



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323739

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2378723-86.2024.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, em que é peticionário LUCAS MOURA DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: conheceram da presente ação de revisão criminal, afastaram a matéria preliminar e, no mérito, deram-lhe provimento para: a) desclassificar a imputação do delito tipificado pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 para aquela prevista pelo art. 28, caput, da Lei 11.343/2006; b) para absolver o peticionário LUCAS MOURA DE FREITAS da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 28, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Por maioria de votos, vencidos a E. Desembargadora Gilda Alves Barbosa Diodatti, o E. Desembargador Christiano Jorge, e a E. Desembargadora Ely Amioka. Considerando que o peticionário se encontra em cumprimento de pena (vide autos nº 0007766-60.2022.8.26.0026), expeça-se alvará de soltura clausulado, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS ZILLI, vencedor, GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, vencida, MARCOS ZILLI (Presidente), CHRISTIANO JORGE, ELY AMIOKA, RENATA WILLIAM RACHED CATELLI, GUILHERME DE SOUZA NUCCI E LEME GARCIA.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica

Voto n. 9892

8º Grupo de Direito Criminal

Revisão Criminal n. 2378723-86.2024.8.26.0000

Peticionário: Lucas Moura de Freitas

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Botucatu

DIREITO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE PROBATÓRIA. ATUAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL. BUSCA PESSOAL. PLEITO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. APLICAÇÃO DO TEMA 506 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA, PRELIMINAR AFASTADA E, NO MÉRITO, JULGADA PROCEDENTE.

1. CASO EM EXAME

1.1. Revisão criminal ajuizada por LUCAS MOURA DE FREITAS, definitivamente condenado, nos autos do processo n. 1502905-94.2019.8.26.0079, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Botucatu, 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, em razão da prática do crime tipificado pelo artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/2006.

1.2. Pleito objetivando o reconhecimento de ilicitude probatória decorrente da atuação da Guarda Municipal na realização de busca pessoal. Subsidiariamente, reconhecimento da atipicidade da conduta por força da aplicação do Tema 506 do Supremo Tribunal Federal.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Requerente condenado pela prática de tráfico de drogas porque, nas circunstâncias descritas na denúncia, atuando em conjunto com adolescente, trazia consigo, para fins de tráfico, 9 porções de maconha, pesando aproximadamente 4,5 gramas.

3. RAZÕES DE DECIDIR:

3.1. A ação de revisão criminal é instrumento processual

que busca desconstituir a coisa julgada condenatória. Move-se pela ponderação entre os valores da segurança jurídica, que são dados pela imutabilidade da coisa julgada, e a liberdade jurídica, representada pela correção de erro judiciário em desfavor do acusado. Regulamentação processual que encontra aderência com o sistema regional de direitos humanos que proclama a impossibilidade de rediscussão da imputação no caso de coisa julgada absolutória. Requisitos da ação revisional especificados em lei (art. 621 do Código de Processo Penal).

3.2. Ainda que os incisos do art. 621 do CPP não prevejam expressamente o cabimento de revisão criminal para aplicação de nova orientação jurisprudencial, é possível o cabimento excepcional da revisão quando da nova interpretação dada pelos tribunais for benéfica ao réu, notadamente quando a mudança de entendimento ocorre em sede de controle de constitucionalidade. Doutrina.

3.3. Possibilidade de manejo de revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do CPP, quando se postula a aplicação de nova orientação jurisprudencial mais benéfica ao réu, desde que se trate de entendimento pacífico e relevante. Precedentes do STJ.

3.4. Hipótese fática em que a revisão criminal foi ajuizada com fundamento na alteração da interpretação jurisprudencial sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Cabimento. Nova orientação jurisprudencial mais benéfica fixada em precedente vinculante cuja observância é obrigatória (art. 927, III, do CPC). Entendimento relevante e pacificado, apto a ensejar o manejo excepcional da revisão criminal.

3.5. Garantia da intimidade. 3.5.1. A inviolabilidade da intimidade mereceu, por parte do legislador constituinte, a devida tutela no contexto dos direitos fundamentais (art. 5º, XI, CF). Trata-se de corolário do direito à privacidade, figurando, dessa forma, como a sua garantia. A intimidade, contudo, não possui contornos absolutos tendo o próprio legislador indicado as hipóteses excepcionais de sua restrição.

3.5.2. A busca pessoal depende da convergência de justa causa. A situação de fundadas suspeitas de que o agente esteja na posse de objetos ilícitos deve ser indicada ou deduzida pelas circunstâncias fáticas, sob pena de se admitir que invasões arbitrárias possam ser tomadas sacrificando-se a garantia constitucional. Precedentes.

3.6. Atuação da Guarda Municipal 3.6.1. As atribuições conferidas às Guardas Municipais encontram previsão constitucional, não se confundindo com aquelas fixadas para os demais órgãos integrantes da segurança pública. Art. 144, §8º da Constituição Federal que afirma que as Guardas Municipais são responsáveis pela proteção dos bens, serviços e instalações municipais. Restrições que abrem espaço para discussões acerca do prolongamento do

poder de atuação daqueles agentes. 3.6.2. Guardas Municipais que desempenham atividades de segurança pública essenciais na esfera municipal, integrando o Sistema de Segurança ao lado dos órgãos policiais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Entendimento fixado por ocasião do julgamento da ADPF 995. 3.6.3. Quando do julgamento do HC 830.530/SP, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que a atuação das Guardas Municipais encontra limite nas finalidades essenciais constitucionalmente previstas, quais sejam, a prevenção de atos atentatórios aos bens, serviços e instalações municipais. 3.6.4. Entendimento que restou superado quando do julgamento da Reclamação 62.455/SP pelo Supremo Tribunal Federal. Agentes da Guarda Municipal que, por integrarem o Sistema Único de Segurança Pública, possuem legitimidade para a realização de abordagens de suspeitos da prática de infrações penais, desde que a diligência esteja amparada em justa causa, bem como podem realizar prisões em flagrante. Precedentes do STF e do STJ. 3.6.5. Entendimento consolidado, em sede de repercussão geral, quando do julgamento do Tema 656 pelo Supremo Tribunal Federal. Conquanto não disponham de poderes próprios de polícia judiciária, os agentes da Guarda Civil podem realizar patrulhamento ostensivo e comunitário, sendo-lhes permitido, inclusive, realizar prisões em flagrante.

3.7. Caso concreto. Requerente surpreendido na companhia de um adolescente, em local conhecido como ponto de venda de drogas, tendo fugido logo após visualizar a presença dos guardas civis. Abordagem que resultou no encontro das porções de maconha na posse direta do peticionário e do adolescente.

3.8. Circunstância factual que forneceu justa causa para a ação do guardas municipais. Presença de indícios de que o peticionário e o adolescente estariam na posse de objetos ilícitos. Quadro de justa causa que autorizava a busca pessoal.

3.9. Mérito. Materialidade delitiva comprovada pela apreensão e perícia dos entorpecentes. Autoria demonstrada pela prova oral, notadamente os relatos das testemunhas que confirmaram o vínculo do peticionário com os entorpecentes apreendidos.

3.10. Juízo de adequação típica. Presunção da figura do usuário para aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas. Presunção relativa que poderá ser afastada quando confrontada com outros elementos comprobatórios da destinação comercial (Tema 506/STF).

3.11. Hipótese em que se vislumbram fundadas dúvidas sobre a destinação comercial das substâncias. Peticionário

surpreendido junto com um adolescente portando 9 porções de maconha com peso de 4,5 gramas. Ausência de atos de mercancia. Condição de usuário sustentada desde a fase preliminar e referida pelo adolescente. Condenação pelo tráfico calcada, exclusivamente, nos relatos dos guardas civis que teriam feito menção, em juízo, a suposta confissão informal. Circunstância não referida quando ouvidos em fase preliminar. Contradição relevante que, aliada à ausência de atos de mercancia e à quantidade pouco expressiva de drogas, não permite a adequação dos fatos ao delito previsto pelo art. 33 da Lei de Drogas.

3.12. Atipicidade da conduta. Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Tema 506. É penalmente atípica a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa. Atipicidade que não impede o reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta. Julgamento do Recurso Extraordinário 635.659.

4. DISPOSITIVO

Revisão criminal conhecida. Preliminar afastada e, no mérito, procedência da ação revisional com a proclamação da absolvição do peticionário por atipicidade. Determinação de expedição de alvará de soltura clausulado.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTES CITADAS:

Legislação Citada: CF/1988, art. 5º, X e LVI; CPP, art. 244, 621, I, II e III; Lei 11.343/2006, arts. 28, caput, e 33, caput.

Jurisprudência Citada: STF, ADPF nº 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 28.08.2023, DJe 09.10.2023. STF, RE nº 846.854/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 07.02.2018. STF, ADC nº 38/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 18.05.2021. STF, ARE nº 1.215.727/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.08.2019. STF, AgR nos EDcl no AgR no RE nº 1.281.774/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 13.06.2022. STF, Reclamação nº 62.455, Rel. Min. Flávio Dino, julgado em 2024. STF, RE nº 608.588, julgado em 2024. STJ, HC nº 830.530/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27.09.2023, DJe 04.10.2023. STJ, AgRg no HC nº 684062/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, DJe 03.11.2021. STJ, AgRg no AREsp nº 1.403.409/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 04.04.2019. STJ, AgRg no HC nº 615.767/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 25.05.2021, DJe 28.05.2021. STJ, REsp nº 699773/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 16.05.2005. STJ, AgRg no HC nº 809.441/SP, julgado em 2024. STJ, AgRg no REsp nº 2.132.210/PR, Rel.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10.12.2024, DJe 20.12.2024. STJ, AgRg no HC nº 930.735/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04.11.2024, DJe 06.11.2024. STJ, AgRg no HC nº 877.189/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16.09.2024, DJe 24.09.2024. STJ, AgRg no HC nº 862.202/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15.10.2024, DJe 23.10.2024. TJSP, Revisão Criminal nº 0013125-50.2014.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, julgado em 08.03.2016. TJSP, Revisão Criminal nº 0008614-09.2014.8.26.0000, Rel. Guilherme de Souza Nucci, julgado em 15.12.2015. TJSP, Apelação Criminal nº 1500540-59.2019.8.26.0599, Rel. Osni Pereira, julgado em 07.04.2020. TJSP, Apelação Criminal nº 0000185-94.2017.8.26.0599, Rel. Leme Garcia, julgado em 11.11.2015. TJSP, Apelação Criminal nº 1500137-23.2019.8.26.0589, Rel. Newton Neves, julgado em 19.03.2020.

Trata-se de revisão criminal ajuizada por **LUCAS MOURA DE FREITAS**, condenado nos autos do processo n. 1502905-94.2019.8.26.0079, da **1ª Vara Criminal da Comarca de Botucatu**, por sentença prolatada pelo **MM. Juiz de Direito Josias Martins de Almeida Junior**, que lhe impôs a 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, em razão da prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/2006 (fls. 176/184 – autos de origem).

A r. sentença foi desafiada pela defesa com a interposição de recurso de apelação. A Colenda 3ª Câmara Criminal, por unanimidade, em voto da lavra do eminente **Desembargador Jayme Walmer de Freitas**, negou provimento ao apelo (fls. 254/263 – autos de origem). Operou-se o trânsito em julgado em 12 de abril de 2022 (fls. 268 – dos autos de origem).

Nesta oportunidade, a defesa insurge-se contra o édito condenatório. Para tanto, suscita ilicitude probatória decorrente de busca pessoal realizada por guardas municipais, argumentando que atuaram fora de suas atribuições constitucionais, agindo como polícia repressiva para a repressão de crimes em geral sem qualquer relação direta

com bens, instalações ou serviços municipais. Argumenta, ainda, que os guardas realizaram diligências que extrapolaram os limites autorizados para a prisão em flagrante. Pugna, assim, pelo reconhecimento da ilicitude das provas obtidas, bem como as delas derivadas, decretando-se a absolvição do peticionário. Subsidiariamente, invoca o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, que reconheceu a atipicidade da conduta de porte de *cannabis sativa* para consumo pessoal (Tema 506). Afirma que não houve modulação temporal dos efeitos do Acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, de modo que a decisão se revestiria de efeitos *ex tunc*, abarcando, portanto, casos julgados anteriormente à sua publicação. Destaca que o precedente fixou uma presunção de que será considerado usuário quem portar até 40 gramas de cannabis sativa ou 6 plantas fêmeas. Pondera que, no caso em apreço, o peticionário foi condenado pela prática do tráfico de drogas por portar quantidade inferior a 40 gramas de maconha, não tendo sido apontado na sentença ou no acórdão condenatório quaisquer outros elementos que permitissem a superação da presunção de que o entorpecente apreendido se dedicava ao consumo pessoal, razão pela qual deverá ser absolvido, por atipicidade, nos termos do novo entendimento jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 01/12).

Em parecer, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento da ação revisional (fls. 336/344).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Da revisão criminal. Cabimento e requisitos

Como é sabido, a coisa julgada, garantia fundamental, é expressão da segurança jurídica que emerge das relações sociais. A perpetuidade das demandas judiciais não é desejável, razão pela qual a imutabilidade da decisão, respeitados determinados critérios e pressupostos, é valor assentado nos interesses individuais e coletivos. Somente em situações excepcionais, informadas pela prevalência de interesses superiores é que se admite a desconstituição da coisa julgada. No campo do

sistema de Justiça Criminal estes valores assentam-se na prevalência da liberdade.

De fato, somente a sentença absolutória está sujeita aos efeitos absolutos que emanam da coisa julgada. A questão, note-se, é dimensionada pelo art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos que impede a instauração de nova ação penal em desfavor daquele que tiver sido absolvido por sentença passada em julgado. Nesse particular, a legislação processual nacional guarda harmonia com o direito internacional dos direitos humanos, ao prever - e regulamentar - a ação de revisão criminal dirigida, exclusivamente, à desconstituição da coisa julgada condenatória. A propósito, destaca Badaró:

A CADH, em seu art. 8.4, prevê entre as garantias processuais mínimas, que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Permitir uma revisão criminal que possa transformar uma absolvição passada em julgado em uma condenação penal é submeter o acusado a um novo processo pelos mesmos fatos. Não se pode considerar a vedação do bis in idem como limitada à repetição de ações penais condenatórias idênticas. Uma ação condenatória que resulte em absolvição e uma revisão criminal *pro societate* pelo mesmo fato violam a garantia do art. 8.4 da CADH.

Em suma, além de ser um traço histórico do ordenamento brasileiro o cabimento da revisão criminal apenas em favor do condenado, há também uma vedação, de status constitucional, pela integração da CR com a CADH – ou supralegal, conforme se considere a natureza dos tratados de direitos humanos – impedindo a criação de revisão de sentenças absolutórias transitadas em julgado.¹

A necessidade de um equilíbrio entre os valores da segurança e da liberdade não passou despercebida do legislador nacional que, dessa forma, estabeleceu causas de pedir específicas da ação de revisão criminal. Evitou, dessa forma, o uso indiscriminado da revisão com o seu consequente desvirtuamento para uma nova hipótese recursal. Nesse sentido, converge o credenciado magistério de Grinover, Magalhães e Scarance:

Só em casos excepcionais, taxativamente arrolados pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação de revisão criminal e da ação

¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 970.

rescisória para o juízo cível. Isto ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor da 'justiça' sobre o valor da 'certeza'.

No balanceamento dos valores em jogo, o legislador previu expressamente, no art. 621 do CPP (...), os casos de rescindibilidade da sentença passada em julgado. Porém, diante da relevância do instituto da coisa julgada, tais casos devem ter aplicação estrita. Assim, não se pode aplaudir a linha doutrinária que tende a ver na revisão criminal meio comum de impugnação de sentença, equiparável à apelação.²

A endossar o entendimento doutrinário, a jurisprudência tem se mostrado refratária ao uso da revisão criminal como instrumento processual para o mero reexame de provas que foram adequadamente valoradas no curso do processo de conhecimento. Nesse sentido, converge o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO CABIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **1. Não é cabível revisão criminal utilizada como nova apelação, visando ao mero reexame de fatos e provas, sem a demonstração de ofensa a texto expresso da lei penal ou de contrariedade à evidência dos autos (art. 621, I, do CPP). (...)**
4. Agravo regimental desprovido por outros fundamentos.
(AgRg no HC n. 615.767/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 28/5/2021.)

CRIMINAL. RESP. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. PRECARIEDADE DAS PROVAS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. **I. Hipótese em que foi deferido o pleito de revisão criminal, para absolver o peticionário, sob o fundamento de precariedade de provas da autoria. II. Fere o sistema processual penal brasileiro a decisão que, não obstante ter se fulcrado no art. 621, I, do CPP, embasou toda a sua fundamentação na fragilidade e precariedade das provas produzidas, transformando o pedido revisional em recurso de apelação criminal. III. A expressão "contra a evidência dos autos" não autoriza a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova. IV. Recurso provido."**
(STJ, REsp 699773/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/05/2005).

² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 5. ed., São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008, p. 303/304.

Em sentido análogo, converge a jurisprudência deste Tribunal:

REVISÃO CRIMINAL. Crime de roubo duplamente majorado pelo uso de arma de fogo em concurso de pessoas. Pretensão de absolvição por insuficiência de provas. Teses já analisadas e refutadas na sentença, confirmadas em sede de apelação. Inviabilidade da utilização do instituto da revisão criminal para reapreciação de provas. Inocorrência de qualquer das hipóteses do artigo 621, do Código de Processo Penal. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE

(Revisão Criminal nº 0013125-50.2014.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, j. em 08.03.2016).

Revisão Criminal. Roubo majorado. Pleito almejando a absolvição por insuficiência probatória ou mitigação da reprimenda. Teses já enfrentadas e afastadas em sede de apelação. Condenação devidamente escorada em coeso acervo probatório. Acórdão que manteve inalterada a reprimenda, inclusive no tocante ao reconhecimento da menoridade relativa do peticionário. Regime adequadamente fixado. Improcedente (Revisão Criminal nº 0008614-09.2014.8.26.0000, Rel. Guilherme de Souza Nucci, j. em 15.12.2015).

Nessa perspectiva, o cabimento da revisão criminal vincula-se à necessidade de correção do erro judiciário condenatório na hipótese em que a sentença for contrária ao texto expresso em lei ou à evidência dos autos (art. 621, I do CPP); quando a sentença se amparar em depoimentos, exames e documentos comprovadamente falsos (art. 621, II do CPP); ou ainda quando, após a sentença, forem descobertos novas provas da inocência do acusado ou circunstância que determine ou autoriza a diminuição especial da pena (art. 621, III do CPP).

2. Dos requisitos da ação revisional

No caso em apreço, o requerente fundamenta o pedido revisional, dentre outros motivos, na alteração da interpretação jurisprudencial sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sustentando que o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ostenta caráter vinculante, aplicando-se aos casos julgados

antes da publicação do Acórdão paradigma.

Como é assente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 506, reconheceu a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, firmando entendimento no sentido da atipicidade da conduta daquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*. O Acórdão paradigma foi assim ementado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de cannabis sativa para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes.

1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão.

3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública.

4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada

e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

5. O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador.

6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei (“consumo pessoal” e “pequena quantidade”) recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários.

7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006.

8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006.

9. Por todo o exposto, fixa-se a seguinte tese de repercussão geral:

(i) não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);

(ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;

(iii) em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

(iv) nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a

legislar a respeito;

(v) a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

(vi) nesses casos, caberá ao delegado de polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

(vii) na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

(viii) a apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei.

11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

(RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2024)

Nesse contexto, ainda que os incisos do art. 621 do CPP não prevejam expressamente o cabimento de revisão criminal para aplicação de nova orientação jurisprudencial, há importantes posições doutrinárias que admitem, excepcionalmente, o cabimento da revisão quando da nova interpretação dada pelos tribunais for benéfica ao réu, notadamente quando a mudança de entendimento ocorre em sede de controle de

constitucionalidade. É o entendimento, dentre outros, de Guilherme Nucci³:

Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterar o entendimento em relação a uma questão qualquer, em particular, de direito, quando favorável ao réu, deve provocar a alteração de todas as decisões anteriores, dando margem, se for o caso, ao ajuizamento de revisão criminal. Afinal, trata-se da Suprema Corte, responsável pela declaração de constitucionalidade da legislação ordinária. Desse modo, a modificação na interpretação de um instituto, tomada pelo Plenário da Corte Excelsa, deve ser observada tal como se houvesse lei penal benéfica, operando retroativamente. Tanto assim que, havendo negativa de aplicação da novel interpretação do STF, por juízes e tribunais inferiores, ainda que por via do *habeas corpus*, a questão chegará à apreciação do Pretório Excelso, quando se fará valer a posição tomada pelo Plenário. Logo, seria perda de tempo precioso travar a aplicação da inédita interpretação do Supremo Tribunal Federal desde cedo.

Em idêntico sentido, destaca-se as lições de Gustavo Badaró⁴:

A jurisprudência tem entendido que, se houver divergência de interpretação, não cabe a revisão criminal, pois a contrariedade ao texto legal deve ser frontal, não cabendo a revisão se foi dada interpretação razoável do dispositivo invocado.

Discorda-se de tal entendimento. A questão deve ser tratada a partir de uma premissa realista do princípio da legalidade, reconhecendo-se uma relação de complementariedade entre a lei e sua interpretação. O tema da aplicação retroativa de mudanças jurisprudenciais in pejus também foi analisado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir do que ficou conhecido como “doutrina Parot”. O Tribunal considerou que o fato de a justiça da Espanha ter aplicado, de maneira retroativa, a nova jurisprudência conhecida como “doutrina Parot”, violou o art. 7º da CEDH, (princípio da legalidade) e o art. 5º.1, (direito à liberdade e à segurança). Da sentença, pode ser destacado o seguinte passo: “Em qualquer sistema jurídico, por mais clara quer seja a redação de uma disposição legal, inclusive em matéria penal, existe inevitavelmente um elemento de interpretação judicial” (§92).

Seja no plano constitucional (CR, art. 5º, caput, XXXIX e XL), seja no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* – 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1203

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 973-974.

integração das garantias convencionais nos ordenamentos internos (CADH, art. 9º), uma leitura realista e contextualizada da legalidade penal nos tempos atuais tem que incluir também as mudanças de jurisprudência que ocorram em prejuízo do acusado, assim como as que lhe beneficia.

Tudo isso não pode deixar de ter reflexo no cabimento da revisão criminal, por ter sido a sentença condenatória contrária ao “texto expresso da lei penal” (CPP, art. 621, I). Se houve uma mudança jurisprudencial em tema já estável e consolidado, num sentido mais benéfico aos acusados, isso não poderá deixar de ser levado em conta. Nessa nova relação entre lei e juiz, é compreensível que, com base em um mesmo texto de lei penal, uma conduta que ontem era criminosa, sendo justa a condenação penal de quem a praticou, hoje deixe de ser crime e não mais se puna quem a pratique.

O que se defende é a admissão da revisão criminal, com fundamento no inciso I do art. 621 do CPP, quando um alto tribunal tem um entendimento firme e constante, aplicado há tempos, se há mudança dessa jurisprudência consolidada, num sentido benéfico ao acusado, o novo posicionamento poderá atingir até mesmo casos transitados em julgado, por meio da revisão criminal.

O sobredito entendimento encontra eco na jurisprudência. Em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça admite o manejo de revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do CPP, quando se postula a aplicação de nova orientação jurisprudencial mais benéfica ao réu, desde que se trate de entendimento pacífico e relevante. Nesse sentido alinham-se os seguintes julgados:

REVISÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAIS BENIGNO E ATUAL. CABIMENTO. PRECEDENTE. ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. PRECEITO SECUNDÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RESTABELECIMENTO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

1. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo

entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da quaestio, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitiva, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias - 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal a quo.

6. Revisão criminal procedente.

(STJ, RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/10/2021, DJe de 22/10/2021.)

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL FUNDADA NO ART. 621, I, CPP. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, CP) PRATICADO POR TERCEIRO NÃO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO IUS PUNIENDI RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO (ART. 630, CPP). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PENA DE MULTA: POSSIBILIDADE.

(...)

2. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança

jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante.

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido. A orientação se alinha com o entendimento exarado pela Corte Suprema, ao examinar o Agravo Regimental no ARE n. 663.735/ES, quando reconheceu a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, a depender de quem pratica a conduta, o próprio beneficiário da vantagem indevida ou um intermediário para que terceira pessoa receba o benefício previdenciário ilicitamente.

4. No caso concreto, reconhecida a natureza jurídica do delito como crime instantâneo de efeitos permanentes, o termo inicial do prazo prescricional é a data do pagamento da prestação do primeiro benefício indevido que ocorreu em março/1985. Dado que a pena máxima em abstrato cominada para o delito do art. 171, § 3º, do CP é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, aplica-se-lhe o prazo prescricional de 12 (doze) anos, previsto no art. 109, III, do CP. Vê-se, assim, que a prescrição do direito estatal de exercer o jus puniendi ocorreu em 1997. Entretanto a denúncia somente veio a ser recebida em 03/08/2004.

5. Não há como se reconhecer a existência de erro judiciário capaz de gerar indenização por injusta condenação (art. 630, CPP) se a sentença condenatória fundou-se em interpretação jurisprudencial controversa à época da condenação e que somente veio a se firmar após a confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau.

6. Rescindida a condenação, tem direito o autor à devolução dos valores que pagou, indevidamente, a título de pena de multa, devidamente atualizados pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora contados a partir do trânsito em julgado da revisão criminal.

7. Revisão criminal que se julga procedente, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do requerente em relação à condenação que lhe foi imposta pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal n. 2000.61.81.000278-5/SP.

(STJ, RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe de 15/12/2017.)

Os precedentes acima indicados alinham-se à hipótese dos autos. O requerente fundamenta sua pretensão revisional em novo entendimento jurisprudencial, firmado em sede de Repercussão Geral, pelo qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 28 da Lei de Drogas. Trata-se de nova orientação jurisprudencial mais benéfica fixada em precedente vinculante cuja observância é obrigatória, nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil. Não há dúvidas de que se trata de entendimento relevante e pacificado,

apto a ensejar o manejo excepcional da revisão criminal.

Conheço, portanto, da ação revisional.

3. Mérito

3.1. Síntese dos fatos imputados

O peticionário foi definitivamente condenado pela prática do delito tipificado pelo art. 33, caput, combinado com o art. 40, inciso VI, ambos da Lei de Drogas, porque, segundo consta na denúncia, no dia 25 de novembro de 2019, por volta das 16h44min, na Avenida Waldemar Vizoto, nº 10, Santa Eliza, Vila Nogueira, na cidade e Comarca de Botucatu, trazia consigo drogas, para fins de tráfico, consistentes em nove porções de maconha, com peso líquido aproximado de 4,55 gramas, drogas que determinam dependência física ou psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 76/78).

Segundo consta na inicial acusatória, o peticionário **Lucas** e o adolescente Alan traziam consigo entorpecentes para entrega e consumo de terceiros. Guardas civis realizavam patrulhamento por local conhecido pelo comércio de drogas quando avistaram as partes. Ao notarem a presença dos agentes, **Lucas** e Alan correram em direção a um pasto, porém foram perseguidos e abordados. Realizada busca pessoal, no bolso da calça de Alan foram encontradas 5 porções de maconha. Os guardas também apreenderam 14 reais que o adolescente havia dispensado antes da abordagem. **Lucas** também foi submetido a revista pessoal e encontrado em poder de 4 porções de maconha e a quantia de 4 reais no bolso de sua calça.

Narra a denúncia que a quantidade de entorpecentes apreendidos, o local e a dinâmica dos fatos, bem como a apreensão de dinheiro de origem não esclarecida seriam indicativos de que as substâncias seriam distribuídas ao consumo de terceiros.

3.2. Provas produzidas

O auto de exibição e apreensão apontou para o encontro de 9 porções de

maconha e a quantia de R\$18,00 em dinheiro (fls. 15 – autos de origem). O laudo preliminar de constatação confirmou o encontro da maconha, cujo peso líquido era de 4,55 gramas (fls. 30/34 – autos de origem). A apuração preliminar foi confirmada pelo laudo químico-toxicológico (fls. 64/66 – autos de origem).

Quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, o guarda civil Carlos Alexandre Lauriano relatou que estava em patrulhamento preventivo quando, na avenida Valdemar Vizotto, próximo ao numeral 1000, local conhecido como ponto de venda de drogas, avistou dois indivíduos que correram em direção a um pasto ao visualizarem a viatura. Conseguiu alcançá-los. Revistou o adolescente e com ele encontrou cinco porções de maconha no bolso de sua calça. Recuperou 14 reais em dinheiro que o adolescente havia dispensado. O outro policial revistou **Lucas** e encontrou, no bolso de sua calça, 4 porções de maconha e 4 reais em moedas. Relatou que, há duas semanas, tinha visto ambos no local dos fatos com outros dois indivíduos. Nessa ocasião, abordou os quatro indivíduos, porém localizou drogas com apenas um. Disse que o adolescente Alan e o peticionário **Lucas** foram liberados naquela oportunidade. Afirmou que ambos eram conhecidos pelo tráfico de drogas (fls. 05/06 – autos de origem).

Sob o crivo do contraditório, a testemunha Carlos relatou que estava em patrulhamento quando avistou dois indivíduos correndo. Abordou-os. Com **Lucas** foram encontradas 4 porções de maconha e a quantia de 4 reais, enquanto o adolescente Alan foi surpreendido em poder de 5 porções de maconha e a quantia de 14 reais. Disse que ambos confessaram que estariam traficando o no local, comercializando as porções por 5 reais a unidade. Disse que ambos eram conhecidos nos meios policiais por conta de uma abordagem anteriormente ocorrida. Nessa ocasião, quatro indivíduos foram conduzidos à delegacia, porém apenas um permaneceu detido porque assumiu toda a propriedade da droga.

Em fase preliminar, o guarda civil Felipe Alexandre Montanheiro Barbosa prestou relatos idênticos ao guarda civil Carlos Alexandre (fls. 07– autos de origem).

Em juízo, a testemunha Felipe relatou que estava em patrulhamento

quando avistou dois indivíduos que empreenderam fuga ao avistarem a viatura. Conseguiu abordá-los. Revistou **Lucas** e com ele encontrou 4 porções de maconha e a quantia de 4 reais. O outro policial revistou o adolescente Alan e localizou 14 reais e mais 5 porções de maconha. Disse que ambos os abordados confessaram a traficância e indicaram que o dinheiro apreendido era produto da venda da droga. Relatou ainda que, duas semanas antes dos fatos, **Lucas** e Alan foram conduzidos à DISE após serem abordados com entorpecente. Na ocasião, outro indivíduo, menor de idade, teria sido encontrado próximo às drogas e assumido a propriedade do entorpecente. Ressaltou que **Lucas** não foi encontrado com drogas nessa abordagem anterior.

Durante a lavratura do flagrante, o adolescente Alan Lopes Santiago relatou que estava próximo a um pasto na companhia de **Lucas** para juntos fazerem uso de maconha. Disse que havia pegado 5 porções da droga, porém, antes de as consumirem, foram surpreendidos por guardas civis. Ficou assustado e correu. Acabou sendo abordado, assim como **Lucas**, sendo encontrados com as drogas. Ressaltou que as substâncias eram para consumo próprio. Afirmou que há 15 dias atrás foi conduzido até a delegacia, porém foi liberado, pois a droga teria sido encontrada com outro adolescente (fls. 08 – autos de origem). O adolescente não foi ouvido em juízo.

Em fase preliminar, **Lucas** relatou ter comprado 4 porções de maconha e se dirigido até próximo de um pasto, junto com o adolescente Alan, para consumirem a droga. Antes, porém, foram abordados pelos guardas civis. Negou envolvimento com o tráfico, ressaltando que o entorpecente era para consumo pessoal. Admitiu ter sido conduzido para a delegacia duas semanas antes dos fatos, porém foi liberado porque a droga, naquela ocasião, pertencia a terceiro (fls. 09/10 – autos de origem).

Interrogado, ao final, **Lucas** negou a prática do tráfico, invocando a condução de usuário. Afirmou que estava em poder de quatro porções de maconha e que pretendia consumi-las. Tinha comprado fiado no local e pagaria depois. Indicou que era Alan quem estava vendendo drogas no local.

3.3. Da alegação de ilicitude probatória

3.3.1. 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)⁵ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).⁶ 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 Pellegrini⁷ 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

⁵ 232 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. Exclusión 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.

⁶ 342 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.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.

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.⁸ 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).

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

⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

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*.⁹ 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 ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz.***¹⁰

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.¹¹ 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.

⁹ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

¹⁰ 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.

¹¹ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA 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 TELEFÔNICA 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 TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, 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 PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-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.

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 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.

3.3.2. 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**

independerá 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. Jesuíno Rissato, DJe de 03/11/2021)

3.3.3. 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).¹² 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

¹² Art. 144. § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

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, Civis 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 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)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A proclamação do STF, 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 correccional 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 correições 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 haverem 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, que já vinha sendo adotado em outros precedentes do STJ, também foi aplicado quando do julgamento do HC 809.441/SP, o qual foi alvo da Reclamação nº 62.455, ajuizada perante o STF, por alegada afronta à decisão proferida em sede da ADPF 995. Na ocasião, a ação constitucional foi julgada procedente para declarar a licitude da prova obtida através de busca pessoal efetuada por guardas municipais, bem como das dela derivadas. O Exmo. Ministro Flávio Dino, relator da referida ação constitucional, assentou que o entendimento até então aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça contrariou a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 995. Assentou-se, na oportunidade, que os integrantes da Guarda Municipal, por integrarem o Sistema Único de Segurança Pública, tal como policiais federais, civis e militares, possuem legitimidade para a realização de abordagens de suspeitos da prática de infrações penais, desde que a diligência esteja amparada em justa causa, bem como podem realizar prisões em flagrante. Os principais argumentos deduzidos foram destacados no seguinte excerto da Reclamação 62.455:

[...] 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, Civis 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.

A questão foi, enfim, pacífica pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 608.588, firmou-se o entendimento pela constitucionalidade da criação de leis municipais que instituem guardas municipais com atuação voltada para ações de segurança pública. Reconheceu-se que as guardas municipais, conquanto não disponham de poderes próprios de polícia judiciária, podem realizar patrulhamento ostensivo e comunitário, sendo-lhe permitido, inclusive, realizar prisões em flagrante. A tese de repercussão geral foi assim fixada: **“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”** (Tema 656).

Assim, pelo que se infere da nova orientação, 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.

Logo, a equiparação no âmbito das atribuições e poderes se fez acompanhar, como não poderia deixar de ser, da equiparação dos mesmos deveres 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, recentemente proferidas, pela Quinta e Sexta Turmas do STJ:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA A ABORDAGEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Não satisfazem a exigência legal [para se realizar a busca pessoal e/ou veicular], por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP." (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022.)

2. No caso do autos, a abordagem foi realizada exclusivamente com base em denúncias anônimas recebidas pelos guardas municipais e no fato de o agravado estar em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, em suposta atitude suspeita, o que, conforme decidido no Recurso em Habeas Corpus n. 158.580/BA, não é suficiente para justificar a busca pessoal, porquanto ausentes fundamentos concretos que indicassem que ele estaria em posse de drogas, de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp n. 2.132.210/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/12/2024, DJe de 20/12/2024.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS COM APOIO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há controvérsia quanto à possibilidade de a guarda municipal realizar a prisão em flagrante. Ocorre que o flagrante, no caso destes autos, aconteceu depois de abordagem irregular, pois destituída de fundadas suspeitas da prática delitiva.

2. No caso, os guardas municipais atuaram como polícia investigativa e ostensiva, em flagrante desrespeito às suas atribuições constitucionais, uma vez que se apoiaram em "denúncia anônima" para abordar o paciente em via pública. Dessa forma, não há se falar que o paciente se encontrava em situação de flagrante delito.

Precedentes.

3. Assim, constata-se que as circunstâncias que antecederam a abordagem não se enquadram nos limites estabelecidos pela interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tornam válidas as abordagens realizadas por guardas municipais.

4. Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg no HC n. 930.735/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/11/2024, DJe de 6/11/2024.).

Ainda neste sentido: **AgRg no HC n. 922.659/SP, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 10/10/2024; HC n. 842.509/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023; AgRg no RHC n. 173.021/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023.**

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, veicular 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.

3.3.4. Do caso concreto

De início, observo que a ausência de enfrentamento da ilicitude probatória pelos graus de jurisdição compositivos do juízo de conhecimento não impede a apreciação da questão em sede de revisão criminal, ainda que a defesa não tenha suscitado a tese perante o juízo de conhecimento. Afinal, a proclamação da imprestabilidade processual das provas ilícitas guarda envergadura constitucional, integrando o sistema compositivo das garantias individuais. Logo, a valoração de uma prova ilícita representa clara e manifesta violação da ordem jurídica, representando, dessa forma, contrariedade ao direito que, obviamente, sujeita-se a reapreciações dado o grau de sua intolerância abraçado por nosso regime constitucional.

Importante esclarecer que a ilicitude de uma prova conduz a sua desconsideração absoluta que, portanto, passa a ser uma “não prova”. Há, dessa forma,

um problema relacionado à existência jurídica. Ou seja, muito embora haja uma prova em seu sentido material, não há prova no plano jurídico. Daí a proclamação da inadmissibilidade. De todo modo, ainda fosse possível inserir as provas ilícitas no campo das nulidades processuais (plano da validade), a toda evidência tratar-se-ia de nulidade absoluta, visto que os interesses supostamente violados são de natureza pública. De fato, a violação dos direitos fundamentais da liberdade, no qual se insere o espaço de resguardo da intimidade e da privacidade, é matéria de ordem pública e constitucional que, por sua vez, não se submete às sanatórias da nulidade. Assim, mesmo que se considerasse a prova ilícita como um problema de nulidade, o seu grau absoluto permitiria o reconhecimento de ofício e, ademais, a qualquer momento, não se sujeitando, dessa forma, à preclusão.

De todo modo, aqui não é caso de acolhimento da alegação de ilicitude probatória.

A uma, porque o entendimento atualmente em voga pelo Supremo Tribunal Federal, o qual ora se adota, rechaça a tese defensiva de que a atuação da Guarda Municipal estaria restrita às hipóteses de proteção dos bens, serviços e instalações municipais, vez que possuem legitimidade para a realização de abordagens e prisões em flagrante. A duas, porque a busca pessoal foi amparada em suficiente justa causa. Ora, o requerente foi surpreendido pelos guardas civis em um conhecido ponto de venda de drogas. Logo que avistou a viatura, imediatamente empreendeu fuga num claro demonstrativo de que buscava evadir-se da ação dos agentes. Havia, portanto, fundadas suspeitas de que estaria em poder de objetos ilícitos, o que justificava a atuação dos guardas civis e a consequente busca pessoal. Vale destacar que o requerente já era conhecido porque, dias antes, teria sido detido em uma ocorrência relacionada ao tráfico. Tal contexto constitui um quadro de fundadas razões que autorizaram a busca pessoal.

Nesse contexto, há que reconhecer que a atuação da Guarda Civil não foi desarrazoada, tampouco ilegal. Havia elementos visuais que suscitavam fundadas suspeitas da prática de crime, o que demandava a pronta intervenção das forças de segurança pública, no caso específico, da Guarda Civil. Tais elementos reunidos

conferiram a justa causa necessária para o procedimento de busca pessoal que se sucedeu. 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.

(STJ, 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. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Não se verifica ilegalidade na ação da Guarda Municipal, porquanto a lei autoriza a qualquer do povo realizar prisão em flagrante - art. 301 do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. 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".

3. No caso, não se verifica a apontada ilicitude probatória decorrente da abordagem dos agentes da Guarda Municipal, os quais foram informados da realização de evento em específica localidade, onde estaria havendo intenso comércio de entorpecentes, inclusive mediante a intimidação de moradores locais. A fim de verificar a veracidade das informações, os guardas se deslocaram até o referido evento, sendo que um morador apontou quem eram as pessoas que estavam comercializando drogas, e o local.

4. Ao se aproximarem do beco indicado, um indivíduo, em cima de um muro, ao visualizar a viatura, gritou em tom de alerta "sopa" e os demais indivíduos que lá se encontravam saíram correndo. O ora agravante era um destes indivíduos, e dispensou uma sacola ao solo

durante a fuga, contendo quarenta e oito microtubos de substância posteriormente identificada como cocaína e duas buchas de maconha.

5. Mostrando-se nítida a situação de flagrante delito quando, indicada a prática do crime em local determinado, as pessoas suspeitas se evadem ao visualizar os guardas e dispensam mercadoria do tráfico, é justificada a atuação da Guarda Municipal, não havendo nulidade. Precedentes.

6. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no HC n. 862.202/MG, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 23/10/2024.)

3.4. Mérito

A revisional comporta parcial provimento.

Ainda que não se possa falar em ilicitude probatória decorrente da atuação da Guarda Civil, há que se acolher o pedido subsidiário formulado pelo peticionário, reconhecendo-se a impossibilidade de manutenção da condenação pelo tráfico de drogas e a necessidade de desclassificação da conduta imputada, aplicando-se, por consequência, o novel entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no que tange a atipicidade do porte de *cannabis sativa* para consumo pessoal (Tema 506).

Vislumbra-se que a materialidade do delito foi devidamente comprovada pela apreensão e perícia sobre as substâncias entorpecentes, apurando-se o encontro de 9 porções de maconha com peso aproximado de 4,5 gramas.

O quadro probatório também tornou incontroverso o vínculo do requerente com os entorpecentes apreendidos, notadamente diante dos depoimentos das testemunhas de acusação, os quais esclareceram que 5 porções da droga foram encontradas com o adolescente e que as outras 4 porções de maconha estavam na posse direta do peticionário. O próprio peticionário confessou a posse das quatro porções de maconha, tendo invocado a condição de usuário.

De fato, há um cenário de fundadas dúvidas quanto à destinação

comercial das substâncias, o que autoriza o acolhimento do pleito desclassificatório.

Com efeito, o art. 28, §2º, da Lei 11.343/2006 elenca algumas diretrizes pelas quais a autoridade judiciária deverá se guiar a fim de determinar se o entorpecente apreendido se destinava ao consumo pessoal ou ao tráfico. Atenderá, sobretudo, à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A par das diretrizes elencadas pelo legislador, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 506, além de afirmar a atipicidade da conduta do porte para consumo pessoal da substância *cannabis sativa*, fixou uma presunção valendo-se de critérios objetivos relacionados à quantidade e à natureza da droga. Assim, será considerado usuário aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas. O precedente vinculante assentou que se trata de presunção relativa que poderá ser afastada quando confrontada com outros elementos comprobatórios da destinação comercial, tais como a forma de acondicionamento das drogas, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias, a presença de instrumentos usualmente empregados no tráfico, dentre outros. Também restou assentado no precedente vinculante que a apreensão de quantidade superior a 40 gramas não impede a conclusão de que a substância se destinava ao consumo pessoal, de modo que, em tal hipótese, a conduta deverá ser considerada atípica. As teses de repercussão geral foram assim fixadas quando do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659:

- 1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);**
2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;
3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade

policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

4. Nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

6. Nesses casos, caberá ao delegado de polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

No caso em apreço, é incontroverso que a quantidade apreendida era substancialmente inferior ao limite fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de aproximada 4,5 gramas de maconha fracionadas em 9 porções, sendo que, ao que se infere, o peticionário foi encontrado na posse direta de apenas 4 porções, posto que o restante foi apreendido com o adolescente.

De mais a mais, verifica-se ter o peticionário alegado que a substância se destinava a uso próprio. A alegação remonta à fase inicial da persecução, quando o peticionário foi interrogado durante a lavratura do flagrante. Nessa ocasião, disse ter se dirigido ao local para consumir a droga junto com o adolescente Alan, o qual teria endossado a versão do peticionário.

Lado outro, há os relatos fornecidos pelos guardas civis. Pelo que se

infe da sentença e do v. Acórdão, a condenação pelo tráfico de drogas fundamentou-se, essencialmente, nos relatos dos guardas civis. Ocorre, todavia, que os referidos depoimentos são marcados por inconsistências. A principal delas gira em torno da alegada confissão informal.

Ambos os guardas civis fizeram referência, em juízo, que o requerente teria confessado a traficância em caráter informal, durante a abordagem. Contudo, ao serem ouvidos em sede policial, nada mencionaram sobre a suposta admissão informal, o que suscita dúvidas acerca da credibilidade de tais relatos. Ora, tratando-se de tão importante elemento incriminador, estranha-se que as testemunhas nada tenham relatado a esse respeito quando prestaram depoimentos perante a autoridade policial. Não se trata de circunstância de menor importância que poderia ser simplesmente esquecida.

No mais, os guardas civis ainda fizeram menção de que o peticionário e o adolescente teriam sido abordados naquele mesmo local dias antes dos fatos. Pelo que se infere dos relatos, nessa ocasião as drogas teriam sido encontradas com outra pessoa, não com o requerente, o qual, inclusive, teria se livrado solto. As referências de que seria pessoa conhecida por envolvimento com o tráfico de drogas contrastam com a ausência de registros criminais. De fato, a folha de antecedentes revela que o peticionário era primário e que sequer ostentava algum antecedente. Tampouco possuía anotações na Justiça da Infância e da Juventude (fls. 80/82 – autos de origem).

As circunstâncias que envolveram o encontro das drogas também não permitem afirmar a destinação comercial. A quantidade apreendida não era expressiva. Tratava-se de quatro porções de maconha encontrada na posse direta do peticionário, visto que as outras cinco porções estavam com o adolescente. Não foram localizados manuscritos contendo possível contabilidade do tráfico, balança de precisão ou outros petrechos usualmente empregados na traficância. Nenhuma movimentação suspeita de mercancia foi detectada pelos guardas civis antes da abordagem. Por fim, observo que o numerário apreendido era reduzido – apenas 18 reais – não se tratando de elemento que pudesse indicar, de modo categórico, a destinação comercial das substâncias.

Por fim, como já indicado, o peticionário sempre negou envolvimento com o tráfico, afirmando ser usuário. A quantidade não é, por si, incompatível com aquela

condição.

Assim, qualquer afirmação de tráfico haveria de partir, necessariamente, de uma presunção, que, como se sabe, não se mostra cabível no contexto do Direito Penal. Aliás, diante das dúvidas quanto à destinação comercial, há de prevalecer a situação mais favorável à defesa diante da supremacia do princípio da presunção da inocência. Nesse sentido, converge a jurisprudência:

Apelação. Tráfico de entorpecentes. Quadro probatório que não traz a necessária certeza quanto à mercancia. Posse para uso próprio. Depoimento de agentes policiais. Validade e suficiência desde que inexistente contradição ou confronto com as demais provas. Análise que se faz em cada caso concreto. Quantidade não expressiva de droga que exige prova concreta de atos de mercancia para comprovar o crime de tráfico. Ausência dessa prova que resulta em dúvida remanescente, autorizando a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei 11.343/06. Recurso da Defesa parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500540-59.2019.8.26.0599; Relator (a): Osni Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/04/2020; Data de Registro: 07/04/2020)

Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Viável a desclassificação para o tipo previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/06. Pequena quantidade de entorpecentes e demais circunstâncias do caso que não revelaram a prática da traficância. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Detração do tempo de prisão cautelar que autoriza a decretação da extinção da pena, pelo cumprimento. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 0000185-94.2017.8.26.0599; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Capivari - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 11/11/2015; Data de Registro: 30/03/2020)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – Quadro probatório que não traz a necessária certeza quanto à mercancia de entorpecentes - Quantidade pequena de droga que exige prova concreta de atos de mercancia para comprovar o delito de tráfico – Apreensão de 16,87g de maconha - Dúvida remanescente que autoriza a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

– **Recurso parcialmente provido, com determinação de expedição de alvará de soltura (voto nº 41789).**

(TJSP; Apelação Criminal 1500137-23.2019.8.26.0589; Relator (a): Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Simão - Vara Única; Data do Julgamento: 19/03/2020; Data de Registro: 19/03/2020)

Os fatos, portanto, se amoldariam, em tese, ao delito previsto pelo art. 28 da Lei de Drogas. Contudo, como já destacado, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 506, firmou entendimento que proclamou a atipicidade da conduta de quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta.

4. Voto

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, conheço da presente ação de revisão criminal, afasto a matéria preliminar e, no mérito, dou-lhe provimento para: a) desclassificar a imputação do delito tipificado pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 para aquela prevista pelo art. 28, caput, da Lei 11.343/2006; b) para absolver o peticionário LUCAS MOURA DE FREITAS da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 28, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Considerando que o peticionário se encontra em cumprimento de pena (*vide* autos nº 0007766-60.2022.8.26.0026), **expeça-se alvará de soltura clausulado.**

MARCOS ZILLI

Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO: 020476
REVISÃO CRIMINAL: 2378723-86.2024.8.26.0000
PETICIONÁRIO: LUCAS MOURA DE FREITAS
COMARCA: BOTUCATU – 1ª VARA CRIMINAL
(ação penal nº 1502905-94.2019.8.26.0079)

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Com a devida vênia, ousou divergir da douta maioria, **para indeferir o pedido revisional.**

Trata-se de revisão criminal ajuizada por **LUCAS MOURA DE FREITAS** contra o v. Acórdão de fls. 254/263 (*daqui em diante, sempre da ação penal originária, salvo menção em contrário*), transitado em julgado para as partes (fl. 268), de relatoria do e. Desembargador Jayme Walmer de Freitas, pelo qual a Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, por votação unânime, negou provimento ao apelo defensivo e, por conseguinte, manteve a r. sentença de fls. 176/184, que condenou aquele às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa mínimos, por incursão ao artigo 33, *caput*, c.c. o 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

O peticionário promove, agora, a presente revisão criminal e, alegando decisão contrária à evidência dos autos e ao texto

expresso de lei, busca o reconhecimento da ilicitude das provas advindas da abordagem e da busca pessoal, por falta de atribuição constitucional da Guarda Municipal para fazê-lo, com ulterior absolvição por ausência de prova remanescente hábil a comprovar a materialidade e a autoria delitivas. Alternativamente, requer sua absolvição por atipicidade formal da conduta, aplicando-se à hipótese a tese jurídica firmada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 635.659 (tema 506) (fls. 1/12 destes autos).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinou pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 336/344, *idem*).

É o relatório.

II – Cabimento do pedido revisional.

A revisão criminal é ação destinada à reparação de erros judiciários de fato ou de direito ocorridos em decisões condenatórias (ou absolutórias impróprias) definitivas, expressos nas hipóteses previstas na legislação processual penal: confronto da decisão com o texto expresso legal, manifesta contrariedade da decisão com a evidência produzida nos autos, fundamentação em provas falsas, ou para trazer ao Poder Judiciário novas provas que levem à absolvição ou diminuição da reprimenda.

As hipóteses legais, previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, são taxativas e para o acolhimento da ação de revisão

criminal, por relativizar a coisa julgada, faz-se necessário o cotejo e perfeita adequação da causa de pedir nas proposições acima expostas, exclusivamente. Não é o caso dos presentes autos, em que se busca, em verdade, a revisão do quanto decido em sede de apelação.

Dos fundamentos deduzidos na peça vestibular já se constata que, pela melhor técnica jurídica, seria o caso de sequer se conhecer a pretensão revisional. Todavia, curvo-me à orientação deste Colendo colegiado, para conhecer a demanda, que, todavia, não merece acolhimento.

III — O caso penal.

Pelo que consta dos autos, o peticionário foi condenado definitivamente por tráfico ilícito de entorpecentes porque, no dia 25 de novembro de 2019, às 16h44min, na Avenida Waldemar Vizoto, 10, Santa Eliza, Vila Nogueira, cidade de Botucatu/SP, agindo em concurso e com unidade de propósitos com o adolescente Alan Lopes Santiago, trazia consigo, para fins de tráfico, 9 (nove) porções de maconha, com massa líquida de 4,55g (quatro gramas e cinquenta e cinco centigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da apreensão das quantias de R\$ 4,00 e R\$ 14,00, encontradas com o peticionário e com o infante, respectivamente.

Segundo a denúncia (fls. 76/78), o peticionário Lucas *“e o adolescente Alan Lopes Santiago traziam consigo entorpecentes, para entrega e consumo de terceiras pessoas. Guardas Civis*

Municipais realizavam patrulhamento pelo local, conhecido pelo comércio de drogas, quando avistaram Lucas, acompanhado do adolescente Alan. Ao notarem a presença da guarnição, ambos empreenderam fuga em direção a um pasto, mas foram perseguidos e abordados pelos agentes policiais. Realizada busca pessoal no adolescente Alan, foram localizadas, no bolso de sua calça, cinco parangas de maconha. Os guardas também apreenderam a quantia de R\$ 14,00 em dinheiro, que o adolescente havia dispensado antes de sua abordagem. Com Lucas, foram apreendidas mais quatro parangas de maconha e a importância de R\$ 4,00, que estava no bolso de sua calça. Sobreveio prisão em flagrante de Lucas e a apreensão de Alan (...)."

IV – Ilícitude das provas originária e derivada.

Com a devida vênia à combativa Defensoria Pública estadual, não há que se falar em ilicitude das provas advindas da abordagem e da busca pessoal, por suposta falta de atribuição constitucional das Guardas Municipais para fazê-lo.

É que, com o advento do Estatuto das Guardas Municipais (Lei nº 13.022/14), que entrou em vigor no dia 8 de agosto de 2014 (art. 23) e regulamentou o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, a competência dos integrantes da Guarda Civil Municipal foi devidamente regulamentada, cabendo-lhes, entre outras atribuições, *"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” (art. 5º, II); “atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais” (art. 5º, III); e “**encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração**, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário” (art. 5º, XIV) (grifos nossos).*

Vale anotar, ainda, que o Excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, reconhecendo que as Guardas Municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e podem, igualmente, realizar a prisão em flagrante delito. Afinal, os guardas municipais, assim como qualquer do povo, podem efetuar a prisão em flagrante do agente cuja conduta amolda-se às hipóteses taxativas do artigo 302 do Código de Processo Penal. Confiram-se os precedentes da Suprema Corte brasileira:

“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 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). 5. 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, Tribunal Pleno, ADPF 995/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 28/08/2023, Dje de 09/10/2023);

“A guarda municipal pode, e deve, prender quem se encontre em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301 do CPP. Precedentes.” (STF, Primeira Turma, AgR-ED-

AgR no RE 1.281.774/SP, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 13/06/2022, DJe de 26/08/2022).

No mesmo sentido, é a orientação jurisprudencial sedimentada no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. (...) Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. 3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão. 4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita” (STJ, Sexta Turma, HC 286.546/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 22.09.2015, DJe de 15.10.2015).

No caso dos autos, os guardas municipais Carlos Alexandre e Felipe Alexandre avistaram o peticionário Lucas e o adolescente Alan na via pública e, depois de tentativa de fuga a pé promovida por eles, alcançaram-nos, realizaram busca pessoal e, então, encontraram porções de maconha e quantias em espécie em poder de ambos, ocasião em que eles admitiram informalmente a venda de drogas naquele local, em concurso entre si.

Nesse cenário probatório e jurídico, em virtude da existência de circunstâncias fáticas indicadoras do estado de flagrante do peticionário, justificadas *a posteriori* (STF Tribunal Pleno, RE 603.616/RO), aliada à competência dos guardas civis municipais (Lei nº 13.022/14, art. 5º, II, III e XIV), não há que se falar em ilicitude da abordagem, da busca pessoal ou da apreensão do entorpecente realizadas pelos guardas municipais, que culminaram com a deflagração da persecução penal.

Por tais razões, rejeito a tese de ilicitude das provas por falta de justa causa para busca pessoal ou por ausência de atribuição constitucional da Guarda Municipal para proceder às diligências que culminaram com a apreensão da droga e das quantias em espécie.

V – Mérito do caso penal.

Para demonstração da materialidade e autoria delitivas, foram juntados ao feito: auto de prisão em flagrante delito (fls. 1/2), boletim de ocorrência (fls. 12/14), auto de exibição e apreensão (fl. 15),

laudo de constatação provisória (fls. 30/34), comprovante de depósito judicial (fls. 62/63) e exame químico-toxicológico, que resultou positivo para *cannabis sativa L.* (fls. 64/66).

Colheu-se, igualmente, prova oral.

O **peticionário Lucas** admitiu, em ambas as fases da persecução penal, a posse de parte da droga apreendida, alegando pretensão de consumo próprio. **Na fase policial**, disse que, à data do fato, comprou quatro porções de maconha para seu consumo, retornou ao bairro onde morava e, então, rumou até um pasto, em companhia do adolescente Alan, para consumirem a droga, mas foram abordados por guardas municipais logo após. Referiu ter corrido dos policiais porque ficara com medo. Por fim, negou seu envolvimento com o tráfico de drogas (fls. 9/10). **Em juízo**, admitiu a posse de quatro porções de maconha, apenas, que se destinavam a seu consumo. Mencionou que possuía trabalho lícito e que comprara a droga “fiado”. Conhecia do bairro o adolescente Alan, o qual estava vendendo drogas por ocasião da abordagem policial. Por derradeiro, negou envolvimento com o narcotráfico (fl. 147).

Os **guardas municipais Carlos Alexandre Lauriano e Felipe Alexandre Montanheiro Barbosa** narraram de forma segura e coesa, em ambas as fases da persecução penal, que à data do fato, realizavam patrulhamento rotineiro, quando avistaram o peticionário Lucas e o adolescente Alan na via pública, ocasião em que eles, ao notarem a aproximação da viatura, empreenderam fuga a pé, mas foram alcançados pela equipe. Em busca pessoal,

encontraram com o peticionário quatro porções de maconha e a quantia de R\$ 4,00, e em poder do adolescente, cinco porções de maconha e a quantia de R\$ 14,00. Instados, eles admitiram informalmente que vendiam drogas naquele local, juntos (fls. 5/7 e 147).

O adolescente Alan Lopes Santiago

declarou, na fase policial, que à data dos fatos, estava na companhia do peticionário Lucas e na posse de cinco porções de maconha, para consumo do declarante. Referiu sua condição de usuário de drogas e disse que rumou até o local dos fatos, ocasião em que foram abordados pela Guarda Municipal. Por fim, destacou que correram porque ficaram assustados (fl. 8).

Eis, de relevante, a prova coligida.

As provas produzidas e admitidas nos autos constituíram *standard* probatório capaz de confirmar a *hipótese* contida na denúncia para além de dúvida razoável, revelando-se suficientes, pois, à responsabilização criminal do peticionário Lucas.

Como visto alhures, o exame químico-toxicológico atestou a ilicitude da substância apreendida, maconha, de comercialização proscriita no país, ao passo que os guardas municipais relataram que avistaram o peticionário e o adolescente Alan na via pública e, depois de tentativa de fuga a pé promovida por eles, alcançaram-nos, realizaram busca pessoal e, então, encontraram porções de maconha (4,55g) e quantias em espécie

(R\$ 28,00) em poder de ambos, ocasião em que eles admitiram a venda de drogas naquele local, em concurso.

Não há motivo nos autos para negar crédito ao depoimento dos guardas responsáveis pela diligência. Primeiro, porque a valoração do relato dos agentes públicos deve ser feita pelo Estado-juiz como qualquer outra prova testemunhal, em consonância e obediência ao sistema do livre convencimento motivado (CPP, art. 155, *caput*), mesmo porque a condição de policial, por si só, não põe em xeque o valor dessa prova. Ao revés, a condição de servidores públicos empresta a seus depoimentos a presunção — *relativa* — de veracidade de seus conteúdos — *não infirmada pela defesa, como seria seu ônus, nos termos do artigo 156, caput, do Código de Processo Penal*. Confira-se, a propósito, precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A prova oral produzida, consistente em declarações coesas dos agentes de segurança penitenciária se mostraram suficientes para a caracterização da falta como grave (...). A Jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a 'priori', das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade, [...] (HC n.º 391.170/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 1º/8/2017, publicado em 7/8/2017)” (AgRg no HC 790.497/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.02.2023, DJe 13.02.2023).

Segundo, porque os depoimentos de

policiais compõem naturalmente o contexto probatório, sem que se apresentem, *a priori*, inválidos ou desmerecidos, até por inexistirem indícios de que pudessem ter interesse em causar gratuito e falso prejuízo ao peticionário. Como toda e qualquer pessoa, podem os agentes públicos servir como testemunha (CPP, art. 202) e, no caso dos autos, não há elementos a indicar qualquer animosidade dos guardas municipais que participaram da diligência, tampouco restou demonstrada alguma pretensão dos agentes em incriminar injustamente o peticionário, que não comprovou abusos ou injustiças contra si eventualmente praticadas, como lhe competia (CPP, art. 156, *caput*). Nesse sentido, já decidiu o Colendo Tribunal da Cidadania:

“Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo à defesa demonstrar sua imprestabilidade. [...] É firme o entendimento desta Corte Superior de que “o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento” (HC n. 382.306/RS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017) (HC n. 404.514/PE, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/3/2018)” (AgRg no REsp 1.863.836/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 06.10.2020, DJe

14.10.2020, destaquei).

Ressalte-se, por oportuno, que o crime de tráfico ilícito de entorpecente pode configurar-se com a prática de condutas variadas e, como tipo misto alternativo que é, a adequação do comportamento a qualquer um dos núcleos do tipo penal incriminador implica violação do bem jurídico protegido, justificando a incidência da norma penal. Desnecessário, pois, o flagrante no momento da efetiva tradição ou venda do entorpecente para incidência do tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. É dizer, as condutas periféricas à efetiva comercialização, como *trazer consigo*, *guardar*, *transportar* ou mesmo *manter em depósito*, por exemplo, são suficientes à transgressão do proibido penalmente pelo tipo. Neste sentido, é o entendimento firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“É firme o entendimento desta Corte Superior de que o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.” (AgRg no HC 701.134/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jesuíno Rissato — Desembargador convocado do TJDF —, j. em 07.12.2021, DJe de 15.12.2021).

Aliás, a natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga (4,55g de maconha, fracionados em nove porções), a apreensão de quantias em espécie (totalizando R\$ 28,00) e as demais

circunstâncias do caso (reação do peticionário ao notar a aproximação policial, que tentou fugir a pé) indicam, para além de qualquer dúvida razoável, que as porções de maconha apreendidas se destinavam ao narcotráfico, praticado pelo peticionário em concurso com o adolescente Alan.

E, ao contrário do sustentado pela combativa Defesa, não há limite legal de quantidade de entorpecente para caracterização do crime de tráfico ilícito de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*), observando-se que, ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que se presume a destinação para consumo próprio a posse de até 40g de maconha (tema 506), **presunção relativa** que, naturalmente, pode ser afastada quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como no caso dos autos.

Em suma, vieram aos autos elementos de convicção aptos e suficientes a embasar a versão acusatória e coube ao Colendo Colegiado a valoração dos atos de prova produzidos e admitidos consoante a legislação processual em vigor, com exposição da conclusão jurisdicional devidamente fundamentada (CF, art. 93, IX). Não há, pois, respeitado o posicionamento da douta maioria, contrariedade da decisão com a evidência dos autos. Há, isso sim, decisão nela fundamentada, de sorte que não se adequa ao caso penal *sub judice* a hipótese legal invocada para a presente ação revisional (CPP, art. 621).

Assim, diante do conjunto probatório



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitivas, é de rigor a manutenção da condenação do peticionário Lucas pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06, art. 33, *caput*), não havendo que se falar em absolvição por ausência ou insuficiência probatória, tampouco em atipicidade formal da conduta.

A coisa julgada constitui direito fundamental do cidadão — *e da sociedade como um todo* —, tutelada constitucionalmente, tal qual a liberdade de locomoção, além de não existir no ordenamento pátrio hipótese de segunda apelação, não se permitindo a utilização desta ação autônoma de impugnação para se implementar o cabimento de mais um recurso de cognição ampla.

Dessa maneira, com o devido respeito à douta maioria, pelo meu voto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação de revisão criminal.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relatora Sorteada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu
as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	46	Acórdãos Eletrônicos	MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI	2A2F41A1
47	61	Declarações de Votos	GILDA CERQUEIRA ALVES BARBOSA AMARAL DIODATTI	2A66BAB4

Para conferir o original acesse o site:
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo
2378723-86.2024.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.