

VOTO-VOGAL

HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. BUSCA DOMICILIAR. ART. 244 DO CPP. FUNDADAS RAZÕES. TRÁFICO DE DROGAS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO IMPETRADO. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA: INOCORRÊNCIA.

1. Inexistindo pronunciamento colegiado do STJ, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito versada na impetração (CRFB, art. 102, inc. I, al. i). O caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental, cabível na origem.
2. A ausência de análise pelas instâncias antecedentes de questões veiculadas no *habeas corpus* impede o exame delas *per saltum* por esta Suprema Corte.
3. Verificada a inadequação da via eleita, eventual concessão da ordem de ofício é providência excepcional, a ser implementada somente quando constatada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia na decisão impugnada, o que não ocorre na espécie.
4. Assentado pelas instâncias antecedentes que a entrada domiciliar se deu em vista de fundadas razões a partir de comportamento suspeito, para se alcançar entendimento diverso seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, incabível na via

estreita do *habeas corpus*.

5. O trancamento ou a suspensão de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, é excepcional, admissível apenas em situações de manifesta atipicidade da conduta, de inegável presença de causa de extinção da punibilidade e de ausência de elementos mínimos da autoria e da materialidade, o que não se verifica na espécie.

6. Com revogação da medida liminar, *habeas corpus* ao qual se nega seguimento.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Adotando o escoreito relatório apresentado pelo eminente Ministro Relator, verifico tratar-se de *habeas corpus* contra decisão, proferida no Superior Tribunal de Justiça, pela qual o Ministro Relator indeferiu liminarmente o *Habeas Corpus* nº 501.815/SP (e-doc. 4, p. 81-88).

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante ante o suposto cometimento do crime previsto no art. 33, *caput* (tráfico de drogas), da Lei nº 11.343, de 2006. Após compromisso de comparecer mensalmente em Juízo, foi solto em audiência de custódia. O Juízo de Direito da 24ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP recebeu a denúncia em 14/12/2018, ocasião em que a audiência de instrução, debates e julgamento foi designada para 17/04/2019, nos autos da Ação Penal nº 0009044-54.2018.8.26.0635.

3. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual teve o pedido liminar indeferido pelo Desembargador Relator (e-doc. 4, p. 72-73). Contra a decisão, formalizou o mencionado *habeas corpus* no STJ.

4. Neste *habeas corpus*, os impetrantes sustentam, em síntese, nulidade da busca domiciliar, uma vez ausente mandado judicial, justa causa ou consentimento válido do morador. Argumentam ter havido invasão residencial sob exclusivo pretexto de o paciente ter agido de maneira suspeita, ao ter corrido para o interior de casa ao avistar a

viatura policial. Asseveram inexistir indicativo de consentimento para a entrada dos policiais, nem sequer nos depoimentos prestados por eles. Aduzem a viabilidade de superação do enunciado nº 691 da Súmula do STF diante do constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

5. O Ministro Relator, em 16/04/2019, deferiu pedido liminar, em menor extensão, a fim de suspender a ação penal, até o julgamento do mérito do *writ*, requisitando informações ao Juízo *a quo* e abrindo vista à Procuradoria-Geral da República (e-doc. 12).

6. A Juíza de Direito da 24ª Vara Criminal da Barra Funda/SP prestou informações quanto ao entendimento adotado para recebimento da denúncia, no sentido da existência de atitude suspeita a ensejar a diligência policial no domicílio do paciente e sua prisão em flagrante, quando não reconhecida ilicitude na obtenção da prova (e-doc. 16).

7. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mediante parecer assim sintetizado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INADMISSIBILIDADE DE HC IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NO TRIBUNAL *A QUO*. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO DO STJ. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ILICITUDE DA PROVA. ARGUIÇÕES IMPROCEDENTES. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. INVIOLABILIDADE DOMICILIAR RELATIVIZADA PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.” (e-doc. 18)

8. Após petição de aditamento da inicial (e-doc. 19), a Procuradoria-Geral da República apresentou nova manifestação, reiterando a anterior e acrescentando que “*a verificação da existência de irregularidades envolvendo a prisão em flagrante do paciente demandaria aprofundado exame de provas, providência incabível na estreita via do habeas corpus*” (e-doc. 22).

9. O Relator indeferiu pedido de destaque formulado pela defesa (e-doc. 29) e acolheu pedidos de admissão, na qualidade de *amici curiae*, deduzidos pela Defensoria Pública da União, GAETS — Grupo de

Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores, Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-brasileiras — Idafro, Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes — Educafro Brasil, Associação de Direitos Humanos em Rede — Conectas Direitos Humanos e Associação Nacional da Advocacia Criminal, sendo-lhes permitido se manifestar, por escrito ou oralmente, no presente feito.

10. Em 1º/03/2023, o Ministro Relator remeteu o presente *habeas corpus* ao julgamento do Plenário, “considerando a natureza da matéria objeto desta demanda, com acentuada repercussão social, especialmente no que se refere à busca domiciliar e ao desempenho da atividade policial no Brasil” (e-doc. 26).

11. O processo foi incluído na Sessão Virtual de Julgamento de 10/03/2023 a 17/03/2023, tendo o Relator, e. Ministro Edson Fachin, votado no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, com a concessão da ordem de ofício, “para o fim de declarar a nulidade da incursão domiciliar sem mandado judicial e dos demais atos processuais que dela advieram, e determinar, por conseguinte, o trancamento da ação penal originária autuada sob o nº 0009044- 54.2018.8.26.0635”.

12. Houve pedido de vista do eminente Ministro Roberto Barroso, que devolveu os autos para julgamento na Sessão Virtual de 30/06/2023 a 07/08/2023, acompanhando a conclusão do Relator pelo não conhecimento do *writ*, com concessão da ordem, de ofício, para considerar ilícita a prova produzida na origem, determinando o trancamento da ação penal.

13. Com novo pedido de vistas, o julgamento foi retomado na Sessão Virtual iniciada em 15/09/2023, com término em 22/09/2023, com a devolução pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, que votou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela revogação da medida cautelar anteriormente deferida.

Apresentadas as considerações iniciais, passo a votar.

14. Entendo, com as devidas vênias, ser o caso de divergir do eminente Ministro Relator.

15. Este *habeas corpus* volta-se contra decisão individual de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. **Inexistindo pronunciamento colegiado do STJ, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito versada na impetração** (CRFB, art. 102, inc. I, al. "i"). **O caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental, cabível na origem.** Nesse sentido: HC nº 115.659/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02/04/2013, p. 25/04/2013; HC nº 199.029-AgR/MA, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 19/04/2021, p. 29/04/2021; e HC nº 197.645-AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 08/04/2021, p. 16/04/2021.

16. Ademais, **no ato apontado como coator, o Ministro Relator, sem adentrar a matéria de fundo, limitou-se a afirmar a ausência de ilegalidade manifesta e a inviabilidade de superação do entendimento consolidado no verbete nº 691 da Súmula do STF, uma vez que a controvérsia ainda não fora analisada pelo Tribunal de Justiça.**

17. **A atuação originária desta Suprema Corte acarretaria supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB.** Assim decidiram o Plenário e ambas as Turmas: HC nº 109.430-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/04/2014, p. 13/08/2014; HC nº 164.535-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 17/03/2020, p. 20/04/2020; e HC nº 163.568/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/08/2019, p. 30/08/2019.

18. Verificada a inadequação da via eleita, **eventual concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente se constatadas situações de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada. Da análise das peças que instruem a impetração, no entanto, **não vislumbro situação a autorizá-la.**

19. O Plenário do STF, no Recurso Extraordinário nº 603.616-RG/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015, p. 10/05/2016 — Tema nº 280 da Repercussão Geral —, definiu a seguinte tese: *"A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente*

ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

20. Consta da denúncia a seguinte narrativa dos fatos:

“Policiais militares realizavam patrulhamento de rotina no local quando avistaram o denunciado em frente ao imóvel [, que], ao notar a aproximação da viatura, em atitude suspeita, correu para seu interior. Por esta razão, os policiais decidiram averiguar. Após o denunciado ter franqueado a entrada no local, os policiais encontraram no interior da residência, em cima do sofá, uma porção da droga, e o restante na cômoda do quarto. Indagado informalmente, admitiu ser traficante de drogas.” (e-doc. 3, p. 50-51).

21. A Magistrada, ao receber a denúncia, asseverou a licitude das provas obtidas na fase do inquérito policial, uma vez que “*o acusado teria apresentado atitude suspeita, o que ensejou a realização de diligências em seu domicílio e a realização de sua prisão em flagrante delito*” (e-doc. 4, p. 15).

22. O Desembargador Relator do Tribunal de Justiça indeferiu pedido liminar no *Habeas Corpus* nº 2066556-86.2019.8.26.0000, solicitando informações (e-doc. 4, p. 72-73).

23. O Ministro Relator, no Superior Tribunal de Justiça, deixou de apreciar o mérito da impetração por estar “*configurada absoluta supressão de instância com relação a todas as questões expostas*” (e-doc. 4, p. 81-88).

24. Considerando que o Juízo de piso assentou existência de fundadas razões a respaldar a ação policial, não tendo sido a matéria apreciada sequer pelo Tribunal de origem, alcançar conclusão diversa, para além da análise *per saltum*, demandaria o **reexame do acervo fático-probatório**, incabível na via estreita do *habeas corpus*. Nessa linha:

“Agravos regimentais no *habeas corpus*. 2. Penal e Processo Penal. 3. **Tráfico de drogas** (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006). 4. *Habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática do STJ. Impossibilidade. Ausência de agravo regimental. Esgotamento das vias recursais. 5. **Flagrante delito. Inviolabilidade de domicílio não configurada. Crime permanente. Repercussão geral reconhecida no RE 603.616/RO**. 6. Agravo regimental

desprovido.” (HC nº 211.694-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 02/07/2022, p. 06/07/2022; grifos nossos).

“AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS*. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IDONEIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. 1. Nos crimes de natureza permanente, cuja situação de flagrância se protraí no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado, desde que amparado em fundadas razões (Tema n. 280/RG).2. Não se admite, na via estreita do *habeas corpus*, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – desrespeito à inviolabilidade de domicílio –, do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias. 3. É idônea a prisão cautelar fundada na garantia da ordem pública, quando evidenciadas a gravidade concreta da conduta e a periculosidade social do agente supostamente envolvido no tráfico de grande quantidade de drogas. 4. Agravo interno desprovido.” (HC nº 208.598-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 02/03/2022, p. 07/04/2022; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. *WRIT* SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. Inadmissível, como regra, o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. 3. Para concluir em sentido diverso das instâncias anteriores quanto às circunstâncias do

flagrante, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita 4. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 5. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(HC nº 215.420-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 21/06/2022, p. 24/06/2022; grifos nossos).

“Agravo regimental em *habeas corpus*. Crimes de tráfico de drogas, receptação, uso de documento falso e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Condenação transitada em julgado. Alegada nulidade da ação penal quanto ao crime de tráfico de drogas. **Persecução baseada em suposta prova ilícita obtida mediante invasão de domicílio do agravante, à míngua de autorização judicial ou justa causa. Flagrante de crime permanente. Dispensabilidade de mandado de busca e apreensão. Fundadas razões para a realização de procedimento policial.** Precedentes. Ausente constrangimento ilegal flagrante. Reexame de fatos e provas para afastar a regularidade do ingresso dos policiais no domicílio do paciente firmada pelas instâncias antecedentes. Inviabilidade na via eleita. Regimental não provido.” (HC nº 210.511-AgR/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 04/04/2022, p. 29/04/2022; grifos nossos).

25. Com efeito, esta Suprema Corte consolidou entendimento no sentido de que “[a] ação de ‘habeas corpus’ constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento” (HC nº 118.912-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 17/12/2013, p. 13/02/2014).

26. Por fim, inexistindo sequer início da instrução da ação penal, compreendo que **a queima de etapas não se coaduna com a organicidade do direito, especialmente o processual.** A esse respeito, cito os seguintes

precedentes:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PARECER TÉCNICO DE ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILICITUDE NÃO DEMONSTRADA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL: APENAS EM SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. 1. O **trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus*, mormente quando em fase inicial, é medida excepcional. Precedentes.** 2. A **valoração de eventuais equívocos em parecer técnico do Ministério Público compete, no momento oportuno, ao Juízo *a quo*, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal eliminar etapas de tramitação e promover sua substituição.** 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que “[a] ação de ‘*habeas corpus*’ constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.” 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (HC nº 214.194-AgR/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, j. 22/08/2022, p. 09/09/2022; grifos nossos).

“DIREITO – ORGANICIDADE E DINÂMICA. O **Direito é orgânico e dinâmico, não se podendo agasalhar a queima de etapas.** IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS – PROCESSO-CRIME – SUSPENSÃO – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. Sendo a suspensão de processo-crime medida extrema, apenas tem lugar quando configurada ilegalidade.” (HC nº 113.087/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 1º/10/2013, p. 10/12/2013; grifos nossos).

“RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL - *HABEAS CORPUS* - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - FORMALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE. O recurso ordinário constitucional, estando voltado ao julgamento, em grau de revisão, de *habeas corpus*, dispensa a comprovação de regularidade da representação processual, pouco importando que o subscritor da peça, profissional da advocacia, não seja o impetrante. *HABEAS CORPUS* - PARÂMETROS - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **A matéria versada no *habeas* há de ter sido**

colocada perante o juiz natural, sob pena de se consagrar a queima de etapas, com verdadeira supressão de instância, em prejuízo do próprio paciente.” (RHC nº 85.877/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 17/11/2005, p. 17/02/2006; grifos nossos).

27. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que **o trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, é excepcional, admissível apenas em situações de manifesta atipicidade da conduta, de inegável presença de causa de extinção da punibilidade e de ausência de elementos mínimos da autoria e da materialidade, o que não se verifica na espécie.** Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“Processual Penal. Agravo regimental em *Habeas Corpus*. Crime de Dispensa de Licitação. trancamento da ação penal. Desclassificação da conduta. Impossibilidade. Inadequação da via eleita. **1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o trancamento de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Hipótese em que inexistente situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize o encerramento prematuro do processo-crime. Precedentes.** (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC nº 136.823-AgR/BA, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 25/04/2017, p. 08/05/2017; grifos nossos).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. (...) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM *HABEAS CORPUS*: MEDIDA EXCEPCIONAL A SER APLICADA SOMENTE EM CASOS DE MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA, CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (...) II. **A denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas ao ora recorrente, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que lhe permite o pleno exercício do direito de defesa.** III. **O juízo de recebimento da peça acusatória é de mera delibação, jamais de cognição**

exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia com o juízo de procedência da imputação criminal. IV. O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. V. Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC nº 140.008/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 04/04/2017, p. 26/04/2017; grifos nossos).

28. Portanto, tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendo que o **processo deve ser extinto sem resolução de mérito**, por inadequação da via eleita.

29. Ante o exposto, **voto no sentido de, revogando a medida liminar então deferida, negar seguimento ao *habeas corpus*.**

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA