



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 39035

REVISÃO CRIMINAL (DE ACÓRDÃO) Nº 0034551-84.2015.8.26.0000

PETICIONÁRIO: [REDACTED]

COMARCA: PIRACICABA

AÇÃO PENAL Nº 0000575-47.2011.8.26.0511

JUÍZO DE ORIGEM: VARA DISTRITAL DE RIO DAS PEDRAS

SENTENÇA: JUÍZA FABIOLA GIOVANNA BARREA

ACÓRDÃO: 10ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

ÓRGÃO JULGADOR: 6º GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

RELATOR: DES. VICO MAÑAS (VOTO Nº 34594)

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/06, por fato ocorrido em 2 de março de 2011, por volta de 1h00, na Rua Segundiano Ângelo Padoveze, nº 97, Bairro Bom Retiro, cidade de Rio das Pedras, quando trazia consigo, para fins de tráfico, uma porção de Cocaína, com peso de 4,2 gramas (quatro gramas e dois decigramas), substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 02-D/05-D, dos autos em apenso).

Ao final da instrução, por sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

proferida pelo Juízo da Vara do Foro Distrital de Rio das Pedras, Comarca de Piracicaba, foi condenado a cumprir uma pena de oito anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e a pagar oitocentos e oitenta e oito dias multa, no menor valor unitário, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas (fls. 144/148).

Interposta apelação, em julgamento realizado no dia 15 de agosto de 2013, a 10ª Câmara de Direito Criminal desta Corte deu provimento parcial ao recurso, a fim de reduzir a pena de [REDACTED] para sete anos, nove meses e dez dias de reclusão, além de setecentos e setenta e sete dias-multa (fls. 182/189).

Agora, com o trânsito em julgado da condenação (fls. 191 e 195), pretende o peticionário a desconstituição do julgado. Suscita, para tanto, a ocorrência de nulidade, pela realização de audiência sem a sua presença, embora estivesse preso quando o ato processual foi realizado. Argumenta, ainda, com a ausência de prova da materialidade delitiva, por entender que a apreensão da droga, efetuada por guardas municipais, foi ilícita. Afirma, também, que os fatos, quando muito, se prestariam à caracterização do delito capitulado no artigo 28 da Lei nº 11343/06. E finaliza, aduzindo que houve indevida majoração da reprimenda, por maus antecedentes que, a rigor, não estariam configurados.

A pretensão revisional foi regularmente processada, manifestando-se a Procuradoria-Geral



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Justiça pelo deferimento, a fim de que, reconhecida a ilicitude da prova colhida em diligência ilegal, seja o peticionário absolvido. Subsidiariamente, o parecer é pela desclassificação para o crime de uso.

É o relatório.

Inicialmente, embora não se desconheça a existência de respeitáveis decisões em sentido contrário, entende a Turma julgadora que é viável, no âmbito da Revisão Criminal, análise da matéria fática porquanto, muitas vezes, sem esse recurso não é possível saber se a decisão condenatória é, ou não, contrária à evidência dos autos, hipótese que autoriza o manejo do remédio jurídico processual, conforme a regra do artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. FRAGILIDADE DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. CABIMENTO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. ABSOLVIÇÃO EM CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. POSSIBILIDADE.

...

2. O reconhecimento da fragilidade do arcabouço probatório se ajusta à previsão trazida no inciso I do artigo que trata da revisão criminal, na medida em que uma condenação nestes termos encontra-se inequivocamente contrária à evidência dos autos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

...

4. *"É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri." (REsp 964.978/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012)*

5. *Agravo regimental desprovido."*

(STJ – AgRg no REsp 1154436/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012, **negrito não constante do original**).

Feito esse esclarecimento, cumpre registrar que a pretensão revisional deve ser acolhida.

Afasta-se, inicialmente, a alegação de nulidade processual, por força de realização de audiência sem a presença do réu que, à época, estava sob a custódia estatal.

Anota-se, nesse particular, que o ato processual só foi realizado, apesar da ausência do acusado, porquanto com isso concordou expressamente a Defesa, o que torna evidente a absoluta ausência de prejuízo (fl. 106).

E consoante se extrai da jurisprudência:

"O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos.

(Superior Tribunal de Justiça, RHC 39287/PB, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

No entanto, não há como deixar de reconhecer a ilicitude da atividade desempenhada pelos guardas municipais que atuaram no caso e apreenderam a droga mencionada na denúncia.

É pacífico que, em situações de flagrante, os integrantes da Guarda Municipal, como qualquer um do povo, podem efetuar a detenção do infrator da lei penal, encaminhando-o na sequência para a autoridade policial competente, que se incumbirá de formalizar a prisão e lavrar o auto respectivo.

A propósito:

“Pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).”

(Superior Tribunal de Justiça, HC 365283/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 24/11/2016).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso, todavia, os guardas municipais não estavam, propriamente, diante de uma situação de flagrante, quando resolveram abordar o peticionário.

Ao serem ouvidos em Juízo, os agentes públicos relataram que estavam realizando uma ronda rotineira, no bairro onde o acusado mora, quando avistaram um automóvel branco saindo da sua residência. Como já haviam recebido denúncias anônimas dando conta de que [REDACTED] estaria envolvido com o tráfico de entorpecentes, decidiram abordar o veículo e, na revista que se seguiu, encontraram uma porção de droga em poder do acusado (fls. 107/108).

É notório que, na hipótese retratada nos autos, os guardas municipais não tinham nenhuma razão concreta para agir, na medida em que não presenciaram o réu efetuando a venda ou a entrega de estupefacientes a quem quer que seja, nem o avistaram escondendo ou consumindo substância entorpecente, ou mesmo praticando qualquer conduta que pudesse indicar, naquele exato momento, a prática da traficância.

Evidenciou-se, pois, que a ação dos agentes públicos decorreu de prévia desconfiança que recaía sobre [REDACTED] por conta de denúncias anônimas que haviam chegado ao conhecimento dos funcionários da municipalidade, os quais, então, passaram a agir como se policiais fossem, realizando verdadeira abordagem investigativa, para a qual não estavam legitimados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É isso o que se extrai, inclusive, da narrativa inserida no acórdão prolatado pela 10ª Câmara de Direito Criminal desta Corte. Como constou do referido aresto:

“(…)

Orientados por denúncias anônimas sobre o comércio ilícito de drogas realizado no local dos fatos, residência do réu, os agentes públicos empreenderam diligências naquela localidade.

Abordaram o apelante quando ele deixava a residência no interior do veículo 'VW/Fusca' conduzido pela testemunha Severino Pereira de Moraes Junior (fls. 111). Após revista pessoal, encontraram sob as suas vestes a droga apreendida, assim como a quantia em dinheiro, cuja procedência ele não informou.

(…)” (fls. 184/185).

Ora, consoante anotado pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer “(…) 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” (fl. 38 dos autos da Revisão).

Nesse sentido, aliás, já se teve oportunidade de decidir neste Tribunal:

“(…)”

12. 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

(...)

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.

(...)"

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0002161-71.2011.8.26.0624, Relator Desembargador MÁRCIO BARTOLI, 1ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL, julgado em 24



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de junho de 2013).

Confira-se, ademais, que os fundamentos expostos no aresto acima retratado foram encampados pelo Ministro **Nefi Cordeiro**, do **Superior Tribunal de Justiça**, ao negar conhecimento, por decisão monocrática, publicada em 17/06/2016, e já transitada em julgado, ao **Recurso Especial nº 1494847**, que havia sido interposto pelo Ministério Público.

Assim, como concluiu o relator sorteado, no caso em apreço, a apreensão da droga, realizada pelos guardas municipais, foi ilícita, o que faz cair por terra a prova da existência material do crime imputado ao peticionário, que deve, por consequência, ser absolvido.

Diante do exposto, **pelo meu voto, acompanho o Relator, conhecendo e deferindo o pedido revisional, para absolver o peticionário, com fundamento no artigo 386, inciso VII, c.c. o artigo 626, ambos do Código de Processo Penal.**

XAVIER DE SOUZA

5º Juiz