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional. A base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

2.4.2 Da busca pessoal e da garantia constitucional da intimidade

Como se sabe, a busca pessoal implica restrição à garantia constitucional da intimidade (art. 5º, inciso X, CF), podendo recair sobre o investigado, acusado, vítima ou terceiro, abarcando suas vestes ou outros objetos ou coisas que estejam em contato com seu corpo. De forma excepcional, a busca pessoal poderá ser realizada sem ordem judicial, nas hipóteses previstas no art. 244, do Código de Processo Penal, quais sejam: a) no caso de prisão; b) quando houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito ou c) no curso de medida de busca domiciliar. De tal dispositivo, portanto, depreende-se que o procedimento de revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de objetos ilícitos. Aqui, no conflito emergente entre a intimidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador inclinou-se em favor do último. Nesse sentido, é o entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca**

domiciliar. Hipótese em que o Tribunal de origem, diante das circunstâncias peculiares do caso - veículo parado em atitude suspeita, durante a madrugada, com quatro indivíduos em seu interior - entendeu haver fundada suspeita para a realização da abordagem pessoal, que resultou na apreensão de arma de fogo. A decisão vergastada está em consonância com o art. 244 do CPP e os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido são legítimos para fins de busca pessoal. Rever a conclusão do aresto necessitaria do reexame do conjunto probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido"

(STJ, AgRg no AREsp n. 1.403.409/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDAS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. **PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE AUTORIZADA. BUSCA PESSOAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADAS RAZÕES. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AUSÊNCIA. DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADAS. (...) III - A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada "busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior". Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que "a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, verificase que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez que o ora agravante, que trafegava por via pública já conhecida pelos agentes como ponto utilizado para a realização do comércio espúrio com uma sacola em suas mãos, ao notar a presença de equipe policial que realizava patrulhamento de rotina, apresentou acentuado nervosismo, o que causou estranheza nos milicianos, que decidiram, somente então, realizar a abordagem. Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada (...)**

(STJ, AgRg no HC 684062/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuino Rissato, DJe de 03/11/2021)

2.4.3. Do alcance e dos limites de atuação da Guarda Municipal. Da evolução jurisprudencial

Como é sabido, as atribuições conferidas às Guardas Municipais encontram previsão constitucional, não se confundindo com aquelas fixadas para os demais órgãos que integram o campo da segurança pública. Conforme dicção constitucional são responsáveis pela proteção dos bens, serviços e instalações municipais (artigo 144, §8º da Constituição Federal).⁸ É fato que a realização diária das ações dirigidas ao resguardo da segurança pública, por seus distintos agentes, suscitou diversas questões acerca do alcance e limite das atribuições dos guardas municipais, tais como a detenção de poderes próprios da polícia ostensiva, com a consequente possibilidade de atuação coercitiva, e a limitação de direitos e liberdades individuais.

Após intensos debates, consolidou-se o entendimento segundo a qual a Guarda Municipal é parte integrante do sistema único de segurança pública. O tema, como se sabe, foi objeto de recente discussão pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da ADPF n. 995. Naquela oportunidade, a Suprema Corte expressamente declarou inconstitucionais quaisquer interpretações judiciais que excluíssem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, do Sistema Único de Segurança Pública. Nesse sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. LEGÍTIMA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI Nº 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública.
2. Essa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, fez com que o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE

⁸ Art. 144. § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

846.854/SP, reconhecesse que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF).

3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao, com CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII).

4. O quadro normativo constitucional e jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

25. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida e julgada procedente para, nos termos do artigo 144, §8º da CF, CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO aos artigo 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública.

(STF, ADPF 995, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 28-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-10-2023 PUBLIC 09-10-2023)

A proclamação do Supremo Tribunal Federal, contudo, não foi suficiente para dirimir todas as dúvidas. Tanto é verdade que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos casos que lhe foram apresentados, entendeu que o reconhecimento do importante papel reservado às Guardas Municipais, no contexto do sistema de segurança pública, não lhe permitia equipara-las, de forma automática e absoluta, aos órgãos policiais. Assim é que a Terceira Seção do STJ, no bojo da ação de *Habeas Corpus* n. 830.530/SP, em que se discutia procedimento de busca pessoal realizado por agentes da Guarda Municipal, procurou definir os limites de atuação da instituição, uniformizando, assim, sua jurisprudência sobre o assunto. Da leitura do voto condutor, depreende-se a preocupação com a equiparação automática das funções, sobretudo porque o legislador constituinte havia circunscrito a atuação da Guarda Municipal à proteção do patrimônio urbano, o que a afastaria das atividades coercitivas desempenhadas pela Polícia Militar e investigativas realizadas pela Polícia Civil.

Foi em meio a esse conjunto de premissas e ideias que o STJ reconheceu a possibilidade de atuação policial por parte da Guarda Municipal, desde que vinculada à prevenção de atos atentatórios aos bens, serviços e instalações municipais, proscrevendo a possibilidade de repressão da criminalidade em geral. É, note-se, o que se afirmou quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 830.530/SP:

HABEAS CORPUS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE SEGURANÇA PÚBLICA QUE NÃO SE EQUIPARA POR COMPLETO ÀS POLÍCIAS. ART. 301 DO CPP. FLAGRANTE DELITO. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 244 DO CPP. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM AS FINALIDADES DA GUARDA MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. ORDEM CONCEDIDA.

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".

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 correcional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual), o que não acontece com as guardas municipais. Fossem elas verdadeiras polícias, por certo também deveriam estar sujeitas ao controle externo do Parquet e do Poder Judiciário, em correções periódicas.

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 prefeito local e insubmissa a qualquer controle correcional 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 da atuação 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 e de alto poder letal. E, conforme demonstram diversas matérias jornalísticas, esse desvio de função vem sendo acompanhado pelo aumento da prática de abusos por guardas municipais.

5. O fato de as guardas municipais não terem sido incluídas nos incisos do art. 144, caput, da CF não afasta a constatação de

que elas exercem atividade de segurança pública. Isso, todavia, não significa que possam ter a mesma amplitude de atuação das polícias.

6. O Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer em diversos julgados que as guardas municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública e exercem atividade dessa natureza (vide RE n. 846.854/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 7/2/2018 e ADC n. 38/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 18/5/2021), nunca as equiparou por completo aos órgãos policiais para todos os fins.

7. O julgamento do AgR no MI n. 6.515/DF (Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Rel. p/ o acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 6/12/2018), apreciado em conjunto com os AgR nos MI n. 6.770/DF, 6.773/DF, 6.780/DF e 6.874/DF, de mesmo objeto, é exemplo claro disso. Para negar o pedido de concessão de aposentadoria especial aos integrantes das guardas municipais por equiparação às atividades de risco das polícias, afirmou-se que "a maior proximidade da atividade das guardas municipais com a área de segurança pública é inegável. No entanto, trata-se de uma atuação limitada, voltada à preservação do patrimônio municipal, e de caráter mais preventivo que repressivo", compreensão reiterada pelo Plenário da Corte no ARE n. 1.215.727/SP (Tema de Repercussão Geral n. 1.057, DJe 29/8/2019). Nesse mesmo caminho foi o julgamento do AgR nos EDcl no AgR no RE n. 1.281.774/SP, no qual a Primeira Turma do STF asseverou que as guardas municipais não estão autorizadas a, ultrapassando os limites próprios de uma prisão em flagrante, "realizar diligências investigativas ou diligências prévias voltadas à apuração de crimes" (Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Rel. p/ o acórdão Ministro Roberto Barroso, DJe 13/6/2022).

8. Em 25/8/2023, o STF julgou procedente a ADPF n. 995 (Rel. Ministro Alexandre de Moraes) para "CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO aos artigos 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAIS todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública". Mais uma vez, a Corte reafirmou sua posição de que as guardas municipais integram o Sistema de Segurança Pública, mas, novamente, não lhes conferiu poderes idênticos aos dos órgãos policiais.

9. As teses ora sugeridas neste voto e antes assentadas no REsp n. 1.977.119/SP encontram respaldo e são plenamente consonantes com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, porque tanto naquele julgado quanto neste se admitiu expressamente que as guardas municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública e exercem atividade dessa natureza, ressalvado apenas que não têm a mesma amplitude de atuação das polícias, o que é amparado pela respeitada doutrina do próprio Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADC n. 38/DF e da ADPF n. 995, para quem a Constituição Federal facultou aos Municípios a "constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a

lei, sem, contudo, reconhecer-lhes a possibilidade de exercício de polícia ostensiva ou judiciária" (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 39 ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 940).

10. Os dois artigos de lei aos quais se deu interpretação conforme à Constituição na ADPF n. 995, aliás, confirmam essa compreensão: a) o art. 4º da Lei n. 13.022/2014 dispõe que "É competência geral das guardas municipais a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município"; b) o art. 9º da Lei n. 13.675/2018, por sua vez, estabelece que "É instituído o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), que tem como órgão central o Ministério Extraordinário da Segurança Pública e é integrado pelos órgãos de que trata o art. 144 da Constituição Federal, pelos agentes penitenciários, pelas guardas municipais e pelos demais integrantes estratégicos e operacionais, que atuarão nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica".

11. Cumpre lembrar, a propósito, que os bombeiros militares e os policiais penais, por exemplo, também integram o rol de órgãos de segurança pública previsto nos incisos do art. 144, caput, da Constituição, mas nem por isso se cogita que possam realizar atividades alheias às suas atribuições, como fazer patrulhamento ostensivo e revistar pessoas em via pública à procura de drogas. No mesmo sentido, cabe observar que, na ADI n. 6.621/TO (Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 23/6/2021), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o rol do art. 144, caput, da CF não é taxativo e que é constitucional a criação, por ato normativo estadual, de Superintendência de Polícia Científica (formada por agentes de necrotomia, papiloscopistas e peritos oficiais) como órgão de segurança pública não vinculado administrativamente à polícia civil. Não se concebe, porém, que o referido julgado autorize agentes de necrotomia, papiloscopistas e peritos a sair pelas ruas fazendo patrulhamento ostensivo e revistando indivíduos suspeitos.

12. Na fundamentação do voto do eminente relator da ADPF n. 995, ainda constou que: "as Guardas Municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio municipal. Igualmente, a atuação preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais é atividade típica de órgão de segurança pública". O referido trecho repete a redação dos incisos II e III do art. 5º do Estatuto das Guardas Municipais (Lei n. 13.022/2014), segundo os quais: "Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais: [...] II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais; III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção

sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais.

13. Verifica-se, portanto, que, mesmo a proteção da população do município, embora se inclua nas atribuições das guardas municipais, deve respeitar as competências dos órgãos federais e estaduais e está vinculada ao contexto de utilização dos bens, serviços e instalações municipais, o que evidencia a total compatibilidade com a tese proposta no presente voto de que: "[...] salvo na hipótese de flagrante delito, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se, além de justa causa para a medida (fundada suspeita), houver pertinência com a necessidade de tutelar a integridade de bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, assim como proteger os seus respectivos usuários".

14. Não se pode confundir "poder de polícia" com "poder das polícias" ou "poder policial". "Poder de polícia" é conceito de direito administrativo previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional e explicado pela doutrina como "atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2015, 158). Já o "poder das polícias" ou "poder policial", típico dos órgãos policiais, é marcado pela possibilidade de uso direto da força física para fazer valer a autoridade estatal, o que não se verifica nas demais formas de manifestação do poder de polícia, que somente são legitimadas a se valer de mecanismos indiretos de coerção, tais como multas e restrições administrativas de direitos. Dessa forma, o "poder das polícias" ou "poder policial" diz respeito a um específico aspecto do poder de polícia relacionado à repressão de crimes em geral pelos entes policiais, de modo que todo órgão policial exerce poder de polícia, mas nem todo poder de polícia é necessariamente exercido por um órgão policial.

15. Conquanto não sejam órgãos policiais propriamente ditos, as guardas municipais exercem poder de polícia e também algum poder policial residual e excepcional dentro dos limites de suas atribuições. A busca pessoal - medida coercitiva invasiva e direta - é exemplo desse poder, razão pela qual só pode ser realizada dentro do escopo de atuação da guarda municipal.

16. 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. Distinta, no entanto, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada depois de 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.

17. 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 e à revista do suspeito.

18. Da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns, de modo que, se, por um lado, não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro, também não estão plenamente reduzidos à mera condição de "qualquer do povo". Trata-se de agentes públicos que desempenham atividade de segurança pública e são dotados do importante poder-dever de proteger os bens, serviços e instalações municipais, assim como os seus respectivos usuários. É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, para garantir que não tenham sua estrutura danificada por vândalos, ou que seus frequentadores não sejam vítimas de furto, roubo ou algum tipo de violência, a fim de permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa linha, guardas municipais podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade da corporação, sem que lhes seja autorizado atuar como verdadeira polícia para reprimir e investigar a criminalidade urbana ordinária.

19. Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para investigar, abordar e revistar indivíduos suspeitos da prática de tráfico de drogas ou de outros delitos cuja prática não atente de maneira clara, direta e imediata contra os bens, serviços e instalações municipais ou as pessoas que os estejam usando naquele momento.

20. Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação com a finalidade da corporação, como instrumento imprescindível para a realização de suas atribuições. Vale dizer, salvo na hipótese de flagrante delito, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se, além de justa causa para a medida (fundada suspeita), houver pertinência com a necessidade de tutelar a integridade de bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, assim como proteger os seus respectivos usuários, o que não se confunde com permissão para desempenharem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária em qualquer contexto.

21. No caso dos autos, guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o paciente em "atitude suspeita". Por isso,

decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram certa quantidade de drogas no bolso traseiro e nas vestes íntimas dele, o que ensejou a sua prisão em flagrante delito.

22. Ainda que, eventualmente, se considerasse provável que o réu ocultasse objetos ilícitos, isto é, que havia fundada suspeita de que ele escondia drogas, não existia 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. Tanto que, conforme se depreende da narrativa fática descrita pelas instâncias ordinárias, só depois de constatado que havia drogas dentro do bolso e das vestes íntimas do paciente é que se deu voz de prisão em flagrante para ele, e não antes. E, por não haver sido demonstrada concretamente a existência de relação clara, direta e imediata com a proteção dos bens, serviços ou instalações municipais, ou de algum cidadão que os estivesse usando, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado.

23. Ordem concedida para confirmar a liminar deferida e declarar ilícitas as provas colhidas por meio da busca pessoal, bem como todas as delas decorrentes e, por consequência, absolver o réu, com fundamento no art. 386, II, do CPP, da condenação a ele imposta no Processo n. 1500093-71.2022.8.26.0080.

(STJ; HC 830.530/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/9/2023, DJe de 4/10/2023)

O entendimento firmado no *Habeas Corpus* n. 830.530/SP foi adotado quando do julgamento do HC 809.441/SP⁹, o qual foi alvo da Reclamação nº 62.455, ajuizada perante o STF, por alegada afronta à decisão proferida em sede da ADPF 995. Ao analisá-la, o **Ministro Flávio Dino**, por decisão datada de 22 de abril de 2024, julgou procedente o pedido, para declarar a licitude da prova obtida através de busca pessoal efetuada por guardas municipais, bem como das dela derivadas. É, note-se, o que se infere do seguinte trecho:

⁹ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT IMPETRADO COMO REVISÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

3. O acórdão impugnado consignou que "os guardas municipais foram acionados pela vítima e por populares, que perseguiam o acusado logo após ter este subtraído, mediante graves ameaças reforçadas pela simulação do porte de arma de fogo, os pertences da primeira. De posse das características físicas, vestes e direção tomada pelo réu, os guardas efetuaram breve diligência, oportunidade em que abordaram o acusado o qual foi encontrado atrás de um veículo". [...]

5. Assim, a busca pessoal, realizada apenas com base em parâmetros subjetivos dos guardas civis, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva configura a ilicitude da prova e as dela decorrentes, inclusive a busca e apreensão veicular, nos termos do art. 157, caput, e § 1º, do CPP.

(AgRg no HC n. 809.441/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 15/9/2023.)

RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 995/DF. ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE O OBJETO DO ATO RECLAMADO E O CONTEÚDO DO PARADIGMA DE CONTROLE. VIOLAÇÃO. PROCEDÊNCIA. Trata-se de reclamação ajuizada por Associação Nacional de Altos Estudos de Guarda Municipal contra ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no HC 809.441/SP, que teria descumprido decisão desta Corte exarada nos autos da ADPF 995/DF.

[...]

Ao julgar a ADPF nº 995, esta Corte firmou entendimento no sentido de que 'não se justifica, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública', tendo em vista que também executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF), possuindo, portanto, legitimidade inclusive para abordagem de suspeitos de crimes em geral, quando há fundadas razões para a ação. [...] Diante de tais fatos, fica evidente a incongruência do ato reclamado com a ADPF 995/DF, pois teríamos um órgão de segurança pública de mãos atadas para atender aos cidadãos na justa concretização do direito fundamental à segurança (art. 5º, “caput”, da CF). Ou seja, esvaziar-se-ia de eficácia o quanto decidido por esta Suprema Corte, com arrimo em evidente e equivocada presunção de ilegitimidade de atos administrativos, no caso os concretizadores do Poder de Polícia das Guardas Municipais. Estes, ademais, ficariam destituídos de autoexecutoriedade, destruindo tal atributo fundamental ao Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, “caput”, da CF). Nesse prisma, faz parte das responsabilidades das guardas municipais interromper atividades criminosas ou infracionais, realizando prisões ou apreensões em flagrante, bem como busca pessoal quando houver fundadas razões para tanto (art. 244 do CPP). Essa atuação é fundamental para proteger a população e colaborar com os demais órgãos da segurança pública, de forma a contribuir significativamente para a manutenção da paz social. Na espécie, a decisão reclamada foi proferida em sede de habeas corpus no qual restou assentado que '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', de modo que entendo pela existência de afronta à autoridade da decisão proferida por este Supremo Tribunal no paradigma invocado (ADPF 995/DF). Esta decisão visa, inclusive, evitar os subjetivismos inerentes à orientação do Superior Tribunal de Justiça, pois em cada caso concreto os guardas municipais teriam que fazer, em segundos ou poucos minutos, uma complexa operação interpretativa para discernir essa suposta relação com a proteção a bens, instalações ou serviços

municipais. Por exemplo, seria viável uma busca pessoal em uma praça ou parque municipal? E por que não em uma via urbana sob a jurisdição municipal? Como aplicar a diretriz do Superior Tribunal de Justiça à luz dos artigos 98 a 100 do Código Civil, caso a caso, em milhares de municípios, por dezenas de milhares de guardas municipais, atuando na premência de uma ocorrência de Segurança Pública? Fica evidenciado que de duas uma: ou teríamos guardas municipais tolhidos na sua atuação como órgãos de segurança pública, frustrando as Leis nºs 13.022/14 e 13.675/18; ou a sociedade estaria diante de atuações absolutamente díspares em situações iguais, ensejadoras de busca pessoal, a exemplo da descrita nos autos. Ante o exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente o pedido da presente reclamação para cassar o acórdão impugnado e assentar a licitude da provas obtidas mediante busca pessoal realizada pela guarda municipal, bem como das provas derivadas, restaurando, assim, os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em sede de apelação. (STF - Rcl: 62455 SP, Relator: Ministro Flávio Dino. Data de Julgamento: 22/04/2024, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 24/04/2024 PUBLICAÇÃO 25/04/2024).

A sobredita decisão, ainda que proferida em contexto monocrático, melhor expressa o entendimento do STF sobre a extensão e limites da atuação da Guarda Municipal. Assim, não estão impedidos os seus agentes, como peças integrantes do sistema de segurança, de realizarem ações preventivas e repressivas de eventuais práticas delituosas, dentre as quais abordagens e buscas pessoais, desde que preenchidos os requisitos da justa causa para aquelas medidas restritivas dos espaços de liberdade, intimidade e privacidade.

De qualquer modo, mais recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 608588/SP, em Repercussão Geral, declarou constitucional a atuação da guarda municipal no desempenho de ações de segurança urbana, inclusive no que tange ao policiamento ostensivo e comunitário, fixando, para tanto, o Tema 656¹⁰.

Logo, a equiparação no âmbito das atribuições e poderes se fez acompanhar, como não poderia deixar de ser, da equiparação dos mesmos deveres

¹⁰ “É constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança urbana pelas Guardas Municipais, inclusive policiamento ostensivo e comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária, sendo submetidas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso VII, da CF. Conforme o art. 144, § 8º, da Constituição Federal, as leis municipais devem observar as normas gerais fixadas pelo Congresso Nacional.” Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3832832>. Acesso em 21 de fevereiro de 2025.

relacionados à proteção contra os excessos. Ou seja, as medidas invasivas, próprias da atuação dos agentes de segurança pública, demandam observância de um quadro legitimador, representado pela configuração da justa causa. Não foram outras as razões que alimentaram decisões proferidas, pela Quinta e Sexta Turmas do STJ:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE DIRETO REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. NULIDADE INEXISTENTE. ADVERTÊNCIA AO CORRÉU SOBRE O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. NULIDADE. INEXISTENTE. RESPEITADO O DIREITO AO SILÊNCIO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, o qual denegou habeas corpus em ação penal por tráfico de drogas. A defesa alega nulidade das provas obtidas pela Guarda Municipal e violação do direito ao silêncio do corréu.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na validade da prisão em flagrante realizada por guardas municipais e na alegada violação do direito ao silêncio do corréu.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A prisão em flagrante por guardas municipais é permitida pelo art. 301 do CPP, não havendo ilegalidade na atuação em flagrante delito, conforme jurisprudência do STJ.

4. A abordagem foi justificada por fundada suspeita, em local conhecido pelo tráfico de drogas, com tentativa de fuga dos acusados.

5. O direito ao silêncio foi devidamente informado ao corréu, e eventuais irregularidades no inquérito não contaminam a ação penal.

6. Não houve demonstração de prejuízo concreto, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*.

IV. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no RHC n. 167.442/PR, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 4/11/2024, DJe de 6/11/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA NA ORIGEM. CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **BUSCA PESSOAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. PRESENÇA DE FUNDADAS RAZÕES. LEGALIDADE. AGRAVO PROVIDO.**

1. Transitada em julgado a condenação, a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça vem destacando o não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, visando ao

mero reexame de fatos e provas, sem que se verifique situação de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do Código de Processo Penal - CPP.

2. Não se verifica ilegalidade na ação da Guarda Municipal, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante - art. 301 do CPP. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente pedido formalizado na ADPF n. 995/DF, relator Ministro Alexandre de Moraes, "declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública".

4. No caso, não se verifica a apontada ilicitude probatória decorrente da abordagem dos agentes da Guarda Municipal, pois a atuação decorreu de fundada suspeita, caracterizada pela localização de veículo objeto de roubo, uma vez que os suspeitos encontravam-se nas proximidades em carro que aparece nas filmagens como sendo o utilizado para a prática do delito. Os suspeitos demonstraram nervosismo e desobedeceram à ordem de parada, o que justifica a atuação dos agentes municipais. Precedentes.

5. Agravo regimental provido para reformar a decisão anteriormente proferida e denegar a ordem de habeas corpus.

(AgRg no HC n. 871.486/SP, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 23/10/2024.)

Logo, pelo cenário atual, reconhece-se a plena constitucionalidade da atuação da Guarda Municipal no exercício do poder policial, a exemplo do que ocorre com os demais agentes de segurança pública, o que implica possibilidade de realização de procedimentos de busca pessoal e domiciliar, desde que preenchido o quadro da justa causa. Este é, portanto, o termômetro da legalidade que deve ser examinado na singularidade dos casos.

2.4.4 Do caso concreto

Conforme se depreende dos autos, durante regular patrulhamento, guardas municipais, por volta das 03h00 da madrugada, visualizaram o acusado parado, portando uma mochila, em notório ponto de traficância. A cena despertou suspeitas tendo em vista o adiantado da hora e as características do local. Durante a busca pessoal, encontraram, no interior da mochila que o réu portava, porções de cocaína, *crack*, maconha e dinheiro em espécie.

O procedimento de revista pessoal se deu em razão das circunstâncias

do caso concreto. Afinal, o acusado foi visualizado de madrugada, parado em um conhecido ponto de tráfico e na posse de uma mochila. A cena, é certo, despertou as suspeitas que foram determinantes para a abordagem. Assim, contrariamente ao alegado pela defesa, estavam reunidos os elementos que conferiam justa causa para a busca pessoal.

Nessa perspectiva, os guardas municipais não extrapolaram os limites da atuação que lhe são impostos e que, ademais, são impostos a todos os agentes da segurança pública. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **GUARDAS MUNICIPAIS QUE ATUARAM POR FUNDADA SUSPEITA, POR TER O RÉU CORRIDO PARA A RESIDÊNCIA, SEGURANDO UMA SACOLA. AUSÊNCIA DE CONDUTA OSTENSIVA, MAS, SIM, FLAGRANTE DELITO, BASEADO EM FUNDADA SUSPEITA. MANTIDA A RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO.**

1. No caso, constata-se que os guardas municipais não agiram de forma ostensiva, mas, sim, baseados em fundadas suspeitas da ocorrência de um crime, tendo agido para efetiva interrupção de atividade criminosa que ocorria em flagrante.

2. Recentemente, foi proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação n. 62.455, reconhecendo, expressamente, a possibilidade da Guarda Municipal de interromper atividade criminosa quando existentes fundadas suspeitas, como no caso concreto.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no HC n. 877.189/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 24/9/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. GUARDAS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. FLAGRANTE DELITO. AGRAVO DESPROVIDO.**

I - Esta Corte firmou o posicionamento de que, "consoante disposto no art. 301 do CPP, 'qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito'" (AgRg no HC n. 748.019/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 22/8/2022). Via de regra, tratando-se de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, de natureza permanente, a ação se prolonga no tempo, de modo que, enquanto não cessada a permanência, haverá o estado de flagrância, o que possibilita a prisão, ainda que sem mandado. Precedentes.

II - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 995/DF, assentou o entendimento de que as Guardas Municipais integram o Sistema de Segurança Pública, nos moldes do que estabelece o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal. Ressalte-se, ainda, que o julgamento do HC n. 830.530/SP pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/9/2023, em momento algum invalidou a possibilidade de atuação da Guarda Municipal em caso de flagrante delito: "[...] salvo na hipótese de flagrante delito, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se, além de justa causa para a medida (fundada suspeita), houver pertinência com a necessidade de tutelar a integridade de bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, assim como proteger os seus respectivos usuários" (HC n. 830.530/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/10/2023, grifei).

III - A busca pessoal, prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, requer a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou seja, em estado flagrante de crime em andamento.

IV - Na hipótese, conforme consignado na decisão agravada, a prisão do acusado foi efetuada em típico flagrante, cuja atuação poderia ter sido realizada até mesmo por qualquer do povo e sem ordem judicial específica. Efetivamente, em que pese a irresignação da Defesa, fato é que o agravante restou condenado com amparo em provas de autoria e materialidade dos delitos, sob a égide da confirmação judicial.

V - Neste agravo regimental não foram apresentados argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, devendo ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 902.149/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 27/6/2024.)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Tráfico. Recurso ministerial: pretendido recebimento da denúncia. Preliminar Defensiva (contrarrazões): não conhecimento do recurso diante de erro grosseiro na interposição. Princípio da fungibilidade. Amparo legal (art. 579, do CPP). Precedentes. Tempestividade e ausência de má-fé que permitem a aplicação da fungibilidade recursal. Rejeitada. Mérito. Acolhimento. **Legitimidade da abordagem e apreensão dos entorpecentes por Guardas Civis Municipais em meio à patrulhamento de rotina. Tratando-se de situação de fundada suspeita do cometimento do delito de tráfico de entorpecentes, a atuação dos guardas municipais encontra-se revestida de legalidade, nos termos do 144, § 5º, da Constituição Federal e do artigo 240, § 2º, e artigo 244, ambos do Código de Processo Penal. Abordagem do recorrido e apreensão dos entorpecentes que não decorreu de atividade investigativa, mas da constatação de atitude suspeita do cometimento de crime, não havendo qualquer**

evidência de que os guardas municipais extrapolaram suas funções na prisão em flagrante efetuada. Requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal – presente justa causa para o exercício da ação penal - Recurso provido, para cassar a decisão de primeiro grau e receber a denúncia, retornando os autos à origem para regular prosseguimento do feito.

(TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1502230-33.2023.8.26.0616; Relator (a): Hugo Maranzano; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itaquaquecetuba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/04/2024; Data de Registro: 19/04/2024)

Rejeita-se, destarte, a preliminar suscitada.

2.5. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para cocaína, *crack* e maconha (fls. 40/43). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo, o qual concluiu tratar-se de 82 porções de cocaína, com massa líquida de 45.64; 24 porções de *crack*, com massa líquida de 18.7 gramas e 78 porções de maconha, com massa líquida de 54.51 gramas (fls.138/140).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação do réu com as substâncias encontradas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os guardas municipais Yasmim e Luiz apresentaram relatos seguros e uniformes, em ambas as fases da persecução penal. Durante patrulhamento, visualizaram o acusado parado em uma esquina, portando uma mochila. Considerando tratar-se de notório ponto de traficância, bem como em face do adiantado da hora, deliberaram pela abordagem. Durante a busca pessoal, encontraram, dentro da mochila que o réu trazia diversas substâncias entorpecentes e R\$ 81,00 (oitenta e um reais) em notas variadas.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de guardas municipais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação

filou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a variedade e a quantidade de droga, a forma como elas estavam embaladas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – **Não se pode negar valor aos depoimentos de guardas municipais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente a ré** - Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Criminal 0005152-17.2017.8.26.0363; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi Mirim - 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 03/05/2019)

SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT) – **APELO DEFENSIVO BUSCANDO ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO NA ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, VOLTANDO-SE CONTRA AS PALAVRAS DA VÍTIMA. DESCABIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS – PALAVRAS DA VÍTIMA E DO GUARDA MUNICIPAL FIRMES E SUBSTANCIAIS – VALIDADE – RECONHECIMENTO REALIZADO PELO OFENDIDO – ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO NAS DUAS FASES DO PROCESSO QUE JUSTIFICAVA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSAGEM DAS PENAS QUE SE AFIGURA CORRETA, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A REINCIDÊNCIA OSTENTADA PELO RÉU – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE SE MOSTRA INADEQUADA – ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL - REGIME INICIAL SEMIABERTO BEM FIXADO, SENDO O ADEQUADO PARA O CASO EM TELA, LEVANDO-**

SE EM CONSIDERAÇÃO A GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME E A REINCIDÊNCIA DO RÉU - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 0012038-79.2015.8.26.0564; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 9ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/09/2017; Data de Registro: 26/09/2017)

De qualquer modo, o acusado confessou a prática delitiva. Admitiu a posse das drogas e a contratação do transporte até o ponto da traficância. Enquanto aguardava o destinatário, foi abordado pelos guardas municipais.

A confissão do acusado não está isolada e alinha-se aos depoimentos prestados pelos guardas municipais. Assim, a apreensão dos entorpecentes e a prova oral fundamentaram o reconhecimento da responsabilidade penal do acusado. A condenação foi a medida correta.

2.6. Da qualificação jurídica dos fatos

Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade, a natureza, a forma de acondicionamento, o local em que se deram os fatos, a dinâmica delitiva e, por fim, os relatos ofertados pelos guardas municipais, tornam inquestionável a destinação comercial.

Por outro lado, o fato de não ter sido flagrado executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo artigo 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria posse das substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06) – Materialidade e autoria demonstradas. Apreensão de pequena

quantidade de drogas de natureza variada (4 porções de cocaína, com peso de 0,2 gramas; 12 porções de maconha, com massa de 14,4 gramas; e 10 porções de crack, pesando 0,2 gramas) que, por si só, não referenda a absolvição, quando cotejada com os demais elementos probatórios, tais como os firmes e uníssonos depoimentos dos guardas municipais e da testemunha usuária de drogas, bem como do local dos fatos ser conhecido ponto de venda de drogas. Desnecessidade da oitiva de testemunhas civis para legitimar a versão dos guardas civis municipais. **Crime de tráfico de drogas se consuma com a prática de quaisquer das condutas descritas no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, sendo despendida a comprovação de atos de mercancia para sua caracterização.** Precedentes – Condenação mantida. PENA e REGIME PRISIONAL. Base no mínimo legal. Confissão reconhecida (Súmula 630 do STJ) e compensada, integralmente, com a reincidência específica, de acordo com o Tema 585 dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça. Tese não adotada nesta Câmara Criminal que segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ausência de recurso do Ministério Público. Inviabilidade da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, diante da reincidência – Regime inicial fechado adequado (artigos 59, inciso III; c.c. 33, § 3º, do Código Penal) – Inapropriada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (artigo 44, incisos I e II, do Código Penal) – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500484-43.2024.8.26.0569; Relator (a): Maria Cecília Leone; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Indaiatuba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/01/2025; Data de Registro: 28/01/2025)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMAS. ABSOLVIÇÃO DE AMBOS OS CRIMES POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO USUÁRIO INADMISSIBILIDADE CIRCUNSTÂNCIA, CONDUTA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA QUE NÃO SE COADUNA COM USUÁRIO. AFASTAMENTO DO REDUTOR TENDO EM VISTA A GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE AO ART. 40, III, DA LEI ANTIDROGAS. APELO DA DEFESA DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O MINISTERIAL.

(TJSP; Apelação Criminal 0030377-95.2010.8.26.0068; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barueri - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/08/2014; Data de Registro: 05/08/2014)

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

3. Da dosimetria penal

Na primeira fase, a i. Magistrada exasperou a basilar em 1/6, estabelecendo-a em 05 anos 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa. Justificou o aumento em razão da natureza das drogas comercializadas, notadamente *crack*, conhecida pelo seu alto potencial lesivo.

A despeito da natureza das drogas, a quantidade apreendida não era excessiva. Não se justifica, portanto, o aumento pretendido, até mesmo porque o legislador já estabeleceu patamares elevados de reprovabilidade para o tipo penal em tela. Assim, o aumento, no plano das circunstâncias judiciais, deve alicerçar-se em contexto fático que, de fato, indique maior reprovabilidade em atenção, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade como critério orientativo da retribuição penal. Nesse sentido, já se decidiu:

Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, não obstante a natureza e a diversidade sejam motivos para exasperar a pena-base, verifico que a quantidade apreendida não é suficiente justificar o aumento, devendo a pena-base retornar ao patamar mínimo legal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(STJ, HC 410.095/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Dessa forma, devolvo a pena base ao mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência em razão da condenação definitiva proferida nos autos do processo 0000136-36.2016.8.26.0616 (tráfico), outrora em trâmite perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, cuja pena privativa de liberdade foi extinta em 03 de março de 2021. O i. Magistrado reconheceu, ademais, a atenuante da confissão espontânea, a qual foi

integralmente compensada com a agravante da reincidência para manter inalterada a pena base. Não há reparos.

Na terceira fase da dosimetria nada há a alterar. A aplicação da causa de diminuição era inviável. Trata-se de réu reincidente. Nesse sentido, importante observar a consolidação do entendimento jurisprudencial segundo o qual a afirmação da reincidência como agravante e a vedação da causa de diminuição pelo mesmo motivo não implicam violação da garantia do *ne bis in idem*. Segue jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. CONDUTA FLAGRADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU REINCIDENTE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 480.676/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Ainda no mesmo julgado supracitado, assim se manifestou o Exmo. Ministro Relator:

Dessa forma, extrai-se que a pena do paciente foi agravada em razão da reincidência, circunstância que também foi utilizada para a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Sobre o tema, importa considerar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I,

do Código Penal. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Nesse sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. Documento: 93608481 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 5. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes. 6. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido" (STJ - HC n. 393.709/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017, grifei).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º,

DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto." (HC 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013) [...]"

(STJ - HC n. 326.359/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 11/5/2017, grifei).

"[...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento"

(STJ - AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/5/2017, grifei).

A quantidade de pena imposta, somada à reincidência, afastou a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando. Não há violação do princípio da proporcionalidade. É a resposta punitiva adequada a se considerar a maior reprovabilidade que comportam os fatos.

Em relação ao valor do dia-multa, não havendo razões que justificassem um aumento superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos. Nenhum reparo deve ser feito.

Por fim, agiu bem o i. Magistrado em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento. Readequo, de ofício, a dosimetria penal para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, b) estabelecer a pena final em 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.**

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida.

MARCOS ZILLI

Relator