



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2084565 - SP (2023/0238224-2)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
RECORRENTE : MICHEL PEREIRA FAIAO
ADVOGADO : ADRIANA SOLER SIMON - SP353061
RECORRENTE : RONALDO LUIS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : AMANDA RODRIGUES GIATTI - SP375909
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, contra acórdão assim ementado:

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Preliminares afastadas. Sentença condenatória. Pretensão à absolvição ou à desclassificação para porte de drogas visando consumo próprio. Impossibilidade. Materialidade e autorias comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Dosimetria. Penas escorregadas. Particularidades do caso que impõem a exasperação da basilar. Inteligência do artigo 42 da Lei de Drogas e do artigo 59 do Código Penal. Réus reincidentes, presos em flagrante em ponto conhecido pelo comércio ilícito de drogas de extremo potencial lesivo. Inaplicável o redutor de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. Elementos concretos que demonstram a dedicação do réu às atividades criminosas. Regime fechado mantido. Recursos não providos.

Narram os autos que os recorrentes foram condenados como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei Federal 11.343/2006, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa.

As defesas dos recorrentes sustentam, em suma, nulidade das prisões realizadas por guardas municipais, mediante violação de domicílio.

Requerem o provimento dos recursos especiais, a fim de que os recorrentes sejam absolvidos ou, subsidiariamente, que as penas sejam redimensionadas.

Contrarrazoados e admitidos na origem, o Ministério Público Federal opinou pelo "provimento do recurso especial de RONALDO LUIS DE OLIVEIRA para decretar a nulidade da diligência realizada pelos guardas municipais e das provas dela obtidas, desconstituindo-se a condenação dos recorrentes, e pela prejudicialidade do recurso especial de MICHEL PEREIRA FAIAO" (fl. 690).

Quanto à alegada nulidade das provas e da atuação ilegal da guarda municipal, extrai-se da sentença condenatória (fls. 245-249):

Antonio Alessandro Frois, Gurda Municipal, disse que estavam em patrulhamento pelo bairro Santa Cruz, souberam via rádio que o Ronaldo, vulgo "neguinho", estaria traficando em sua residência, cujo endereço é o dos autos. Contou que ao chegarem a alguns metros da residência, observaram a casa, viram quando o réu Michel Faião chegou na casa e chamou o "Neginho". Relatou que eles conversaram rápido, Ronaldo entrou na casa, depois voltou ao portão e entregou ao Michel, em sua mão, algumas porções, enquanto que Michel dava a Ronaldo uma cédula azul. Disse que nesse momento foram abordados, enquanto estavam na calçada, eles entraram no imóvel correndo. Contou que entraram atrás e o Michel jogou embaixo da cama um objeto que estava em sua mão direita. Informou que com o Michel, em busca pessoal, encontraram uma nota de R\$100,00 (cem reais), em sua mão esquerda e em sua carteira R\$30,00 (trinta reais) e ao verificarem o objeto jogado embaixo da cama, encontraram uma feira de saquinhos de juju com 11 (onze) porções de crack. Disse que ao ser indagado, Michel assumiu a propriedade de 09 (nove) porções de crack, informando ter adquirido em outro bairro da cidade e as outras 02 (duas), ele não soube informar. Contou que Ronaldo, por sua vez, disse que o Michel tinha vindo até sua casa, para fazerem uso das drogas de forma compartilhada. Informou que Ronaldo, vulgo "Neginho", mora numa casa que é conhecida no bairro, como sendo ponto de venda e o Michel, segundo souberam, era responsável pela distribuição de drogas no bairro Santa Cruz, e estaria ligado a 02 (dois) endereços, a casa dele, na Rangel Pestana, e na casa do sogro, onde ele morava com sua amásia (fls. 183) **Marcos Roberto Carlos, guarda municipal, prestou depoimento em perfeita consonância com o de seu colega de farda, acrescentando que estavam em patrulhamento pelo bairro Santa Cruz, local já conhecido pela prática de tráfico, já com diversas informações de que no endereço dos autos, haveria forte incidência de tráfico e novamente, no dia, souberam que o Ronaldo, vulgo Neginho, estaria traficando em sua residência, cujo endereço é o dos autos. Contou que Ronaldo, vulgo Neginho, mora numa casa que é conhecida no bairro, como sendo ponto de venda e Michel, segundo souberam, era responsável pela distribuição de drogas no bairro Santa Cruz. Contou que já desceram da viatura, e já avistaram de pronto a prática delituosa. Ao final, disse que presenciou o Michel entregando alguns objetos ao Ronaldo (fls. 183).**

Antes de adentrar ao mérito, cumpre analisar as preliminares arguidas pelas combativas Defesas.

A alegação de nulidade atinente à ação dos guardas municipais não merece prosperar, pois é pacífico o entendimento jurisprudencial de que inexistente ilegalidade na prisão em flagrante efetuada por guardas municipais, já que o artigo 301, do Código de Processo Penal, permite que qualquer pessoa, particular ou servidor público, prenda quem estiver em flagrante delito.

(...)

Ao contrário do que a Defesa insiste em tentar demonstrar, **a situação que levou à prisão dos acusados não consistiu em ação ilegal da guarda municipal, tentando exercer funções próprias da polícia, uma vez que não se mostra presente a alegada exorbitância dos poderes que lhe são constitucionalmente atribuídos.**

Isso porque não se tratou de ação investigativa, como insistentemente mencionado pelas combativas Defesas, já que a informação sobre o tráfico lhes havia sido denunciada. Uma vez que receberam a informação, não há como se imaginar que pudessem simplesmente esquecê-la. A diferença entre a conduta dos GCMs e de qualquer cidadão comum de posse de tal informação, é que os primeiros têm o dever de realizar patrulhamento em diversas regiões da cidade e possuem, também, a experiência de saber analisar quando uma pessoa age de modo a esconder algo de errado que está fazendo. Por tais razões, num desses patrulhamentos, avistaram os réus em atitude que julgaram suspeita.

Ronaldo, que havia sido denunciado como o fornecedor, entregou porções de droga a Michel, denunciado como sendo a pessoa que distribuía a droga, que lhe entregou dinheiro. **Nota-se que ao contrário do alegado pelas defesas, os guardas presenciaram o ilícito e por isso agiram, tentando abordar os réus.**

No entanto, os acusados correram para dentro da casa, pondo por terra também a alegação da defesa de que teria havido invasão de domicílio. Isso porque a cláusula constitucional que determina a inviolabilidade de domicílio possui exceção para a eventualidade de se verificar a ocorrência de flagrante delito, que é exatamente o caso dos autos.

Ademais, por se tratar de crime permanente, não é exigida a certeza absoluta da prática do tráfico de drogas para se admitir a entrada em residência, sendo suficiente a demonstração, compatível com a fase de obtenção de provas, de que a medida é amparada por justa causa, ou seja, possui respaldo em elementos objetivos que indiquem a fundada suspeita da ocorrência do crime (HC 445.411/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018).

Assim, rejeito as preliminares arguidas pelas Defesas.

O Tribunal de origem, por sua vez, assim referiu (fls. 388-390):

Não se verifica qualquer infringência ao disposto no artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, devendo ser afastada a alegação de inconstitucionalidade da atuação da Guarda Civil Municipal e de ilegalidade das provas obtidas através da atuação dos agentes de segurança.

Não obstante a função constitucional das guardas municipais ser restrita à proteção dos bens, serviços e instalações dos entes municipais, não se avista irregularidade alguma na ação que culminou na prisão em flagrante do réu, pois disciplina o Código de Processo Penal, no art. 301, que Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

(...)

Da mesma forma, não se evidencia a ilicitude das provas obtidas, por afronta ao direito a inviolabilidade do domicílio.

A entrada dos agentes de segurança na residência se tornou necessária uma vez que os apelandes se evadiram para o local, após perceberem a presença da guarda civil.

Ainda, cumpre ressaltar que, no momento dos fatos, os guardas municipais estavam em diligência após receberem denúncia anônima acerca da possível ocorrência do tráfico de drogas no local.

Assim a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência não recomendariam interrupção de continuidade para providência absolutamente prescindível, especialmente, pelo fato de que a diligência mostrou dar conta de situação de fato verdadeira, em razão das apreensões feitas.

Não se olvide que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades “trazer consigo” e “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, o que torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial.

(...)

Desse modo, não se extrai ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos agentes de segurança.

No tocante à atuação dos guardas civis municipais, o Tribunal de origem considerou inexistir nulidade na atuação, destacando que, "Não obstante a função constitucional das guardas municipais ser restrita à proteção dos bens, serviços e instalações dos entes municipais, não se avista irregularidade alguma na ação que

culminou na prisão em flagrante do réu, pois disciplina o Código de Processo Penal, no art. 301, que Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

No entanto, consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal, "[a]o dispor no art. 301 do CPP que "qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes" (REsp n. 1.977.119/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJ de 16/8/2022).

No julgamento do HC n. 830.530/SP (relator Ministro Rogerio Schietti Cruz), julgado em 27/9/2023, publicado em 4/10/2023, a Terceira Seção desta Corte, consolidando o entendimento firmado anteriormente no REsp n. 1.977.119/SP, decidiu que a guarda municipal, embora integre o sistema de segurança pública, conforme afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 995, não possui as funções típicas da Polícia Militar, nem as investigativas próprias da Polícia Civil, devendo sua atuação se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município.

Destacou-se, no referido julgado, 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, 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".

Na espécie, como se pode observar, os guardas municipais "estavam em patrulhamento pelo bairro Santa Cruz, souberam via rádio que o Ronaldo, vulgo "neguinho", estaria traficando em sua residência, cujo endereço é o dos autos. Contou que ao chegarem a alguns metros da residência, observaram a casa, viram quando o réu Michel Faião chegou na casa e chamou o "Neguinho". Relatou que eles conversaram rápido, Ronaldo entrou na casa, depois voltou ao portão e entregou ao Michel, em sua

mão, algumas porções, enquanto que Michel dava a Ronaldo uma cédula azul. Disse que nesse momento foram abordados, enquanto estavam na calçada, eles entraram no imóvel correndo. Contou que entraram atrás e o Michel jogou embaixo da cama um objeto que estava em sua mão direita. Informou que com o Michel, em busca pessoal, encontraram uma nota de R\$100,00 (cem reais), em sua mão esquerda e em sua carteira R\$30,00 (trinta reais) e ao verificarem o objeto jogado embaixo da cama, encontraram uma feira de saquinhos de juju com 11 (onze) porções de crack."

Postas tais premissas fáticas, não se constata, na espécie, "relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais", mas o "nítido desvirtuamento na atuação dos guardas municipais", sobressaindo-se, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a flagrante ilegalidade da prisão em flagrante, por ausência de justa causa à sua realização por guardas municipais. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. BUSCA REALIZADA POR GUARDA MUNICIPAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais. Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Vale dizer, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária" (REsp n. 1.977.119/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.)

2. No caso em tela, os guardas municipais receberam denúncia anônima sobre pessoas em atividade de mercancia ilícita de drogas em uma localidade, para onde se deslocaram e, ao chegarem, realizaram busca pessoal nos agentes, localizando 64g (sessenta e quatro gramas) de cocaína e 32g (trinta e dois gramas) de crack, atuando, assim, além dos limites de atuação definidos pela Constituição Federal.

3. A autorização prevista no art. 301 do CPP prevê a possibilidade de qualquer cidadão realizar a prisão quando visível flagrante delito, o que não pode ser interpretado extensivamente para permitir a qualquer do povo que realize buscas pessoais ou invasões a domicílio quando munidos de denúncias anônimas, sob pena de se subverter a garantia a outros direitos de status constitucional, como à privacidade, inviolabilidade de domicílio e dignidade da pessoa.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 895.413/SP relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 16/5/2024.)

PROCESSUAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL

NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ATUAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO. NULIDADE MANTIDA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, após o julgamento do Recurso Especial n. 1.977.119/SP, em 16/8/2022, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, havia se sedimentado no sentido de que os integrantes da guarda municipal teriam função delimitada, não tendo atribuição de policiamento ostensivo, devendo sua atuação se limitar à proteção de bens, serviços e instalações do município.

2. Posteriormente, salientou-se que, embora fosse possível dar uma interpretação mais ampla à atividade dos guardas municipais, para considerar que, "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", a Terceira Seção, no julgamento do Habeas Corpus n. 830.530/SP, concluiu que o julgamento da ADPF n. 995/DF não interfere na jurisprudência já sedimentada, reafirmando, assim, o entendimento prevalente quanto aos limites da atuação dos guardas civis municipais.

3. No caso, verifica-se que os guardas municipais atuaram como polícia investigativa e ostensiva, uma vez que procederam à abordagem do recorrente após monitoramento eletrônico de local conhecido como ponto de tráfico de drogas, em desrespeito às suas atribuições constitucionais.

4. Não se pode admitir que a posterior situação de flagrância, por se tratar o tráfico de delito que se protraí no tempo, justifique a revista pessoal realizada ilegalmente. A "falta de atribuições dos guardas municipais para a busca, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, devendo ser o paciente absolvido da imputação constante na denúncia" (HC n. 704.964/SP, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022).

5. Mantém-se o reconhecimento da ilicitude na apreensão das drogas (13 porções de maconha, pesando 8 gramas, 5 porções de cocaína, pesando aproximadamente 1 grama, e 19 porções de cocaína, pesando 11 gramas - e-STJ fl. 69), suficiente ao reconhecimento da nulidade de todos os atos a posteriori pela teoria dos frutos da árvore envenenada.

6. Agravo regimental improvido.(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.441.125/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL PERPETRADA POR GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE FUNÇÃO INVESTIGATIVA. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção, apreciando o HC n. 830.530/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, definiu que, embora as guardas municipais sejam órgão de segurança pública, na esteira do que decidido pelo STF na ADPF 995, Rel. Min. Alexandre de Moraes, elas não possuem atribuições de polícia, sendo-lhes vedada a atividade investigativa.

2. Na hipótese dos autos, como bem ponderou o Ministério Público Federal em seu parecer, "a situação de flagrante delito só foi constatada após a realização de diligências ostensivas e investigativas típicas da atividade policial e completamente alheias às atribuições dos guardas municipais, [de modo que] o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessas medidas e todas as que delas derivaram é medida que se impõe".
Precedentes.

3. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.507.721/SP relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024.)

Considerando que houve indevida atuação por parte da guarda municipal, totalmente desvinculada das suas atribuições consistentes em proteger o patrimônio municipal, é de rigor o reconhecimento da ilicitude das provas por esse meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a ilicitude das provas obtidas mediante a indevida atuação da guarda municipal, bem como das provas derivadas, absolver os recorrentes.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 01 de agosto de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator