

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de [REDACTED] contra pronunciamento individual de ministro do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 501.815-SP, que indeferiu, liminarmente, a ordem, ao fundamento de inexistir manifesta ilegalidade apta a autorizar a mitigação do entendimento consolidado na Súmula nº 691/STF.

Em síntese, o impetrante sustenta que estaria sofrendo constrangimento ilegal, sob a alegação de que “**os milicianos agiram de forma abusiva e procederam uma busca domiciliar verdadeiramente ilícita, que desencadeou em uma prisão flagrantemente ilegal.**” (e-Doc. 1 - pág. 4, grifos e negrito constam do original).

Postula, ao final, o trancamento da ação penal, ao argumento de que as provas teriam sido obtidas por meio ilícito, em violação do domicílio do paciente, sem a ocorrência de situação de flagrância e com abuso de autoridade.

Houve deferimento do pedido de liminar, em menor extensão, a fim de suspender, até o final julgamento do *writ*, o andamento da ação penal originária após a colheita da prova oral e do interrogatório.

O Ministério Público Federal apresenta manifestação pelo não conhecimento do *habeas corpus*, em razão da ausência de manifesta ilegalidade.

O Relator, ministro Edson Fachin, apresenta voto no sentido de conceder a ordem para declarar a nulidade da incursão domiciliar na residência do paciente sem mandado judicial, bem como dos demais atos processuais que dela advieram, determinando, em consequência, o trancamento da ação penal na origem.

Feito esse breve relato, passo ao voto.

Entendo, pedindo as mais respeitosas vênias ao eminente Relator e àqueles que pensam de forma distinta, não assistir razão ao impetrante.

Inicialmente, observo que este Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido do **não conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática proferida por ministro de Tribunal Superior**, sob pena de caracterizar-se **inadmissível supressão de instância**.

Ilustram essa orientação os seguintes acórdãos: HC 158.755 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Dias Toffoli, *DJe* de 17 de outubro de 2018; HC 162.214 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 13 de fevereiro de 2019; HC 176.297 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Edson Fachin, *DJe* de 23 de setembro de 2020; HC 181.999, Primeira Turma, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 29 de outubro de 2020; HC 184.614 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 24 de junho de 2020; e RHC 114.737, Segunda Turma, Relatora a ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 18 de abril de 2013.

No caso, não vislumbro, na decisão impugnada, ilegalidade flagrante apta a autorizar a superação desse consagrado entendimento.

Além disso, observo que, no Superior Tribunal de Justiça, o eminente Relator proferiu decisão de indeferimento liminar do *habeas corpus*, com fundamento na orientação jurisprudencial consolidada na Súmula 691/STF, consignando que “(...) a matéria aqui ventilada não foi apreciada na origem e, diante disso, o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca do tema da presente impetração, ficando impedida esta Corte de proceder à sua análise, sob pena de indevida supressão de instância.” (e-Doc. 4, pág. 82)

Portanto, o conhecimento do presente *habeas corpus* importaria em **dupla supressão de instância**, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo não apreciou o mérito do Habeas Corpus nº 2066556-86.2019.8.26.0000.

Ainda que superado o óbice acima apontado, no mérito, a denegação da ordem é medida que me parece a mais adequada no presente momento.

O Plenário desta Corte, em julgamento do RE 603.616, Relator

ministro Gilmar Mendes, sob repercussão geral (Tema n. 280), concluiu que, nos crimes de natureza permanente – tráfico de drogas, caso dos autos -, 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 a incursão policial esteja amparada em **fundadas razões**. Confira-se:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. **A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.** 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. **Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que 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.

(RE 603.616, ministro Gilmar Mendes)

Segundo a denúncia:

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 20 de outubro de 2018, por volta das 16h, na Rua Araçatuba, nº 92, Lapa, nesta capital, [REDACTED], qualificado às fls.18, **tinha em depósito e guardava, para consumo de terceiros, 247.9 g de maconha, (auto de exibição e apreensão a fls. 09 e laudo de constatação a fls. 12/14)**, substância esta relacionada na Portaria SVS/MS 344/98 e que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, o denunciado guardava no interior da sua residência, a quantidade de droga acima referida, para consumo de terceiros.

Policiais militares realizavam patrulhamento de rotina no local quando avistaram o denunciado em frente ao imóvel e, **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.**

Autuado em flagrante e interrogado perante a Autoridade Policial, contudo, confessou a posse da maconha, mas alegou que a tinha para consumo próprio.” (e-doc. 3, págs. 50/51)

Nas informações, o Juízo de origem assim se manifestou diante do suporte probatório produzido nos autos:

“Quanto à alegada afronta ao princípio da inviolabilidade domiciliar, este Juízo entendeu que as provas colhidas na fase de inquérito policial não foram obtidas de forma ilícita, como alegado pela Defesa, pois, **segundo narra a denúncia, o paciente teria apresentado atitude suspeita, o que ensejou a realização de diligências em seu domicílio e a realização de**

sua prisão em flagrante delito.

Constatou-se, em princípio, que os policiais teriam ingressado na residência do paciente em virtude da situação de flagrância por eles identificada, tendo agido, pelo que tudo indica, em estrito cumprimento de seu dever legal, inexistindo, aparentemente, qualquer abuso ou coação.” (e-Doc. 16, págs. 3/4)

Como se vê, o ingresso dos policiais no domicílio restou suficientemente justificado, uma vez que o paciente, ao visualizar a viatura policial, saiu correndo em atitude suspeita para o interior de sua residência. Ainda que se parta da premissa fixada pelo eminente Relator, no sentido de que a ação do acusado de correr dos policiais em via pública “(...) não se conforma aos parâmetros de visibilidade material do estado *flagrancial*”, a essa atitude suspeita somou-se **a possível aquiescência**, por parte do próprio denunciado, do ingresso dos policiais em sua residência, conforme consignado na decisão proferida em audiência de custódia (e-doc. 3, págs. 22/23) e na denúncia, à luz do suporte fático colhido na fase inquisitorial.

Vale observar, no ponto, não se mostrar exigível, *permissa venia*, a ocorrência de situação concreta de visibilidade material do estado de flagrância para se legitimar o ingresso dos agentes policiais na residência, sendo suficiente a demonstração de **elementos mínimos a caracterizar a existência de fundadas razões (justa causa) para a medida.**

Além disso, em interrogatório prestado perante a autoridade policial, que integra o Auto de Prisão em Flagrante, o acusado reconheceu que “estava dentro de sua residência, no seu quarto quando policiais bateram à sua porta; Que alegaram ter uma denúncia de crime naquela residência, o que negou; **Que abriu a porta** e os policiais lhe detiveram; (...)” (e-Doc. 2, pág. 52 – grifei). E, segundo decisão proferida em audiência de custódia, “Os policiais militares, quando da lavratura do flagrante, informaram que o réu autorizou a entrada em sua residência, bem como admitiu que havia sido agredido na data anterior aos fatos.” (e-Doc. 3, pág. 23).

A propósito do consentimento do morador para o ingresso em sua residência, vale salientar, na esteira do que observou o eminente ministro

Gilmar Mendes em voto proferido no julgado no referido RE 603.616, que as hipóteses em que tal situação se verifica “podem revelar desdobramentos complexos, **seja quanto à prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência**”.

Ao que se apurou até o presente momento, a atitude do acusado, considerada suspeita, consistente em correr da viatura policial, não se dissocia do fato de que, em seguida, ele possa ter franqueado o acesso dos policiais à sua residência, **ao abrir a porta de sua casa**. Tal circunstância afasta, em princípio, a sustentada ilicitude da incursão policial que resultou na apreensão da droga encontrada em depósito na residência do acusado.

A existência de fundadas razões para a incursão policial e a situação de flagrância de crime de natureza permanente (tráfico) autorizavam a entrada dos policiais na residência do paciente, não tendo havido qualquer relato de abertura forçada da porta pelos agentes, de modo que inexistente demonstração segura da ocorrência de vulneração à garantia da inviolabilidade do domicílio.

Ademais, adotar conclusão diversa da apontada pelo arcabouço fático examinado, para se concluir pela ilicitude da incursão domiciliar e da apreensão da droga, exigiria, necessariamente, dilação probatória e reexame mais aprofundado do conjunto probatório, providências que, além de suprimirem a análise do caso pelas instâncias inferiores, se mostram incompatíveis com a via estreita do presente *habeas corpus*.

De igual forma, a pretensão do impetrante de trancamento da ação penal – ou de desclassificação do delito (ao fundamento de que a droga seria destinada ao consumo próprio do paciente e não para o exercício do comércio ilegal) – encontra óbice na vedação, em sede de *habeas corpus*, de se realizar exame aprofundado de provas.

Na esteira da firme jurisprudência desta Corte, o trancamento da ação penal só é viável por meio de *habeas corpus* em casos excepcionais, de evidente atipicidade da conduta, de extinção da punibilidade ou de ausência de justa causa. Ilustram esse entendimento o HC 186.154 AgR, ministro Gilmar Mendes; o HC 187.227 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; e o HC 191.216 AgR, ministro Roberto Barroso, do qual

extraio o excerto a seguir:

1. O trancamento da ação penal, por meio do habeas corpus, só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes.

No caso em exame, não se está diante da hipótese de atipicidade da conduta, nem de evidente ausência de justa causa para a propositura da ação penal, tornando-se necessária a realização da instrução criminal para verificação criteriosa dos fatos à luz das provas produzidas.

Compartilho, em suma, da orientação adotada pelo Ministério Público Federal, em sua judiciosa manifestação, no sentido de que “(...) o que emerge dos autos não é a falta de justa causa para a ação penal, mas sim, um feixe de elementos conducentes à ocorrência dos crimes relatados na denúncia, em princípio perpetrado pelo paciente, sendo imprescindível ao deslinde da controvérsia a remessa do feito à amplitude própria da instrução criminal, onde será viável um maior esclarecimento dos graves fatos mediante cotejo de provas.”

Em face do exposto, renovando o pedido de vênias ao eminente Relator e àqueles que pensam de forma distinta, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus* e, na hipótese de análise do mérito, **denegar a ordem.**

É como voto.