



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.089 - SP (2018/0322418-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : MARCIO FERNANDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO - SP082554
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. BUSCA E APREENSÃO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE MANDADO. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Aclaratórios opostos com nítido caráter infringente, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, devem recebidos como agravo regimental. Precedentes.
2. É assente a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a posse ilegal de arma de fogo é delito permanente, protraindo-se no tempo o estado de flagrância.
3. O ingresso, contudo, da autoridade policial no domicílio para a realização de busca e apreensão sem mandado pressupõe a presença de elementos seguros que evidenciem a prática ilícita.
4. Não se admite que a autoridade policial, sem a produção de elementos capazes de evidenciar fundadas suspeitas da prática delitiva, viole o direito constitucional à inviolabilidade do domicílio, conduzindo à ilicitude da prova colhida, bem como dela derivadas, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal.
5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao especial a fim de anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como delas decorrentes, determinando o seu desentranhamento dos autos, procedendo-se à prolação nova sentença com base nas provas remanescentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de junho de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.089 - SP (2018/0322418-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : MARCIO FERNANDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO - SP082554
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos à decisão que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de reduzir as penas a 3 anos, 6 meses de reclusão e a 12 dias-multa.

Sustenta o embargante que deve ser reconhecida a violação do art. 157 do Código de Processo Penal.

Salienta que a condenação lançada em seu desfavor decorre exclusivamente da prova ilícita resultante da apreensão da arma de fogo no interior de seu apartamento sem o necessário mandado de busca e apreensão.

Requer, assim, seja sanado o vício apontado, concedendo-se efeitos infringentes aos embargos.

Impugnação apresentada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.089 - SP (2018/0322418-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes aclaratórios como agravo regimental, dada a pretensão de efeitos infringentes. A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ARESP. CONVERSÃO EM AGRAVO. POSSIBILIDADE. RETRATAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, quando se objetiva atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, é possível recebê-los como agravo regimental.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo regimental não provido. (EDcl no AREsp 73.463/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014).

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos do acórdão recorrido (fls. 413-414):

Inicialmente, tendo caráter de preliminar, anoto que a alegação de nulidade levantada pela Defesa não pode ser acolhida. Isso porque o crime de posse de arma de fogo, na espécie "ter em depósito", é um crime permanente, ou seja, se prolonga no tempo, sendo o bem jurídico permanentemente agredido, de forma que a situação de flagrância perdura no tempo, independentemente de o agente estar preso ou não, o que torna desnecessária a expedição de mandado de busca, conforme posicionamento jurisprudencial: "POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E ENTREGA DE ARMA DE FOGO A MENOR DE IDADE. Preliminar de nulidade em face da violação de domicílio. Inocorrência Crime permanente. Estado de flagrância que autoriza a entrada dos policiais sem mandado de busca e apreensão e sem autorização do proprietário. Rejeitada preliminar. [...] (TJ/SP - APL: 0000674-87.2007.8.26.0145, Rei. Sérgio Ribas, Data de Julgamento: 31/03/2011, 5a Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 01/04/2011)

(...)

Ademais, ao contrário do que alegou a Defesa, o funcionário do condomínio acompanhou as buscas no apartamento e, em momento algum, ele disse que os policiais obtiveram as chaves de forma abusiva.

Consigne-se ainda ser irrelevante que o funcionário, em Juízo, não tenha mencionado se visualizou a apreensão de arma, uma vez que os depoimentos prestados pelos policiais, neste sentido, encontraram amplo respaldo nos demais elementos probatórios trazidos aos autos.

Observe-se ainda que eventuais irregularidades ocorridas durante o inquérito não implicam em nulidade do processo. A esse respeito, confira-se o habeas corpus nº 0069078-82.2003.8.26.0000. TJSP. Rel. Des. Sinésio de Souza. 4a Câmb. Dir. Crim.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registrado em 12.02.2004.

Por sua vez, a sentença assim tratou do tema no ponto (fl. 320):

Conforme relatório de interceptação telefônica autorizada pelo juízo da 4ª Vara Criminal local - Processo nº 1813/09 (fls. 48/61) o acusado Márcio estava sendo investigado pela prática de roubos de caminhonetes, entre outros delitos contra o patrimônio, o que culminou com a sua prisão, ocorrida no dia 28/04/2010.

Após tomar conhecimento da prisão do réu, o síndico Marcelo Facchio Cantarim foi até a D.I.G. e os policiais Civis Edson Ricco, Edilson Piovani e Luciano, para dar sequência nas investigações que deram origem à prisão de Márcio, realizaram buscas na residência do réu - situada no local dos fatos - que foi aberta pelo síndico Marcelo, que acompanhou a diligência - e, no guarda-roupa do único quarto do imóvel, encontraram e apreenderam um revólver, marca Rossi, calibre "38 Special", com numeração raspada, com carregador municiado com quatro projéteis intactos.

É assente a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o crime de posse ilegal de arma de fogo é delito permanente, protraindo-se no tempo o estado de flagrância. O ingresso da autoridade policial no domicílio para a realização de busca e apreensão sem mandado, contudo, pressupõe a presença de elementos seguros que evidenciem a prática ilícita.

Entretanto, na espécie verifica-se que, após a prisão do recorrente, os policiais civis, a fim de darem sequência às investigações que propiciaram a prisão, realizaram buscas na residência do réu, aberta pelo síndico Marcelo, onde encontraram e apreenderam um revólver, marca Rossi, calibre "38 Special", com numeração raspada, com carregador municiado com quatro projéteis intactos.

Nesse contexto fático, não há falar em situação de flagrância, apta a permitir o ingresso de policiais no domicílio do réu, notadamente porque não havia fundadas suspeitas da existência da arma no interior do apartamento do réu, inexistindo elementos concretos que autorizassem o afastamento da inviolabilidade de domicílio. Nesse sentido, confirmam-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. CRIMES PERMANENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE MANDADO E DE AUTORIZAÇÃO DO MORADOR. REALIZAÇÃO SEM INDICAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ainda que seja incontroverso que nos delitos permanentes, como o de tráfico ilícito de drogas e de posse de arma de fogo e munições, o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, não se pode admitir que, com base em uma simples delação anônima, desamparada de elementos fundados da suspeita da prática de crimes, seja violado o direito constitucionalmente assegurado da inviolabilidade do domicílio.

2. Recurso especial improvido. (REsp 1708029/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03/04/2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INGRESSO EM RESIDÊNCIA NO PERÍODO NOTURNO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS DE FLAGRÂNCIA. ILICITUDE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO.

1. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio (REsp 1558004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

2. Hipótese em que, a despeito da boa-fé dos agentes públicos, não há falar em situação de flagrância - apta a permitir o ingresso de policiais na residência do réu no período noturno -, porque não havia, no momento da abordagem, qualquer atitude de movimentação típica de comercialização de drogas, tampouco estava o réu sendo investigado por tráfico de drogas ou outros crimes.

3. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial. (AgRg no REsp 1493995 / RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

Dessarte, diante da violação do domicílio do recorrente, tem-se por nulas as provas colhidas, bem como dela decorrentes, devendo ser desentranhadas dos autos, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto por receber os embargos de declaração como agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao especial, a fim de anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como delas decorrentes, determinando o seu desentranhamento dos autos, procedendo-se à prolação nova sentença com base nas provas remanescentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0322418-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
AREsp 1.410.089 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00322801520108260506 1008/2010 100810 10082010 20180000188751 20180000427294
322801520108260506 RI003WQPP0000

PAUTA: 18/06/2019

JULGADO: 18/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARCIO FERNANDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO - SP082554
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MARCIO FERNANDES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO - SP082554
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental para conhecer do agravo e dar provimento ao especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.