



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2507721 - SP (2023/0407772-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MURILO FERNANDO AFONSO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO - SP330412

EMENTA

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. Rogerio 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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2507721 - SP (2023/0407772-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **MURILO FERNANDO AFONSO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR
PÚBLICO - SP330412

EMENTA

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

1. A Terceira Seção, apreciando o HC n. 830.530/SP, Rel. Min. Rogerio 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. Agrado regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agrado regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra decisão monocrática, por mim proferida, a qual conheceu do agrado para dar provimento ao recurso especial e absolver o réu pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Alega o *parquet* estadual que a busca pessoal efetivada pela guarda municipal seria lícita, devendo ser restabelecida a condenação do ora agravado pelo delito de tráfico de drogas, na medida em que "o acusado, que estava em via pública, empreendeu fuga assim que percebeu a aproximação dos guardas municipais e descartou uma sacola, comportamento esse que, segundo o *id quod plerumque accidit*, revela, ao homem prudente, que um delito foi ou está sendo cometido" (e-STJ, fl. 371).

Aduz que a manutenção da decisão agravada viola as normas dispostas nos artigos 5º, *caput*, 144, *caput* e § 8º, ambos da Constituição da República.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada ou pela remessa do recurso ao Colegiado para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A irresignação não prospera.

Sobre o tema, a Terceira Seção desta Corte, apreciando o HC n. 830.530/SP, Rel. Min. Rogerio 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. Reproduzo a ementa:

"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 correções periódicas.

3. Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar - em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais - o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao prefeito local e insubmissa a qualquer controle correccional 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." (HC n. 830.530/SP, relator **Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção**, julgado em 27/9/2023, DJe de 4/10/2023.)

Na hipótese dos autos, conforme consignado na decisão agravada, o Juiz sentenciante reconheceu a lícitude da diligência efetuada pela guarda municipal nos seguintes termos (e-STJ, fls. 153-154, grifou-se):

"No tocante à preliminar de nulidade, em relação à ação dos guardas municipais, tem-se que perfeitamente válida.

[...]

Os guardas municipais Antonio Augusto Stefanuto e Caue Kruth Nappi narram que estavam em patrulhamento, pelo local dos fatos, onde é conhecido como ponto de venda de drogas. **Avistaram o acusado entregando algo ao ocupante de um veículo VW Gol de cor prata.** O veículo se evadiu, não conseguiram anotar a placa. Na sequência, o acusado caminhou por alguns metros e dispensou uma sacola entre dois veículos. O acusado foi abordado em seguida. Nada foi encontrado em sua posse, porém na sacola dispensada, foram encontrados 62 flaconetes contendo cocaína. O acusado confessou que realizava a venda de droga para sustentar seu vício. Ambos os guardas informaram não terem dúvidas de que a sacola na qual foi encontrada a droga foi a dispensada por MURILO.

As testemunhas puderam constatar o efetivo ato de mercancia por parte do réu, já que antes da abordagem, **constataram a comunicação prévia entre o acusado e um condutor de um veículo, a revelar traficância, até porque o local dos fatos é notoriamente conhecido como ponto de comércio ilícito de entorpecentes.**

[...]

Além de trazer consigo sessenta e três microtubos de cocaína, foi constatada comunicação previa com veículo, ainda **adotou postura suspeita** ao visualizar os policiais, além de que, o local dos fatos é conhecido como ponto de tráfico de drogas."

O Tribunal de origem, por sua vez, asseverou (e-STJ, fls. 243-244, com destaque):

"De início, há se rechaçar a preliminar agitada.

Observa-se, inicialmente, que os guardas municipais não excederam as funções que a Constituição Federal reserva a ele (artigo 144, § 8º, da Constituição Federal), pois agiram como pessoa comum do povo, a quem se faculta a prisão, desde que surpreendido o agente em flagrante delito (artigo 301, do Código de Processo Penal). [...]

No caso, portanto, os guardas municipais não extrapolaram suas funções, visto que o Apelante, em situação de flagrância, trazia consigo drogas.

De outra parte, além de não haver qualquer indício de que os guardas municipais realizaram uma "investigação" sobre o caso, em se tratando de tese de eventual vício na prisão em flagrante, sua repercussão seria tão somente limitada à questão da prisão, sabido que na fase extrajudicial não existe nulidade porque não há atos processuais e, portanto, não há formalidade a ser resguardada, como oportunamente lembrado pelo Eminentíssimo Desembargador ZORZI ROCHA, quando do julgamento da apelação n. 1501213-05.2020.8.26.0571.

Frise-se, aliás, terem os agentes públicos declarado que efetuaram a abordagem do apelante **após avistarem este conversando um ocupante de um veículo e, em seguida, dispensando uma sacola**, na qual continha a substância espúria, a indicar o comércio espúrio por ele praticado. Denota-se, assim, a situação de flagrante a autorizar a detenção."

Segundo se apurou, guardas municipais estavam em patrulhamento em praça pública, quando avistaram e suspeitaram do ora agravado, uma vez que estava conversando com um ocupante de um veículo, em local conhecido como ponto de venda de drogas. Ao perceber a aproximação da guarda municipal, o agente caminhou por alguns metros e dispensou uma sacola entre dois veículos, na qual foram encontrados 62 flaconetes com cocaína, pesando aproximadamente 26,8 g.

Consoante o disposto no art. 301 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas civis municipais, uma vez que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a guarda municipal não pode ultrapassar os limites próprios da prisão em flagrante, atuando de forma preventiva e investigativa, em clara usurpação da função própria dos policiais militares. Segundo estabelece o art. 144, § 8º, da Constituição da República, aos guardas civis municipais cabe tão somente a proteção dos bens, serviços e instalações do município.

No caso em apreço, não há dúvida de que os guardas municipais atuaram de forma ilegal. Conforme por eles afirmado, embora tenham visto o agravado conversando com um indivíduo dentro de um veículo, não puderam constatar, de plano, que o agente portava entorpecentes. Segundo o Juiz sentenciante, os guardas municipais relataram que visualizaram o réu entregando algo, não se podendo afirmar, contudo, que seriam drogas.

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" (e-STJ, fls. 350-351).

Como se verifica, o agravado não estava em situação de flagrante, ou seja, não foi visto na prática da traficância ou trazendo objeto ilícito ou produto de crime no momento da abordagem. Logo, é inválida a busca pessoal efetuada pela guarda municipal em manifesta usurpação da função de policiamento ostensivo da polícia militar.

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento :

"AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. PRISÃO EFETUADA APÓS ATOS

INVESTIGATIVOS REALIZADOS POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. PRECEDENTES DO STJ. BUSCA PESSOAL. INOBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Recentemente, esta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.119/SP, em 16/8/2022, da relatoria do e. Ministro Rogerio Schietti Cruz, propôs criteriosa análise sobre a atuação das guardas municipais e apresentou como conclusão, entre outras, que somente 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. Assim, somente em situações absolutamente excepcionais a guarda pode realizar a abordagem de pessoas e a busca pessoal, quando a ação se mostrar diretamente relacionada à finalidade da corporação.

2. Na hipótese, constata-se a ilegalidade da atuação da Guarda Municipal, agindo como se fosse polícia investigativa e ostensiva, em flagrante desrespeito às suas atribuições constitucionais. Isso porque os guardas municipais, durante patrulhamento em local supostamente conhecido como ponto de tráfico de drogas (embora não se tenha notícia de equipamento ou serviço municipal a ser resguardado na região), seguiram o agravado apenas pelo fato de que ele começou a correr e, efetuada a busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado. Após a abordagem, um dos guardas promoveu buscas na área e encontrou pequenas porções de drogas que teriam sido dispensadas pelo suspeito durante a fuga. Portanto, não se vislumbra sequer a presença de fundada suspeita a ensejar eventual abordagem policial, tampouco situação absolutamente excepcional a legitimar a atuação dos guardas municipais, porquanto não demonstrada concretamente a existência de relação clara, direta e imediata com a proteção do patrimônio municipal.

3. Ressalta-se, ademais, que a busca pessoal está apoiada apenas na genérica descrição de "atitude suspeita" do agravado, que teria empreendido fuga ao avistar os guardas municipais, de maneira que não foram apontados elementos concretos de fundada suspeita de que o averiguado estaria na posse de arma ou objetos ilícitos, conforme exige o art. 244 do Código de Processo Penal.

4. Assim, tendo em vista que a situação de flagrante delito só foi descoberta após a realização de diligências ostensivas e investigativas típicas da atividade policial e completamente alheias às atribuições da guarda municipal, o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessas medidas e todas as que delas derivaram é medida que se impõe.

5. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento." (AgRg no HC n. 776.789/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 30/11/2022, grifou-se.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA

1. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.119/SP, em 16/8/2022 (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs criteriosa análise sobre a atuação das guardas municipais e apresentou como conclusão, entre outras, que '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'.
2. No caso, guardas municipais estavam em patrulhamento com cão farejador de drogas na viatura quando avistaram o acusado e um adolescente, os quais, ao notarem a presença da guarnição, fugiram para dentro de um condomínio. Os agentes municipais, então, passaram a diligenciar para localizar os suspeitos e, depois de ouvirem barulho dentro de um dos apartamentos (apto. 14, bloco A), nele ingressaram e encontraram o réu - o qual tinha drogas consigo - escondido embaixo de uma cama. Em outro apartamento (apto. 2, bloco B), localizaram o adolescente que estava antes com o réu e, com a ajuda do cão farejador, mais drogas ali foram encontradas.
3. De plano, chama a atenção na narrativa o nítido desvirtuamento na atuação dos guardas municipais, evidenciado de antemão pelo fato de que patrulhavam a região com um cão farejador de drogas, a denotar a finalidade de coibir o tráfico, o que em nada se relaciona com a proteção do patrimônio municipal.
4. Os guardas municipais, a princípio, tinham apenas uma suspeita sobre o réu, baseada na fuga dele ao avistar a viatura, e não uma situação de flagrante visível. Ausente prévia e evidente situação de flagrância delitiva que eventualmente autorizasse a realização de prisão por qualquer do povo com fundamento no art. 301 do CPP, não cabia aos guardas municipais efetuar patrulhamento ostensivo com cão farejador de drogas e perseguir indivíduos suspeitos da prática de tráfico, sobretudo no caso dos autos, em que chegou a haver até mesmo ingresso em um apartamento para capturar o réu com base apenas na sua fuga, em absoluto desacordo com a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.
5. Cabe frisar, aliás, que nem sequer se justifica - dentro das balizas de atuação da guarda municipal (tutela do patrimônio municipal) - a manutenção de cães para treinamento de cães farejadores de drogas, prática que vem se acentuando gradativamente e reforça o cenário de desvirtuamento exposto no voto condutor do REsp n. 1.977.119/SP, em que se apontou a transformação indevida das guardas em verdadeiras polícias municipais, inclusive com o uso de armamento bélico (fuzis) e alteração do nome da corporação.
6. Assim, porque a situação de flagrante delito só foi descoberta após a realização de diligências ostensivas e investigativas típicas da atividade policial e completamente alheias às atribuições da guarda municipal, o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessas medidas e todas as que delas derivaram é medida que se

impõe.

7. Ordem concedida para, considerando que houve indevida atuação por parte da guarda municipal, totalmente desvinculada das suas atribuições consistentes em proteger o patrimônio municipal, reconhecer a ilicitude das provas por tal meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, determinar o trancamento do processo."

(HC n. 742.578/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022.)

Sob tal contexto, uma vez amparado o édito condenatório exclusivamente em prova obtida de busca pessoal ilegal (26,8g de cocaína) - impõe-se a absolvição do agravado pela falta de comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas, devendo, portanto, ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Por fim, não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Ilustrativamente:

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. AUSÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão está devidamente fundamentado e não incorreu em nenhum vício que desse ensejo aos aclaratórios.

2. O acórdão embargado consignou a deficiência da pretensão recursal baseada na violação do art. 619 do CPP. A defesa aponta omissão e contradição do julgado do tribunal de origem, o que não pode ser admitido neste momento processual.

3. Não compete ao STJ analisar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, a teor do art. 102, III, da Constituição Federal. Precedente.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp n. 2.278.547/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 28/6/2023.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0407772-9

AgRg no
AREsp 2.507.721 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15016412720218260320 1501641272021826032050000
150164127202182603208412021 20230000403547 20230000534300 8412021

EM MESA

JULGADO: 05/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MURILO FERNANDO AFONSO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR
PÚBLICO - SP330412
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MURILO FERNANDO AFONSO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - DEFENSOR
PÚBLICO - SP330412

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.