

Revisão nº 0034551-84.2015.8.26.0000

Comarca de Piracicaba

Peticionário: ██████████

Egrégio Tribunal

Colendo Grupo

1-O peticionário ajuizou pedido revisional pleiteando a desconstituição de decisão definitiva, que o condenou como incurso no art. 33 “caput” da Lei nº 11.343/06.

Alega que houve nulidade do processo por cerceamento de defesa consistente na realização de audiência sem a sua presença, independentemente da concordância do advogado pois se trata de nulidade absoluta.

Alega ainda que há nulidade da prova produzida por guardas municipais que efetuaram ato de

policiamento para o qual eles não têm competência constitucional, mediante diligência para apuração de denúncia anônima, sendo a prova ilícita.

Quanto ao mérito, alega que não há prova que sustente a condenação por tráfico de drogas pois a quantidade apreendida é pequena, devendo ser o crime desclassificado para aquele do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Sustenta também que a pena base foi aumentada em um terço por maus antecedentes e mais um terço pela reincidência, havendo quanto a esta passado o prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal (v. fls. 12/30 do pedido).

2-A primeira nulidade arguida pelo requerente é improcedente.

Verifica-se que foi realizada audiência de instrução, onde foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação, sem a presença do peticionário (fls. 107/108).

Ocorre que houve expressa concordância da defesa técnica com a realização do ato (fls. 106).

Posteriormente foi ouvida outra testemunha (fls. 111), sem qualquer protesto da defesa.

Note-se que o peticionário foi interrogado e pode apresentar com clareza a sua versão dos fatos (fls. 114/116).

Nas alegações finais, houve apenas o pedido da desclassificação do delito para aquele do art. 28 (fls. 141/142).

Interposta apelação, nas suas razões (fls. 162/163), nada foi alegado quanto a tal tema, não podendo ser feita tal impugnação somente em sede revisional, não tendo sido demonstrado qualquer prejuízo.

Dessa forma, inexistente a referida nulidade arguida pelo peticionário.

3-Verifica-se que guardas municipais fizeram Boletim de Ocorrência informando faziam “patrulhamento” e abordaram o peticionário, tendo encontrado com o mesmo 4,6 gramas de droga, sendo que ele se evadiu do local.

Os fatos se deram à uma hora da manhã e os guardas informaram que tinham conhecimento que o requerente era traficante de drogas (fls. 5/6).

Foi apreendida uma pedra de droga e 338 reais (auto de apreensão de fls. 7/8), bem como documentos do requerente (fls. 13).

Em data posterior, 09/03/11 os mesmos guardas municipais José Antonio Gianino e Vicente Pereria Morais disseram que abordaram um vigilante noturno que estava de moto e após algemá-lo, teriam encontrado com ele 14 pedras de crack, sendo que ele teria admitido informalmente que trabalhava para o peticionário (fls. 23/26).

Foram ouvidos os guardas municipais José Antonio Gianino (fls. 53/54 e Vicente Pereira de Moraes (fls.55/56), reiterando tais informações perante a autoridade policial.

Posteriormente foram ouvidos novamente em Juízo, narrando que abordaram um automóvel fusca branco que saia da residência do peticionário, que era apontado como traficante por “denúncias anônimas”, sendo que foi encontrada uma porção de droga, sendo que condutor do auto disse que apenas ia levar o mesmo ao pronto-socorro (fls. 107/108).

A testemunha Severino Pereira de Moraes Junior disse que ia levar o peticionário ao pronto-socorro quando

foram abordados, tendo sido encontrado dinheiro e uma porção de droga com o requerente, o qual fugiu do local. Disse ainda que ouviu comentário que o mesmo é traficante mas nunca o viu vendendo droga (fls. 111).

Interrogado (fls. 126), o peticionário disse que a droga era para uso próprio e pediu uma carona para o hospital, quando os guardas municipais os mandaram parar, tendo ele fugido.

Alegou ainda que os guardas têm ligação com “*um pessoal do extermínio*” e que José Antonio Gianino já o tinha ameaçado (fls. 128/129).

4-A questão fundamental a discutir é se a prova colhida pelos guardas municipais é lícita.

O art. 144, parágrafo 8º, da Constituição Federal, dispõe que “*Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.*” Ainda que tal dispositivo faça parte do capítulo “Da Segurança Pública”, o limite constitucional de ação das guardas municipais está claramente estabelecido.

A Constituição do Estado de São Paulo reproduz os termos da Constituição Federal quanto às guardas municipais, no seu art. 147, determinando a observância de lei federal sobre a matéria.

A Lei Federal nº 13022/14 instituiu normas gerais para as guardas municipais, estabelecendo longo rol de atribuições, que somente podem ser interpretadas a partir do limite constitucional.

O que se nota no cotidiano dos processos criminais é que em diversas cidades paulistas, a Guarda Municipal age abertamente como se polícia fosse, fosse “patrulhamento”, investigando informalmente crimes, recebendo “denúncias” etc...

Isto ocorre com tolerância ou orientação das autoridades municipais e nenhum outro questionamento, em nome da necessidade da segurança pública e tem levado a muitos problemas de abuso, que variam de cidade para cidade.

Também deve ser registrado que há um evidente interesse corporativo de integrantes das Guardas Municipais, que querem ser reconhecidos como policiais, sem ter investidura legal para tanto.

Os integrantes da Guarda Municipal podem efetuar prisões em flagrante na condição de qualquer do povo.

A elas se aplica o art. 301 do Código de Processo Penal.

A Guarda Municipal pode ser útil mantendo-se no estrito limite constitucional de sua existência, estando presente nos parques e escolas municipais e suas proximidades, nos terminais municipais de transportes, nos prédios municipais, nos mercados municipais e atuando junto a serviços municipais no seu regular exercício do poder de polícia municipal. Se isso efetivamente ocorresse já seria ótimo e desoneraria a polícia estadual de ter presença nesses locais.

Como é óbvio, o exercício do poder de polícia municipal, nas atividades que lhe são próprias, não se confunde com a atividade de polícia judiciária ou de manutenção da ordem pública, deferidas aos Estados e que não podem ser delegadas.

Dessa forma, é ilegítima a atividade de investigar e de fazer buscas pessoais ou em veículos por parte de integrantes da Guarda Municipal, em atividade estranha à sua atribuição constitucional.

Aceitar-se conclusão contrária significaria admitir que cidadãos comuns devem suportar buscas feitas a esmo por funcionários públicos municipais que não exercem a função policial.

Tal situação não é alterada mesmo quando se flagre alguém com droga ou arma escondida.

Se há suspeita de crime, como regra, devem os guardas chamar a polícia e dar as informações pertinentes que permitam a ação policial.

Claro que poderão agir quando houve flagrante delito visível mas o farão na condição de pessoas do povo, como por exemplo um roubo à mão armada que esteja em curso ou em situação de flagrância ou mesmo o tráfico de drogas realizado de maneira explícita.

No entanto, ninguém é obrigado a se submeter a revista feita por iniciativa de qualquer pessoa do povo.

Guarda municipal somente poderá fazer revista, no exercício de sua função, por exemplo, em pessoa agressiva que esteja perturbando serviço municipal e oferecendo risco a outrem ou em pessoa que apresente concreto indício de que esteja prestes a praticar ato de violência com uso de arma,

hipótese em que se não estiver no âmbito da esfera municipal, agirá como qualquer do povo.

Feitas tais distinções, a abordagem de veículo no qual estava o peticionário e outra pessoa, pelo simples fato de haver notícia informal de que o peticionário era traficante, sem qualquer ato concreto de traficância, é conduta ilegal e a prova eventualmente colhida é ilícita.

Aliás, o que se nota pelas duas ocorrências referidas acima, feitas pelos mesmos guardas municipais, com intervalo de uma semana, é que havia uma verdadeira atividade de investigação criminal e não somente uma situação de flagrante delito, ocorrida por “mera coincidência”.

O não reconhecimento da ilicitude da prova, no caso em questão, equivale a dar uma autorização para que servidores municipais continuem a agir como simulacro de polícia, com consequências reais na vida das pessoas e ferindo o Estado de Direito.

5-A propósito, veja-se recente decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Nefi Cordeiro, do Colendo STJ, no REsp 1494847, julgado em 17/06/2016, que acolheu a argumentação de julgado desse Egrégio Tribunal de

Justiça (processo 0002161-71.2011.8.26.0624), reproduzida abaixo:

“

[...]. 3. Verifica-se, desde logo, grave ilegalidade a macular o presente feito, vez que o todo o acervo probatório 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 apelante. 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 como base à formação da convicção do juiz sentenciante pela procedência da pretensão punitiva (v. fls. 22 e 247).

4. 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.

5. 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 - 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 penal - 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.

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

Guardas civis municipais não têm, portanto, competência legal para desenvolver ação pertinente à segurança pública, como policiamento preventivo, atividade, repita-se à exaustão, por expressão previsão constitucional, exclusiva das forças policiais. Nos termos da redação do § 8º do artigo 144 da Constituição da República, incumbe aos guardas municipais somente a proteção dos bens, serviços e instalações municipais, conforme dispuser a lei, enquanto que, segundo disposto no 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.

15. No caso, não há dúvidas de que os guardas municipais responsáveis pela obtenção das provas colhidas e pela prisão em flagrante dos apelantes, estavam, conquanto de forma velada, a (ilicitamente) investigar supostos fatos criminosos, tanto que as declarações prestadas são uníssonas e claras no sentido de que, teriam recebido denúncia anônima sobre a prática de tráfico e foram investigar.

16. 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 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.

17. No dia dos fatos descritos na inicial, guardas municipais incontroversamente consoante por eles assumido estavam a investigar supostos ilícitos criminais momento em que se depararam com os apelantes.

18. 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 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 obtido como fruto de diligência realizada por órgão administrativo sem atribuição constitucional e legal para a prática de atos concernentes à segurança pública.

20. Os guardas municipais só se encontravam, naquele dia, no local narrado na denúncia, porque estavam, ilegalmente, sem terem atribuição para tanto, a apurar supostos crimes, ocasião em que encontraram os apelantes. Claro, portanto, que toda a prova obtida teve origem no proceder originariamente viciado dos guardas, de estarem a procurar por ilícitos sem tal incumbência.

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

No mesmo sentido veja-se acórdão relatado pelo eminente Desembargador Almeida Sampaio, quando juiz do Colendo Tacrim, quando considerou ilegal a iniciativa de guardas municipais de efetuar revista de motorista, tendo em vista que “os guardas não realizaram ato dentro de sua órbita constitucional, de preservação de bens

do município, devendo sua atuação ser comiserada ilegal e a recusa do acusado em submeter-se à revista, justa” (v. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, 2ª edição, ERT, pag. 2143, obra coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco).

Em suma, a prova colhida neste processo, decorrente de conduta ilegal dos guardas municipais, deve ser considerada ilícita.

6-Quanto ao mérito, foi apreendida com o peticionário uma porção de cocaína, na forma de crack, pesando 4,3 gramas (laudo de fls. 78/79).

O peticionário admitiu a sua posse para uso próprio (fls. 127/129).

Não foi flagrada qualquer conduta concreta de traficância por parte do peticionário, não obstante ter o mesmo apresentar péssimos antecedentes.

A quantidade de droga, por si só, não é suficiente para embasar a condenação pelo crime do art. 33 e os depoimentos por ouvir dizer dos guardas municipais não têm a suficiente credibilidade para fundamentar o reconhecimento de tal grave delito.

Assim, as provas colhidas são frágeis para justificar uma condenação a uma pena de 7 anos e 9 meses de reclusão.

7-O pleito de não reconhecimento dos maus antecedentes não pode ser atendido pois o disposto no art. 64, I, do Código Penal, diz respeito somente à reincidência.

8-Por todo o exposto, o pedido revisional deve ser deferido a fim de que, reconhecida a ilicitude da prova colhida em diligência ilegal, seja o peticionário absolvido.

Caso superada tal questão, o pedido deve ser deferido a fim de que haja a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

São Paulo, 8 de agosto de 2016.

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Procurador de Justiça

Revisão nº 0034551-84.2015.8.26.0000

