

**VOTO:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, rejeitou o pedido de *habeas corpus* direcionado contra acórdão condenatório do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O ato coator foi ementado nos seguintes termos (eDOC 16):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. ALEGADA NULIDADE DA BUSCA RESIDENCIAL. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE DO WRIT. SÚMULA N. 182, STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I - N os termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II - Ausente manifestação do Tribunal a quo, incabível o presente mandamus, porquanto está configurada a absoluta supressão de instância com relação a todas as questões expostas, ficando impedida esta Corte de proceder à sua análise, uma vez que lhe falta competência (art. 105, I e II, da CF; e art. 13, I e II, do RISTJ). III - O trânsito da decisão condenatória ainda impede a impetração de *habeas corpus* ou a interposição de recurso ordinário perante esta Corte, porquanto a competência do Superior Tribunal de Justiça, prevista no art. 105, I, “e”, da Constituição Federal, restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados. Precedentes. IV - Impossível, de toda forma, se revolver o contexto probatório original, de maneira a se afastar a condenação imposta, ante a ausência de constatação de flagrante ilegalidade *prima facie*, pois é iterativa a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser imprópria a via do *habeas corpus* ou do seu recurso ordinário para a análise de teses que demandem ampla incursão no acervo fático. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

Na petição de *habeas corpus*, o impetrante sustentou que não houve supressão de instância ou preclusão na alegação de invasão de domicílio, uma vez que a questão foi suscitada em sede de apelação. Apontou que a

sua condenação foi respaldada provas obtidas ilegalmente, pelo ingresso forçado em imóvel sem autorização judicial ou do proprietário do imóvel, com base em denúncia anônima não precedida de averiguação.

Ao final, requereu “o deferimento do presente Habeas Corpus, para que seja declarada a ilegalidade da respectiva “Busca e Apreensão” e a ilicitude de todas as “provas” que foram obtidas no decorrer de tal diligência, adotando-se as providências previstas no art. 157 do Código de Processo Penal; e, conseqüentemente, absolvendo-se o paciente”.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado (eDOC 21):

Habeas Corpus. Direito Processual Penal. Tráfico de drogas. Alegada ilicitude das provas em função da invasão de domicílio. Questão que não foi objeto de manifestação das instâncias ordinárias. Impossibilidade de análise pelas Cortes Superiores, sob pena de indevida supressão de instância. Entendimento do STF: “inexistindo prévia manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria de fundo da impetração, a apreciação dos pedidos da defesa implica supressão de instância”. Condenação transitada em julgado. Habeas corpus sucedâneo de revisão criminal. Inviabilidade. Suposta nulidade que não foi suscitada no transcorrer do processo. Inadmissibilidade. Preclusão. Ocorrência da denominada “nulidade de algibeira”. Precedentes. Constrangimento ilegal não evidenciado. Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório. **Passo a votar.**

O impetrante busca reverter sentença condenatória transitada em julgado proferida em desfavor do paciente, dando-o como incurso nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006.

De início, saliento que o cabimento de *habeas corpus* contra decisão judicial transitada em julgado, apesar de excepcional, é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “em casos de manifesta ilegalidade” (RHC 206.846/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 24.5.2022), desde que inequívocos ou incontroversos os fatos discutidos (HC 139741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 11.4.2019), sobretudo porque se trata da via impugnatória mais célere e benéfica ao condenado (RHC 146.327/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes,

Segunda Turma, DJe 15.3.2018).

Após exame pormenorizado dos autos, tenho que o caso concreto enseja não apenas o cabimento do *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, como também a concessão da ordem, tendo em vista a constatação de manifestas ilegalidades.

A **primeira** delas diz respeito ao ingresso dos policiais na residência atribuída ao paciente.

Conforme depoimento das testemunhas policiais durante a instrução processual (links descritos no eDOC 1 - p. 10), a equipe recebeu denúncia anônima de que um imóvel da região, na rua Italva, caracterizado por uma porta de chapa, armazenava drogas para abastecimento da região.

Diante da informação, os policiais se dirigiram diretamente à rua indicada na denúncia, onde verificaram que o ora paciente estava sentado em frente a um imóvel com porta de chapa. Procederam à abordagem do senhor, que não demonstrou nervosismo, nem tentou fugir. Indagado se poderiam entrar na residência, respondeu que sim, porque a casa não seria dele.

Em seguida, acompanhados do paciente, entraram no imóvel, onde encontraram as substâncias entorpecentes que posteriormente embasaram a instauração do processo penal e a condenação do paciente.

Como se vê, os policiais civis procederam à busca domiciliar apenas com base em denúncia anônima, sem realizar averiguação preliminar sobre a situação do imóvel ou qualquer outra atividade de inteligência que pudesse indicar com segurança a destinação ilícita da casa e principalmente as pessoas envolvidas na suposta traficância.

O *modus operandi* dos policiais, em poucas palavras, consistiu em dirigir-se diretamente ao imóvel indicado na informação anônima e nele adentrar sem maiores considerações ou diligências.

A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que **denúncias anônimas não podem embasar, por si só, medidas invasivas como interceptações telefônicas e buscas e apreensões, impondo-se, para tanto, serem complementadas por diligências investigativas posteriores.**

Especificamente no que concerne às buscas realizadas em situação de flagrância, sem ordem judicial, esta Corte debruçou-se sobre o tema em sede de Repercussão Geral. Ao examinar o Tema 280, o Plenário firmou tese no sentido 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 603616, de minha relatoria, DJe de 10.5.2016).

Ao depurar as fundadas razões que justificam a entrada no domicílio, afirmei que “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”.

Assim, mostra-se fundamental o exame, pela autoridade judicial, dos critérios que embasaram a decisão policial de ingresso forçado no domicílio, à luz das circunstâncias conhecidas antes da ação policial, independentemente do resultado da diligência.

Na mesma oportunidade, ponderei que:

(...) Nas hipóteses em que a Constituição dispensa o controle judicial prévio, resta o controle a posteriori. Pelo entendimento atualmente aceito na jurisprudência, se a situação de flagrante se confirma, qualquer controle subsequente à medida é dispensado. Não se exige das autoridades policiais maiores explicações sobre as razões que levaram a ingressar na casa onde a diligência foi realizada.

Assim, voltando ao exemplo da droga mantida em depósito em residência, se o policial obtém, mediante denúncia anônima, a informação de que a droga está naquela casa, não poderá pedir mandado judicial, porque ninguém se responsabilizou validamente pela declaração – art. 5º, IV, CF. No entanto, poderá forçar a entrada na casa e fazer a prisão em flagrante. Se, eventualmente, vier a ser indagado, poderá pretextar que soube da localização da droga por informações de inteligência policial. De qualquer forma, a solidez das informações que levaram ao ingresso forçado não é analisada.

Já afirmamos que essa solução é menos insatisfatória. Em consequência, resta fortalecer o controle a posteriori, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – fundadas razões, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas.

É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados

para satisfazer o requisito.

(...)

**Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.**

A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração.

Não pretendo cansá-los com a leitura de mais trechos do voto então proferido, mas demonstrar que quase uma década após o mencionado precedente, a autoridade policial não cumpriu minimamente os parâmetros previstos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar a nulidade arguida pela Defesa em sede de apelação, limitou-se a assentar, de forma integralmente dissociada do Tema 280 da Repercussão Geral, que:

(...) “Não há que se falar em nulidade por ausência de mandado de busca e apreensão nos casos de crimes permanentes.

Equivale dizer, a suposta invasão de domicílio, que resultou na descoberta das drogas no interior da residência, além de uma balança de precisão, não se afigura ilegal ou abusiva porquanto a hipótese fática configura crime permanente e, nesse caso, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (eDOC 5 - p. 3).

Como visto, há muito foi superada por esta Corte a tese tradicional de que a permanência do delito justifica o ingresso forçado no domicílio. Também não tem respaldo a posição no sentido de que o resultado da diligência justifica a atuação da autoridade policial sem ordem judicial. É necessária a demonstração de fundadas razões, previamente conhecidas pelos policiais, de que há um crime sendo cometido no local.

Todavia, diante de uma “informação privilegiada da rua”, nas

palavras da testemunha policial no caso concreto, a equipe limitou-se a ir diretamente até o local com viatura caracterizada e nele adentrou. Sem diligências prévias, sem atividade de inteligência.

**O *modus operandi* questionado neste habeas corpus não apenas desrespeita o precedente desta Corte, mas é um inequívoco exemplo de trabalho policial mal feito, com repercussões inevitáveis para o êxito da investigação e para toda a ação penal. Basta observar que, a partir da busca dos policiais, não se sabe, ao fim e ao cabo, quem é o proprietário da casa invadida.**

O paciente desde o primeiro momento da abordagem negou ser o dono do imóvel ou manter qualquer relação com ele. Como não foi realizada nenhuma averiguação preliminar, é impossível obter a mínima informação segura sobre o domínio do imóvel.

Assim, não é difícil concluir que o consentimento do paciente para entrada dos policiais no imóvel, no caso dos autos, é inválido e por isso trato a diligência questionada neste *habeas corpus* como ingresso forçado em domicílio.

Afinal, como poderia o paciente autorizar a entrada de qualquer pessoa em imóvel que não é de sua propriedade? E, diante da ausência de averiguação preliminar dos policiais, é impossível afirmar se a casa era ou não dele.

Como demonstrarei adiante, nem os policiais tinham essa informação. O paciente era um completo desconhecido da equipe da Polícia Civil e apenas foi conduzido à Delegacia porque, nas palavras da testemunha policial ouvida em juízo, tinha passagens por tráfico de drogas.

Em síntese, a busca domiciliar foi executada apenas com base em denúncia anônima, sem averiguação prévia pela autoridade policial e, conseqüentemente, sem a demonstração de fundadas razões que justificassem a diligência invasiva.

Portanto, **com fundamento no art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal e no Tema 280 da Repercussão Geral, é forçoso reconhecer a ilicitude da busca domiciliar realizada exclusivamente com base em denúncia anônima, sem qualquer averiguação prévia pela autoridade policial, com a conseqüente nulidade das provas obtidas na diligência.**

Essa conclusão, por si só, seria suficiente para concessão da ordem, mas há outras ilegalidades manifestas no processo criminal.

**A segunda ilegalidade diz respeito à condenação do réu sem a comprovação mínima da autoria delitiva.** É dizer, mesmo em um cenário

de legitimidade da busca domiciliar, não foram reunidos no processo penal elementos suficientes para condenação do paciente.

Com efeito, o réu, pessoa negra com 65 anos de idade, residente da periferia da cidade de São Paulo, foi condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 com base nos seguintes elementos: (i) foi surpreendido sentado em via pública em frente a imóvel no qual foram encontradas drogas, em virtude de denúncia anônima; e (ii) possuía antecedentes criminais por tráfico de drogas, verificados há mais de 15 anos.

Quanto ao primeiro ponto, destaco que nenhum elemento de prova coligido aos autos evidencia o vínculo do paciente com o imóvel objeto da busca, quanto menos com as drogas apreendidas.

Conforme asseverei, a denúncia anônima que ensejou a busca domiciliar limitava-se a indicar que um imóvel na rua Italva com porta de chapa armazenava drogas para abastecer biqueiras da região. A informação não mencionava pessoas associadas ao imóvel ou à mercância.

O réu, por sua vez, sempre afirmou, ao ser abordado e perante o Juízo, que não tinha qualquer vinculação com o imóvel e que estava no local porque sua filha residia naquela rua.

Os policiais afirmaram em Juízo que o paciente não demonstrou nervosismo com a abordagem da equipe e que apenas o conduziram à Delegacia porque verificaram os seus antecedentes criminais. Não reportaram nenhum comportamento suspeito, além de estar sentado em frente à casa, circunstância de todo incapaz de fundamentar uma condenação criminal.

Nada mais foi apontado na sentença ou no acórdão condenatórios. Apenas as drogas encontradas na casa não se sabe de quem e o paciente com antecedentes criminais sentado em frente ao imóvel.

A bem da verdade, esse contexto de incerteza é fruto de uma busca domiciliar não apenas ilegal, mas ineficaz, que deixou um rastro de perguntas não respondidas.

Não se sabe se o imóvel objeto da busca era uma residência propriamente dita, ou um local de trabalho, ou mesmo um imóvel abandonado. Não há maiores informações sobre as atividades ilícitas realizadas a partir daquela casa e acerca da organização criminosa que nela operava. Há quanto tempo o paciente estava em frente ao imóvel? Ele esteve ali em outros dias? Ele foi visto entrando naquela casa em outras oportunidades? Outras pessoas entravam no imóvel?

Todas essas perguntas poderiam ter sido respondidas por uma investigação bem realizada, a partir de atividades de inteligência que possibilitariam verdadeiramente desbaratar a organização criminosa responsável pela mercância na região.

A instrução processual tampouco foi capaz de reunir elementos adicionais às declarações dos policiais, cujo conteúdo é tão superficial quanto a investigação que levaram a efeito. A escassez de elementos probatórios é evidenciada pela fundamentação da sentença (eDOC 4 - p. 2-4):

(...) Agora, concluída a instrução sem a ocorrência de quaisquer nulidades a sanar, a conclusão a que se chega é que a presente ação deve ser julgada procedente. Afinal, a materialidade delitiva está comprovada pelo auto de fls. 28 e pelos laudos de fls. 31-34 e 178-181. **A autoria, por sua vez, foi demonstrada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1 e seguintes. Corroborando as imputações estão, ademais, as declarações das testemunhas Itamar e Alexandre as quais foram sinceras em esclarecer que, realmente, visando apurar informação segundo a qual a casa situada no local era usada para o tráfico, elas para lá se dirigiram, viram o réu sentado na frente do imóvel, em atitudes suspeitas, sozinho, o abordaram, solicitaram sua autorização para entrar na casa, com adentraram na residência e lá apreenderam uma balança de precisão e as drogas objetos da presente ação. Os depoimentos dessas testemunhas foram firmes e convincentes. Inexiste nos autos qualquer elemento a justificar a conclusão de que elas tinham motivos para mentir.** Ademais, é certo também que as declarações dessas testemunhas foram ainda corroboradas pela inequívoca prova da materialidade, sendo inconcebível imaginar que elas sairiam por aí, possuindo ilegalmente drogas, para imputar a um pobre coitado o crime de tráfico. **Aliás, se essas testemunhas fossem mesmo desonestas a esse ponto, elas certamente dariam uma destinação diversa à droga (que financeiramente é valiosa) apreendida do que a de simplesmente entregá-la na Delegacia atribuindo sua posse a um inocente.** É de rigor, assim, que as declarações dessas testemunhas sejam aceitas como verdadeiras e que o réu seja condenado com base nelas.

(...)

A prova dos fatos narrados na denúncia, como se pode

notar, é material, flagrancial, testemunhal, firme e inequívoca. **Além disso, não foi produzido qualquer elemento de convencimento que pudesse infirmar tal prova.** Ao contrário, a testemunha de defesa, também acusada de tráfico nas imediações (em outro processo), afirmou não ter visto a abordagem de Edson e estar de costas quando dos fatos, além de não conhecer o réu. Além disso, **apesar de afirmar que estaria no local para visitar parentes, o réu não provou que seus parentes moravam nas imediações e não conseguiu justificar porque estaria parado, sentado na porta da casa aberta onde foram encontradas as drogas.** Impõe-se, portanto, o acolhimento do pedido formulado na denúncia valendo salientar que a conduta praticada deve mesmo ser tipificada como tráfico. Primeiro porque a atuação do réu no tráfico é frequente, tendo ele sido condenado outras duas vezes por esse crime. Além disso, o réu estava sozinho num ponto de tráfico, parado, adotando postura que não era a de usuário (que compra entorpecentes e se evade da biqueira) e sim de traficante (que permanece no ponto de venda esperando clientes). Ademais, com o réu não foi encontrada apenas uma espécie de droga (como normalmente portaria um mero usuário), tendo sido apreendidas espécies diversas de entorpecentes (como normalmente teria um traficante, para atender clientes de gostos diversos). Por derradeiro, o réu não produziu qualquer prova efetiva que pudesse descaracterizar a mercancia. O réu deve ser, portanto, condenado pelo tráfico de entorpecentes.

Como se vê, o réu foi condenado apenas com base nos depoimentos dos policiais civis - nada esclarecedores quanto ao domínio do imóvel e à vinculação do réu às drogas -, em ilações sobre a honestidade dos agentes públicos e em escancarada inversão do ônus da prova.

Todas as perguntas não respondidas pela investigação e pelo Ministério Público foram imputadas ao réu, em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, do qual decorre diretamente o ônus exclusivo da acusação de comprovar, acima de qualquer dúvida razoável, a materialidade e a autoria do crime descrito na denúncia.

Desse modo, em face da não comprovação da autoria do delito pelo Ministério Público, a absolvição do acusado é medida que se impõe, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por fim, **a terceira ilegalidade manifesta refere-se à condução da**

instrução processual pela magistrada. A despeito do que prevê o parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal, a juíza foi a protagonista da audiência, formulando as perguntas às testemunhas antes das partes (links para os vídeos no eDOC 1 - p. 10).

Embora o objeto público do Processo Penal, o lugar e a função do magistrado na condução dos procedimentos deve respeitar o desenho da estrutura constitucional, com a superação do modelo presidencialista..

Ainda que o art. 212 do CPP exclua o juiz da gestão da prova, persevera a mentalidade herdada das premissas autoritárias do Código de Processo Penal de 1941, com a atuação orientada ao modelo presidencialista expressamente revogado pela alteração do art. 212 do CPP, além de incompatível com a estrutura acusatória.

A atual redação não deixa dúvida acerca do papel do juiz no desenrolar da colheita da prova testemunhal, colocando-o no papel de complementar excepcional do ônus probatório atribuído às partes às partes, com a subsequente formulação direta das perguntas à testemunha.

Essa mudança decorre do ajustamento normativo do Processo Penal brasileiro à orientação acusatória e constitucional, porque, ao abandonar o modelo presidencialista de condução da colheita da prova testemunhal, o magistrado situa-se no lugar de garantidor da aquisição da prova oral.

Não ignoro que o juiz pode obter, na linha argumentativa inaugurada pela parte, sem inovação, os esclarecimentos necessários à compreensão da temática (OLIVEIRA, Francisco da Costa. **O Interrogatório de testemunhas**. Coimbra: Almedina, 2007).

Contudo, não foi isso que ocorreu na espécie, tendo em vista que a a magistrada iniciou a sequência de questionamentos, preterindo a iniciativa das partes. Além disso, a quantidade de perguntas formuladas pela magistrada em comparação com as realizadas pelas partes demonstra a clara inobservância da regra do art. 212 do Código de Processo Penal.

Esse é o entendimento desta Turma, conforme precedente formado no HC 202557, da relatoria do Eminentíssimo Min. Edson Fachin, ementado nos seguintes termos:

*“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE FIGURA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE VERIFICADA NO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO DO JUIZ E ORDEM DE*

INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DE NORMA COGENTE E DE APLICABILIDADE IMEDIATA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATUAÇÃO ATIVA E DE PROTAGONISMO DESEMPENHADA PELO JUÍZO *A QUO* NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. COMPROMETIMENTO AO *ACTUM TRIUM PERSONARUM*. UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS EM DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. RÉU CUSTODIADO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA ORA REPUTADA NULA. RESTITUIÇÃO AO *STATUS LIBERTATIS* QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A NULIDADE DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DETERMINAR A IMEDIATA SOLTURA DO PACIENTE .

1. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório.

2. A separação entre as atividades de acusar e julgar não autoriza que o juiz, em substituição ao órgão de acusação, assumo papel ativo na produção probatória, sob pena de quebra da necessária imparcialidade do Poder Judiciário.

3. O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais.

4. No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-lhe intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida -

nessa última hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”).

5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e portanto o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado.

6. A demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece *quo ante* a estratégia defensiva.

7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado.

8. O Juízo *a quo* ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o *actum trium personarum*, já que a “separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional” é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014 ).

9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência, restituir a liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada”.

Afasto, por fim, a alegação de ausência de prejuízo, porque se trata de inobservância expressa de regra inserida pelo legislador, maculando instrução processual que resultou na condenação do paciente. E no processo criminal, inexistente prejuízo maior que a condenação.

Dessa forma, a conduta implica violação do Devido Processo Legal, com grave desconsideração da atividade probatória atribuída às partes e

assunção de plenos poderes quanto à colheita de depoimentos, descolando-se do modelo democrático.

Por todos esses motivos, o conjunto de ilegalidades manifestas praticados no processo criminal em tela ensejam a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, para determinar a imediata soltura do paciente e sua absolvição.

**Ante o exposto**, acompanho o eminente Ministro Relator e, nos termos do art. 192 do Regimento Interno, concedo a ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade da busca domiciliar e das provas dela decorrentes, absolver o paciente quanto ao delito do art. 33 da Lei 11.343/2006 na ação penal 1533309-30.2023.8.26.0228, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e determinar, consequentemente, sua imediata soltura, se não estiver preso por outro motivo.

É como voto.