



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2018.0000285082

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 000111892.2017.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante [REDACTED], é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao apelo defensivo para, com fulcro no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, absolver o recorrente [REDACTED], vencido o 3º juiz, Des. Mário Devienne Ferraz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES E MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 16 de abril de 2018.

MÁRCIO BARTOLI
RELATOR
 Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0001118-
 92.2017.8.26.0526

Salto

Apelante: [REDACTED]

38.346



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

1. [REDACTED] foi

condenado, como infrator do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de **cinco anos de reclusão em regime inicial fechado**, e ao pagamento de **quinhentos dias-multa**, no valor unitário mínimo.

Apela em busca de reforma da decisão. Alega a nulidade da sentença, que aduz estar amparada em provas obtidas por meio ilícito. Afirma que a suposta situação de flagrância na compra e venda de drogas não foi visualizada pelos guardas municipais responsáveis pela prisão, tampouco teria sido comprovada durante a instrução criminal. Salienta que a delação feita pelo

2

usuário de drogas em desfavor do apelante e a confissão sobre a guarda e depósito dos entorpecentes se deram após violentas agressões sofridas pelo delator. As agressões foram presenciadas pelo réu e sua esposa, que, então, temeram ser vítimas das mesmas ilegalidades, de modo a contaminar suas declarações e o consentimento quando do ingresso, sem mandado judicial, dos agentes estatais na residência do imputado. Acrescenta que não se pode presumir a natureza permanente do crime de tráfico a partir de provas ilícitas e de uma suposta mercancia não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

comprovada. Assevera que a permanência deve ser “*própria e posta*”, não havendo nos autos prova de prévia comercialização de drogas. Reitera que a diligência dos guardas civis ocorreu no período noturno e sem o obrigatório mandado judicial. Requer, assim, a nulificação das provas obtidas por meio ilícitos, com a consequente absolvição. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar máximo de dois terços, visto que indevidamente afastada pela sentença, apesar de o acusado ser primário e não ter o órgão ministerial demonstrado que ele se dedica a

3

atividades criminosas ou integra organização criminosa. Ressalta que a natureza, a quantidade de drogas e seu valor econômico não são fundamentos idôneos para a exclusão do mencionado redutor de pena. Pede, ainda, o estabelecimento do regime aberto ou semiaberto para o início de cumprimento da pena reclusiva e a substituição dessa sanção por restritiva de direitos, eis que presentes os requisitos legais (cf. razões de fls. 244/253).

O recurso foi processado regularmente,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

tendo sido apresentada a resposta pela parte contrária (fls. 259/262). A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer propondo o não provimento do apelo (fls. 274/285).

2. A preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente não será apreciada, pois se verifica outro vício formal apto a macular o feito desde o seu início, com consequente resultado igualmente favorável ao réu.

3. Consta da denúncia e de seu aditamento às fls. 134/135 que, nas condições de tempo e local descritas, [REDACTED] vendia, guardava e tinha em depósito, para entrega a consumo e fornecimento a terceiros, ainda que gratuito, cento

4
e setenta e uma porções de cocaína, com peso aproximado de 274,64g; cento e quarenta e uma porções de maconha, com peso aproximado de 467,54g; catorze porções de cocaína na forma de *crack*, com peso aproximado de 4,20g; e cento e cinquenta e quatro porções de cocaína na forma de *crack*, com peso aproximado de 53,74g, todas embaladas em invólucros plásticos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Diz a inicial acusatória que [REDACTED] tinha em depósito e guardava as referidas drogas no interior de sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

residência e encontrava-se na frente de seu imóvel vendendo uma porção de cocaína ao usuário [REDACTED]. **Guardas municipais em patrulhamento pelo local** _ conhecido ponto de tráfico _ avistaram o imputado junto ao portão, na parte interna do imóvel, enquanto [REDACTED] estava do lado de fora, ambos em atitude suspeita. Realizada a abordagem, os guardas visualizaram [REDACTED] dispensar ao solo uma porção de cocaína, oportunidade em que ele foi indagado e alegou não só ser usuário de drogas mas também que comprara aquela porção de [REDACTED], pelo valor de R\$ 10,00. O réu confessou informalmente que possuía mais porções

5

de estupefacientes em sua residência, onde os guardas encontraram, na estante da sala, parte das drogas e a quantia de R\$ 300,00 em cédulas diversas. Após, os agentes estatais localizaram mais drogas dentro de uma sacola no interior do guarda-roupa, totalizando cento e quarenta e uma porções de maconha, cento e setenta e uma porções de cocaína e catorze porções de *crack*. [REDACTED] foi preso em flagrante e conduzido à delegacia, onde informou que havia mais drogas em seu domicílio, motivando **nova diligência dos guardas à sua**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

casa. Na presença da companheira dele, os agentes estatais apreenderam mais cento e cinquenta e quatro porções de *crack* no meio de roupas retiradas do interior do guarda-roupa. O órgão ministerial conclui, assim, que o comportamento de [REDACTED], as circunstâncias da prisão, a apreensão de dinheiro trocado, a quantidade e diversidade de drogas, a forma como elas estavam individualmente embaladas e a delação do usuário de entorpecentes demonstram a destinação das substâncias ao comércio ilícito.

4. Verifica-se, desde logo, grave ilegalidade a macular o presente feito, vez que o todo o acervo probatório

⁶
coligido pelos órgãos responsáveis pela persecução revela-se imprestável, por ter sido colhido em desrespeito à Carta Constitucional, para o fim de demonstrar eventual responsabilidade penal do requerente.

De uma breve leitura dos autos, vê-se que toda a diligência de investigação e prisão em flagrante foi realizada exclusivamente por guardas municipais, prova essa reproduzida integralmente na instrução criminal e que serviu



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de base à formação da convicção do juiz sentenciante pela procedência da pretensão punitiva.

5. Ocorre que a **prova produzida deve ser considerada ilícita, nos termos do inciso LVI do art. 5º da Constituição da República, por ofensa ao disposto no seu art. 144, visto que as diligências policiais foram realizadas por órgão que não detém competência constitucional para a investigação de crimes. Por tal razão, sob hipótese alguma, poderia tal prova - fruto de diligências investigativas realizadas em evidente desrespeito ao texto constitucional - ter sido admitida no processo e sequer poderia ter dado suporte à deflagração da ação penal.**

7

6. A **persecução penal** desenvolve-se, como regra, em **dois momentos**, um, prévio, **investigatório**, de colheita de elementos quanto à ocorrência e autoria de um fato delituoso e, outro, **posterior, em juízo**, no qual se busca provar, de forma estreme de dúvidas, sob o crivo do contraditório, a prática de um injusto penal por uma pessoa.

A fase de investigação preliminar —



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

concebida como conjunto de atividades encetadas pelo Estado a partir de uma notícia-crime a fim de apurar a autoria e circunstâncias de um fato supostamente delituoso, justificando ou não o exercício da ação penal¹ - pode, consoante o disposto no artigo 4º do Código de Processo Penal, ser levada a cabo por outras autoridades administrativas além da polícia judiciária via inquérito policial. É dizer: a investigação criminal normalmente desenvolve-se por inquérito policial, mas este não é peça essencial à legítima propositura de uma ação penal, visto que outros meios são hábeis a lhe conferir a necessária justa causa. Quanto a isso, não há dúvidas.

7. A questão é o modelo de Estado

8

constitucionalmente adotado. E, pela Carta Constitucional de 1988, há órgãos expressamente incumbidos do exercício da segurança pública. A apuração e repressão de ilícitos criminais fulcrais à promoção da segurança pública são, segundo expressa previsão constitucional, tarefas

¹ JUNIOR, Aury Lopes, *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, volume I, Lumen Juris Editora, p. 211/212.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

atribuídas às forças policiais.

8. A polícia brasileira, assim, consoante leciona a doutrina e segundo previsão constitucional, desempenha dois papéis, de **polícia judiciária e preventiva**. À polícia judiciária cabe a investigação preliminar de supostos ilícitos, sendo desempenhada nos Estados pela polícia civil e, em âmbito federal, pela polícia federal; ao passo que o policiamento preventivo é levado a cabo pelas polícias militares dos Estados, que não possuem, em regra, atribuição para a investigação de fatos supostamente criminosos².

9. Claro, portanto, que, quando for hipótese de averiguação da ocorrência de um fato delituoso pela polícia estatal, via inquérito policial, tal deve ser feito segundo o modelo constitucionalmente eleito, é dizer, a apuração do fato-crime

9

deve dar-se pela polícia judiciária – federal ou civil – com atribuição para tanto.

10. Esta opção constitucional não pode

² JUNIOR, Aury Lopes, *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, volume I, Lumen Juris Editora, p. 243.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ser tida, muito menos tratada, como aleatória. Uma função de tamanha importância – investigação e persecução de delitos e sua relação com a manutenção da paz social – fora atribuída a certos e determinados órgãos justamente a fim de que fossem devidamente aparelhados e especializados para o exercício de tal incumbência. Relevam, pois, questões de eficiência da investigação criminal e respeito aos direitos e liberdades dos indivíduos, que devem ter segurança e previsibilidade quanto aos possíveis comportamentos dos agentes estatais, mormente em campo particularmente sensível e suscetível a indevidas interferências na esfera de liberdade e autonomia individual.

11. A admissão de investigação criminal por órgãos outros, v.g. guarda municipal, implica grave subversão da previsão constitucional (com inegáveis prejuízos à eficiência da persecução), em prejuízo das liberdades individuais, com o agigantamento estatal, que

10

tem seu poder de punir cada vez mais ampliado e livre de amarras, ao passo que o indivíduo sequer tem mais referência e previsão dos agentes estatais com legitimidade e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

idoneidade para a apuração de um suposto ilícito criminal (com todas as consequências e implicações notoriamente ínsitas).

12. Por expressa previsão constitucional, às forças policiais _ civil e federal _ fora **reservada atribuição para a investigação de fatos delituosos**, ao passo que à guarda municipal não fora prevista qualquer atuação em matéria de segurança pública. E, enquanto agentes administrativos, regidos pelo princípio da legalidade, só podendo atuar aonde a lei autoriza, essa falta de previsão implica verdadeira vedação de agir.

13. Guardas civis municipais não têm, portanto, competência legal para desenvolver ação pertinente à segurança pública, como policiamento preventivo, atividade, repita-se à exaustão, por expressa previsão constitucional, exclusiva das forças policiais. Nos termos da redação do §8º do artigo 144 da Constituição da

11

República, incumbe aos guardas municipais somente a proteção dos bens, serviços e instalações municipais, conforme dispuser a lei, enquanto que, segundo disposto no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

caput do artigo 144, a segurança pública deve ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo

atribuição exclusiva das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, polícias civis, militares e dos corpos de bombeiros militares.

14. A auxiliar na compreensão e interpretação desse texto legal, insta realçar o ensinamento do **Professor José Afonso da Silva** no sentido de que a segurança pública constitui atividade de competência e responsabilidade exclusiva de cada unidade da Federação, de acordo com o disposto no artigo 144, §§4º, 5º e 6º. Acerca da competência das guardas municipais, esclarece o autor: **“Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela**

na medida em que sendo entidade estatal não pode eximir-se de ajudar os estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de

12



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

segurança e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí certamente esta uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal que envolve bens de uso comum do povo, bem de uso especial e bens patrimoniais”³.

15. Nesse sentido, cabe trazer à baila excerto de decisão do **Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, de 10.12.08, em sede de representação de inconstitucionalidade proposta em face de lei do município de SP regulamentadora de atribuições da guarda civil metropolitana: “se, por um lado, a Constituição Federal abre possibilidade aos Municípios de constituírem 'guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações,

13

conforme dispuser a lei' (art. 144, §8º - regra repetida pelo art. 147 da Constituição Estadual), por outro, atribui o exercício da segurança pública a outros órgãos, descritos no mesmo artigo,

³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: RT, 33ª ed., 2010, p. 782.
 Apelação nº 0001118-92.2017.8.26.0526 -Voto nº 38.346



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

nos seus incisos. Esses órgãos são as chamadas polícias que, no âmbito estadual, são a polícia militar, que atua preventivamente, e a polícia civil, de caráter repressivo. Releva notar que a descrição do '*caput*' do artigo 144 não deixa dúvidas: a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Nesse diapasão, ao se examinar o inciso I do artigo 1º da legislação municipal, percebe-se nítido o conflito com o mandamento constitucional. Isso porque traz como **atribuição da Guarda Civil Metropolitana o exercício de policiamento preventivo e comunitário**, expressão que indica a atividade de segurança pública e que somente pode ser exercida pelos órgãos já mencionados (...) são atividades, pois, típicas de segurança pública, que se inserem no âmbito exclusivo do Estado, com suas polícias. A limitação da competência das guardas municipais se dá, assim, pelo cotejo entre os parágrafos do art. 144 e também com o seu "*caput*". Se é certo que, como sustenta

14

o Presidente da Câmara dos Vereadores, em logradouros públicos poderiam ocorrer conflitos entre cidadãos que acarretem prejuízos a bens públicos, não se pode olvidar que a atividade de segurança



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pública – policiamento preventivo, mediação de conflitos – não pode ser exercida pela entidade municipal. A faculdade outorgada aos municípios de criação de suas guardas não lhes concede o direito de extrapolar os limites ali impostos, ou seja, visam unicamente a proteção de seus bens, serviços e instalações, devendo ser repelida qualquer tentativa de alargamento desse horizonte, quando mais se constatada invasão a outras esferas. Constata-se que o inciso ora em discussão interferiu na administração estadual, ao determinar atividade de policiamento a órgão municipal e fazer constar como função dessa corporação a preservação da ordem pública, situação similar a que já foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.182, relator o Ministro Eros Grau: 'O artigo 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Resta, pois, vedada aos Estados-Membros a possibilidade de estender o rol, que esta corte já firmou ser *numerus clausus*' (TJSP,

15

Órgão especial, Ação de inconstitucionalidade de lei nº 154.743-0/0-00, Rel. Mauricio Ferreira Leite, j. em 10.12.08).

Com efeito, essa questão dos limites da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

atuação das guardas civis já teve sua **repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal** nos autos do RE 608588 RG/SP, que ainda pende de julgamento de mérito. A decisão que reconheceu a existência de repercussão geral, de Relatoria do **Min. Luiz Fux** assim pontuou: *“A controvérsia contida nos autos gira em torno de objeto mais amplo, e que esta Corte não se manifestou. Trata-se de saber o preciso alcance do art. 144, § 8º, da Lei Fundamental, segundo o qual os Municípios poderão constituir **guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações**, conforme dispuser a lei. Em uma primeira guinada de visão, a reserva de lei prevista no dispositivo se afigura demasiado abrangente. Todavia, tal elastério hermenêutico em nada se coaduna com o sistema constitucional de repartição de competências, o que impõe ao intérprete a sua delimitação. Noutros termos, é preciso que esta Corte defina parâmetros objetivos e seguros que possam nortear o legislador local quando da edição das competências de suas*

16

*Guardas Municipais. **Com efeito, não raro o legislador local, ao argumento de disciplinar a forma de proteção de seus bens, serviços e instalações, exorbita de seus limites***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

constitucionais, ex vi do art. 30, I, da Lei Maior, usurpando competência residual do Estado (e.g., segurança pública). No limite, o que se está em jogo é a manutenção da própria higidez do Pacto Federativo. Isto impõe a intervenção da Corte para definir o limite e o alcance da reserva legal contida no art. 144, § 8º, da Constituição, estabelecendo os standards norteadores da atuação legislativa municipal na fixação de competências de suas Guardas Municipais.⁴

Verifica-se da decisão em questão que o Plenário do **Supremo Tribunal Federal** já fornece **indicativos de que consideraria indevida a atribuição** pelos legislativos municipais – à guisa de regulamentação das atribuições constitucionalmente previstas para a guarda civil (proteção de bens, serviços e instalações municipais) – de **atividades relacionadas à segurança pública**, por usurpação de competência legislativa residual dos Estados, em ofensa ao

17

pacto federativo.

Mero indicativo, todavia, uma vez que pende

⁴ RE 608588 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 23/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 06-06-2013 PUBLIC 07-06-2013.

Apelação nº 0001118-92.2017.8.26.0526 -Voto nº 38.346



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

de julgamento ainda a repercussão geral reconhecida.

Aguarda julgamento, também no **Supremo Tribunal Federal**, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156/DF, sob a Relatoria do **Min. Gilmar Mendes**, que trata constitucionalidade da Lei Federal nº 13.022, de 08 de agosto de 2014,

que dispõe sobre o “*Estatuto Geral das Guardas Municipais*”. Enfrenta-se nos autos desta ação, dentre outras questões – como a ingerência da União em matéria normativa de interesse eminentemente local –, também a possibilidade de se atribuir às Guardas Civis competências relativas à segurança pública e ao trânsito.

Naqueles autos, todavia, já há parecer da **Procuradoria-Geral da República**, subscrito pelo **Procurador Geral, Rodrigo Janot Monteiro**, que *propõe a limitação da liberdade de conformação do legislador municipal para disciplinar as atribuições das guardas municipais, restringindo-a a 'proteção de bens, serviços e instalações do Município'*. **Não compete a**

18

guarda municipal o exercício, direto ou indireto, de atividades próprias à segurança pública, conquanto o preceito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

constitucional que a fundamente (art. 144, § 8º) se situe topograficamente no capítulo da Constituição da República relacionado à segurança pública (Capítulo III do Título V, 'Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas'). DIOGENES GASPARINI alude à doutrina majoritária sobre o tema e registra, corretamente: 'O disposto neste parágrafo [§ 8º do art. 144 da CR] é de uma clareza mediana, dispensando-se assim qualquer interpretação. As guardas só podem existir se destinadas à proteção de bens, serviços e instalações do Município. **Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Aliás, essas competências foram essencialmente atribuídas à Polícia Militar e à Polícia Civil, consoante prescrevem os §§ 4º e 5º, do susotranscrito art. 144 da Carta Federal [...].** Mantém-se, assim, nos termos da legislação constitucional, a tradição de não se atribuir ao Município competências e responsabilidades da Polícia Militar e da Polícia Civil. Essa persistente orientação é colhida no

19

desenrolar dos trabalhos da Constituição de 1988. De fato, os dispositivos pertinentes à criação e às finalidades das guardas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

municipais no Projeto de Constituição de setembro/87 (art. 162, § 5º), no projeto “A” (art. 169, § 5º), no projeto “A” emendado (art. 170, § 6º), no projeto “B” (art. 150, § 8º), no projeto “C” (art. 144, § 8º), e, finalmente, no projeto “D” (art. 144, § 8º) sempre prescreveram, em redações mais ou menos iguais, que essas corporações se destinavam à proteção de bens, serviços e instalações do Município. Ademais, qualquer tentativa visando a garantir às guardas municipais atribuições de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária ou de apuração de infrações penais, sempre foram rejeitadas pelos constituintes de 1988, conforme menciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, nesses termos: 'os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não pode[m] eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária'. Vozes abalizadas já manifestaram que às guardas

20



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

municipais não tocam senão os serviços mencionados no § 8º do art. 144 da CF, interpretando, assim, corretamente o mandamento constitucional. Com efeito, afirma, com acuidade jurídica que lhe é peculiar, TOSHIO MUKAI que: 'os Municípios, ainda de acordo com outras disposições esparsas da

Constituição, poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme

dispuser a lei (art. 144, § 8º). Portanto, o Município não pode ter guarda que substitua as atribuições da Polícia Militar, que só pode

ser constituída pelos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 144, § 6º)'. Dessa inteligência não destoam o Constitucionalista,

membro da Comissão AFONSO ARINOS para a elaboração do Anteprojeto de Constituição para o Brasil, assessor do Sen.

MÁRIO COVAS e, num segundo momento do PSDB na Assembleia Nacional Constituinte, Prof. JOSÉ AFONSO DA

SILVA. Com efeito, nessa oportunidade,

escrevendo, pois, de cátedra, afirmou: 'a Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais

21

destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei'. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

*NETO, ao cuidar da prevenção da segurança interna no plano federal, estadual e municipal, afirma: 'no plano municipal, as atribuições de vigilância se restringem à segurança patrimonial de seus bens, serviços e instalações'. **Não se pode, por todas as razões levantadas, alargar a competência atribuída às guardas municipais. Nem o simples fato de estar o artigo constitucional que permite sua criação integrado no cap. III, que trata da segurança pública autoriza essa ampliação.** Os órgãos incumbidos da segurança pública foram enumerados taxativamente no art. 144, I a IV, da Constituição da República, não sendo dado a lei (federal, estadual, distrital ou municipal) ou a constituições estaduais (e suas emendas) criar órgão diverso para seu exercício, como tem reconhecido o **Supremo Tribunal Federal**, nos termos, por exemplo, do seguinte julgado: 'Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4.*

22

Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil). Precedentes. 5. Observância



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

obrigatória, pelos estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7.

Impossibilidade da criação, pelos estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto Geral de Perícia, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções

*atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.' **A guarda***

municipal, por não constar desse rol exaustivo, ficou excluída, por opção do constituinte, dos órgãos

encarregados da segurança pública; cabe-lhe, tão somente, como se viu, a proteção de bens, serviços e instalações do

***município que vier a constituí-la.** É elucidativa a doutrina de*

HELLY LOPES MEIRELLES acerca do alcance das atribuições do órgão: 'A guarda municipal destina-se ao policiamento

23

administrativo da cidade, especialmente de parques e jardins, dos edifícios públicos e museus, onde a ação dos depredadores do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

patrimônio público se mostra mais danosa. Tal serviço enquadra-se perfeitamente na competência municipal, mas nem sempre vinha sendo aceito pelo estado-membro como atribuição local, sob o especioso argumento de que constitucionalmente só as unidades federadas podem ter 'polícias militares'. A guarda municipal ou que nome tenha é apenas um corpo de agentes adestrados e armados para proteção do patrimônio público e maior segurança dos munícipes, sem qualquer incumbência de manutenção da ordem pública (atribuição da polícia militar) ou de polícia judiciária (atribuição da polícia civil). O fato de confiar uma arma a seus componentes não 'militariza' essa guarda, nem a descaracteriza como serviço civil do Município, pois até os vigilantes particulares são autorizados a portar arma para desempenho de sua missão, e, assim também o devem ser os guardas municipais. Aliás, nas oportunidades em que a questão foi levada à Justiça os Tribunais decidiram pela constitucionalidade das guardas municipais armadas, uma vez que o policiamento preventivo e a proteção das pessoas e bens

24

é atribuição comum a todas as entidades estatais, nos limites de sua competência institucional. A Constituição de 1988 faculta aos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

*Municípios a constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações conforme dispuser a lei (art. 144, § 8º).’ (...) **Portanto, do ponto de vista material, apenas os incs. VI, XIII e XVII do art. 5º da Lei 13.022/2014 merecem censura judicial do Supremo Tribunal Federal, por darem contornos de órgão policial responsável pela segurança pública às guardas civis municipais, em violação ao art. 144, I a V e §§ 5º e 8º, da Constituição da República. Os demais dispositivos questionados, desde que restritos à proteção de bens, serviços e instalações municipais, não são inconstitucionais.***⁵

16. No caso, não há dúvidas de que os guardas municipais, responsáveis pela obtenção das provas colhidas e pela prisão em flagrante do apelante, **estavam, conquanto de forma velada, a (ilicitamente) investigar supostos fatos criminosos**, tanto que a própria descrição da denúncia registra esse fato.⁵

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Parecer exarado nos autos da ADI nº 5156/DF em 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=6045703&tipoApp=.pdf>>, acesso em 15.02.2017.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse sentido, a testemunha Rodrigo de Almeida, guarda civil, **narrou que estava em patrulhamento em frente da residência do acusado, onde, segundo informação recebida pela guarda municipal, ocorria prática de tráfico de drogas** por alguém identificado como “*Dandinho*”. Rodrigo de Almeida avistou dois rapazes conversando: um do lado externo do portão e outro do lado interno, que passou algo para o primeiro, razão pela qual foi realizada a abordagem do indivíduo que se encontrava na parte de fora da residência. Nessa ocasião, [REDACTED] - o rapaz abordado - dispensou algo ao solo, que se constatou posteriormente tratar-se de um pino contendo cocaína. [REDACTED] resistiu à abordagem de forma bastante agressiva, sendo necessário o uso de força e de algemas para contê-lo. Ele relatou aos guardas que acabara de adquirir a porção de entorpecente daquele que estava na parte interna do imóvel _ reconhecido pela testemunha em juízo como sendo [REDACTED] -, pela quantia de R\$ 10,00. Os guardas solicitaram ao recorrente a abertura do portão e lhe perguntaram sobre o comércio de drogas. O réu admitiu que praticava o tráfico e que havia entorpecentes em sua residência. Os guardas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

então entraram, localizaram algumas porções de substâncias ilícitas na sala e outras, indicadas pelo próprio imputado, no quarto, onde existia também uma quantia em dinheiro. No plantão policial, o apelante informou a existência de quantidade ainda maior de tóxicos em seu domicílio, motivo pelo qual os guardas efetuaram nova diligência ao local, acompanhados pela esposa de [REDACTED]. Lá localizaram o restante dos estupefacientes (cf. gravação contida em mídia física).

O guarda civil José Rubens de Oliveira Machado confirmou as circunstâncias em que se deu a diligência. **Afirmou que patrulhava o local dos fatos, pois a guarda municipal recebera “denúncias” de que naquele endereço exato alguém citado como “Dandinho”, residente no imóvel, comercializava entorpecente.** No mais, apresentou narrativa semelhante à do seu colega (cf. gravação contida em mídia física).

17. Poder-se-ia, em tentativa de não reconhecer a ilicitude da prova colhida, alegar que os guardas se limitaram a, com base no artigo 301 do CPP, atuar como qualquer do povo que, diante de um flagrante



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

delito, está autorizado a prender o indivíduo que está a perpetrar um ilícito. Tal raciocínio, em tese, é perfeito, seria de fato grande incoerência que os guardas municipais tivessem menos possibilidades de agir do que um particular. Ocorre que, nos autos, a hipótese é diversa, pelo que inaplicável o citado dispositivo.

Qualquer do povo pode prender em flagrante quando crimes ocorrerem à sua frente, **mas não pode investigar pessoas, nem praticar diligências de investigação de crimes.**

18. No dia dos fatos descritos na inicial, os guardas municipais, incontestavelmente _ consoante por eles assumido estavam a investigar supostos ilícitos criminais. Fica claro, portanto, que não se trata de mero flagrante delito presenciado pelos guardas civis em sua atuação ordinária, mas antes, de comportamento em grave ofensa à regra constitucional, a comprometer totalmente a validade da prova resultante, visto que, consoante afirmado, os guardas, ampliando indevidamente sua esfera de atuação, invadiram atribuição constitucionalmente atribuída



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

a outros órgãos de segurança pública, passando a investigar possíveis ilícitos penais quando, como agentes administrativos, regidos pela legalidade estrita, lhes falece autorização para tanto.

19. Se é evidente a invalidade do comportamento dos guardas civis _ que, em contrariedade à Constituição, estavam a investigar e à busca de ilícitos criminais , **são ilícitas, por derivação, as provas obtidas.** Isto porque tudo fora coligido como fruto de diligência realizada por órgão administrativo sem atribuição constitucional e legal para a prática de atos concernentes à segurança pública.

20. Como explicam **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:** “por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

direito à intimidade”.⁵

29

21. A opção constitucional por um Estado Democrático de Direito tem sérias implicações na seara processual penal. Uma, de extrema relevância, é a necessidade de estrito respeito às “regras do jogo”, é dizer, de só se admitir a condenação de um indivíduo quando devidamente observados e respeitados os princípios norteadores da persecução penal, quando provada sua culpa em juízo mediante devida observância do devido processo legal. E, nesse ponto, visto que em causa a liberdade individual, não cabe cedências nem ponderações.

22. No caso, como toda a prova reunida no processo e que deu sustentação à procedência da acusação, foi obtida mediante infração a normas de natureza constitucional e processual, essa ilicitude torna o conjunto probatório inutilizável, decorrendo daí a necessidade de absolvição do apelante, **senão**

⁵ *As nulidades no processo penal*, 11ª edição, São Paulo: RT, 2010, p. 125.
 Apelação nº 0001118-92.2017.8.26.0526 - Voto nº 38.346



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a peremptória vedação constitucional à prova ilícita de nada valeria, tornar-se-ia letra morta.

23. Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo defensivo para, com fulcro no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, absolver o recorrente [REDACTED]

30

XXXXXXXXX .

Márcio Bartoli

Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo