



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.508.167 - SP (2014/0340984-0)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE : **PAULO HENRIQUE DE TOLEDO GONZAGA**
ADVOGADO : **RODRIGO CORRÊA GODOY E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ADVOGADOS : **FLAVIA MARIA TREVILIN AMARAL NUNES**
JULIANA BOARETTO GALVANI

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. JUIZ INSTRUTOR QUE DEIXA DE PROLATAR A SENTENÇA POR TER SE MANIFESTADO ANTERIORMENTE ACERCA DO MÉRITO. VIOLAÇÃO DO ART. 399, § 2º, DO CPP. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 132 DO CPC. OFENSA CARACTERIZADA.

1. Há violação do princípio da identidade física do juiz, consagrado no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, na hipótese de prolação da sentença por magistrado diverso do que presidiu a instrução do feito em razão exclusivamente de sua anterior manifestação nos autos acerca do mérito, ao converter o julgamento em diligência nos termos do art. 384, *caput*, do CPP em vigor à época.

2. Recurso especial provido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.508.167 - SP (2014/0340984-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : PAULO HENRIQUE DE TOLEDO GONZAGA
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FLAVIA MARIA TREVILIN AMARAL NUNES
JULIANA BOARETTO GALVANI

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de recurso especial, interposto por PAULO HENRIQUE DE TOLEDO GONZAGA com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação interposta em face de sentença que condenou o recorrente às penas de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em inicial regime fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso, como incurso no artigo 157, § 3º, do Código Penal.

A ementa do aresto foi assim redigida:

Apelação criminal. Latrocínio. Preliminarmente pretendem a anulação da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do Juiz, bem como que o pedido de instauração de exame de dependência toxicológica não teria sido analisado e, por fim, o nome das testemunhas teriam sido preservados e não foram expressamente mencionados na denúncia. No mérito pretende a desclassificação para furto, ou para crime de competência do Tribunal do Júri, ou, subsidiariamente, redução da pena para afastar a agravante da tortura. No mérito pleiteiam pela absolvição ao argumento de insuficiência probatória. Configurado o dolo do crime. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação. Recurso improvido.

Na sequência foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial (fls. 1648/1669), sustenta o recorrente violação dos artigos 399, § 2º, do Código de Processo Penal e 132 do Código de Processo Civil.

Aduz que, embora a instrução tenha sido presidida pelo Juiz Titular, a sentença foi prolatada pelo Juiz Auxiliar da Comarca mesmo não estando aquele de férias ou afastado na época, nem presentes nenhuma das hipóteses previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, a evidenciar a ocorrência de ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

Acrescenta que, se acolhido o raciocínio exposto pelo magistrado, de que a sentença deveria ser proferida por juiz diverso eis que já havia se manifestado acerca do mérito ao prever a possibilidade de nova definição jurídica do fato, a prevenção para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento da apelação também teria que ser desconstituída.

Nesse sentido, enfatiza que, "se o fato do juiz natural da causa ter proferido uma decisão não definitiva (artigo 384 vigente à época) é motivo para abrir uma exceção não prevista nos artigos do Código de Processo Penal e Código de Processo Civil", não poderia o recurso ser apreciado pela Câmara que havia julgado o recurso em sentido estrito, "porque este órgão Julgador anulou aquela decisão e também externou o seu convencimento acerca dos fatos expostos na decisão monocrática."

No ponto, assevera ainda que, "admitido o impedimento do magistrado para proferir a sentença, com maior razão ainda o Eminent Relator e os demais Desembargadores que participaram do julgamento do recurso deveriam ser dados como impedidos."

Indica, a esse respeito, a ocorrência de prejuízo decorrente da condenação do recorrente, ressaltando que "o magistrado que declinou da tarefa de sentenciar assim o fez por já ter proferido decisão que acolhia uma das teses da defesa."

Requer, assim, a anulação da sentença, a fim de que o feito seja sentenciado pelo magistrado titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP.

Por outro lado, aponta violação do artigo 381, III, do Código de Processo Penal, ao fundamento de que "o douto magistrado sentenciante simplesmente ignorou o pedido de conversão do julgamento em diligência" para instauração de exame de dependência toxicológica.

Afirma, por fim, que foram malferidos os artigos 41 e 187, § 2º, V, do Código de Processo Penal ao se omitir os nomes das testemunhas arroladas na denúncia, requerendo seja novamente interrogado a fim de que possa ser questionado se conhece tais pessoas.

Alternativamente, caso esta Corte Superior entenda que as questões levantadas não foram suficientemente debatidas na origem, pleiteia o provimento do recurso por ofensa ao artigo 619 do Código de Processo Penal.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do apelo especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.508.167 - SP (2014/0340984-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. JUIZ INSTRUTOR QUE DEIXA DE PROLATAR A SENTENÇA POR TER SE MANIFESTADO ANTERIORMENTE ACERCA DO MÉRITO. VIOLAÇÃO DO ART. 399, § 2º, DO CPP. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 132 DO CPC. OFENSA CARACTERIZADA.

1. Há violação do princípio da identidade física do juiz, consagrado no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, na hipótese de prolação da sentença por magistrado diverso do que presidiu a instrução do feito em razão exclusivamente de sua anterior manifestação nos autos acerca do mérito, ao converter o julgamento em diligência nos termos do art. 384, *caput*, do CPP em vigor à época.

2. Recurso especial provido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Inicialmente, cumpre consignar que o presente recurso especial foi distribuído por prevenção ao Resp 1.253.558/SP, ao qual neguei seguimento, mantendo o acórdão que deu provimento a recurso em sentido estrito manejado pelo *Parquet* para anular decisão do Juiz Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP que concluíra pela ocorrência, em tese, de homicídio qualificado seguido do furto dos pertences da vítima, sendo afastada pelo Tribunal *a quo* a competência do Júri.

Segundo se extrai dos autos, com o retorno do feito à primeira instância, foi proferida sentença pelo Juiz Auxiliar da mencionada Vara (não obstante a instrução ter sido presidida pelo Juiz Titular), que condenou o recorrente às penas de 23 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 11 dias-multa, como incurso no artigo 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal.

Irresignada, aduziu a defesa a ocorrência de violação ao princípio do juiz natural, alegação que foi rechaçada pela Corte local ao fundamento de que, tendo em vista a anterior anulação de decisão proferida pelo Juiz Titular acerca do mérito, em respeito ao princípio da imparcialidade do julgador seria correta a prolação da sentença por outro magistrado, salientando ainda a inexistência de prejuízo concreto na espécie:

Sustenta o acusado a ocorrência de nulidade da sentença por ofensa ao disposto no parágrafo 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, violando assim o princípio do Juiz Natural.

A despeito da mencionada alegação cumpre ressaltar que tal princípio não é absoluto, afinal, por questões diversas, nem sempre o Juiz que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedeu a colheita da prova, no todo ou em parte, estará em condições de proferir a sentença final. A referida norma busca o ideal, mas não implica no reconhecimento de nulidade, caso não cumprida, muito menos de natureza absoluta.

O princípio comporta certa flexibilidade, sendo perfeitamente admissível que outro Juiz que não presidiu a instrução venha a proferir decisão final.

Aliás, o Juiz titular a que os recorrentes atribuem a competência para proferir a sentença já tinha manifestado o seu posicionamento em decisão que posteriormente foi anulada (fls.).

O ilustre Magistrado, Dr. Rodrigo Pares Andreucci, após a sentença de fls. 1308 na qual manifestou sua convicção que se tratava de homicídio, face ao acórdão que anulou a decisão a fls. 1081 e 1998, em franca manifestação a fls. 1308, justificou a remessa dos autos ao ilustre sentenciante, posto que anteriormente adiantara matéria de mérito, que foi afastada por esta E. Câmara.

Correta o afastamento do ilustre Magistrado.

Desse modo, houve um conflito entre o respeito ao princípio da identidade física do juiz e o respeito a imparcialidade do julgador.

O princípio da identidade física do juiz não se presta a paralisar por completo a regular tramitação do processo, sob pena de gerar uma afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

Ademais, os apelantes não demonstraram eventual prejuízo decorrente do fato de a sentença ser proferida por outro Magistrado que, na ocasião oportuna, embora não tenha presidido as audiências de instrução, conseguiu formar, com segurança, seu convencimento pelo quanto consignado nos autos. E se isso não demonstrou, o ato conserva sua validade.

Não obstante o disposto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, excepcionalmente, em casos legalmente previstos, é admitido que outro Juiz o faça, sem que isto caracterize qualquer nulidade do feito, aplicando-se na espécie, subsidiariamente, a regra do art. 132, do Código de Processo Civil, vez que não havia motivos para se aguardar o retorno do Juiz Titular.

(...)

Além disso, não se verifica qualquer nulidade nos autos a ser declarada.

O princípio da nulidade exige prejuízo que não pode ser abstrato, mas deve ser demonstrado no caso concreto, face ao princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no artigo 563, do Código de Processo Penal.

Consoante relatado, nas razões do recurso especial alega o recorrente violação ao princípio da identidade física do juiz (artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal) ao argumento de que, apesar de toda a instrução ter sido presidida pelo Juiz titular da respectiva Vara, a sentença foi prolatada pelo Magistrado auxiliar da Comarca, sem que presente nenhuma das hipóteses previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil.

Além disso, aponta a ocorrência de prejuízo decorrente da sua condenação, ressaltando que "o magistrado que declinou da tarefa de sentenciar assim o fez por já ter proferido decisão que acolhia uma das teses da defesa."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De saída, é necessário esclarecer que a regra inserta no § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal não é imune a temperamentos. Não me parece ser esse o espírito da norma.

Como truísmo, em nossa ordem constitucional, tem-se que inexistem direitos absolutos. Devem eles conviver, acomodando-se uns aos outros, respeitando os lindes respectivos. O Supremo Tribunal Federal, invocando as lições doutrinárias de Sérgio Cavalieri Filho e Gilmar Ferreira Mendes, acerca da teoria dos limites imanentes, assentou: *os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do 'princípio da convivência das liberdades', pelo quê não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações. (...)'. Daí a procedente observação feita pelo eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, em trabalho concernente à colisão de direitos fundamentais (liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e direito à honra e à imagem, de outro), em que expendeu, com absoluta propriedade, o seguinte magistério ("Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional", p. 89/96, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor): "No processo de 'ponderação' desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (...). Como demonstrado, a Constituição brasileira. (RE 126861, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1/12/2010, Informativo/STF 614).*

Daí, entendo que as vicissitudes da vida nos levam a, não raro, empreender a espinhosa tarefa da ponderação.

A identidade física do juiz é tema umbilicalmente ligado à concentração dos atos processuais. Portanto, obrigatoriedade de o magistrado que presidiu a instrução sentenciar deriva da existência de uma audiência una. Ocorre que muitas vezes, por uma série de fatores que, faticamente, minam o arcabouço lógico do sistema, o feito dura mais tempo do que o previsto, sendo necessária a realização de diversas audiências. Daí é fundamental que se estabeleçam mecanismos para adaptar-se a liturgia processual.

Confira-se, a propósito, o que afirma a melhor doutrina:

Sem dúvida, a incidência de tal princípio é benéfica, possibilitando uma melhor avaliação da prova pelo magistrado perante o qual ela foi produzida. A inovação pecou por ser extremamente genérica (...). Ao que parece, o legislador acreditou que todos os processos se resolveriam em uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

audiência una. Assim, um mesmo juiz presidirá toda a instrução e, por óbvio, deverá proferir a sentença. Todavia, a prática demonstrará que, em muitos casos, a audiência terá que ser cindida (por exemplo, pelo não comparecimento de uma testemunha).

Há casos, porém que, por motivos vários, isso não ocorre. (...)

No entanto, mesmo sendo adotada a identidade física do juiz, fatalmente haverá situações concretas que acabarão fazendo com que se tenham que excepcionar tal regra. A identidade física do juiz, mormente quando se exige que toda a instrução se desenvolva perante um mesmo juiz, não é uma regra absoluta: *impossibilia nemo tenetur!* Ante a ausência de previsão legal de qualquer hipótese de relativização da regra da identidade física do juiz penal, podem ser aplicadas, por analogia - pois nesse ponto, sim, há lacuna - as exceções previstas no processo civil. (...). Seria praticamente impossível adotar a regra da identidade física do juiz em caráter absoluto e inquebrantável. É necessário que haja previsão legal de situações excepcionais em que, mesmo tendo toda a instrução sido presidida por um juiz, se, no momento de sentenciar o feito, outro magistrado estiver respondendo pelo processo, será este o juiz que deverá julgá-lo. (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2014, p. 443-444).

Acerca da evolução do princípio da identidade física do juiz, não é possível esquecer os entraves que existiam, em razão de suas antigas pautas normativas, do que nos dá notícia PAULO RANGEL:

O professor Tourinho Filho nos conta uma história, via email, interessante:

Hely Lopes Meireles, o grande administrativista brasileiro, foi Juiz de Direito de 1947 a 1965, aposentado como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foi juiz na Comarca de São Carlos quando iniciou a instrução de uma ação possessória e foi removido. Anos mais tarde foi promovido ao TACRIM-SP e depois ao TJ-SP. Aposentou-se em 1965 e foi ser Secretário de Estado de São Paulo. Pois bem. Chamaram-no para dar sentença na ação possessória a qual ele se vinculado por tê-la iniciado, mais não concluído e que, finalmente, chegou ao fim. (*Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 531).

Em disciplina mais avançada, o artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 tinha, inicialmente, a seguinte redação:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, **salvo se for transferido, promovido ou aposentado**; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas (destaquei).

Em 1993, contudo, sobreveio reforma, da qual se originou a nova roupagem do dispositivo, *litteris*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, **salvo se estiver** convocado, licenciado, **afastado por qualquer motivo**, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (cf. Lei nº 8.637, de 31.3.1993, destaquei)

Com tal suporte, a jurisprudência criminal desta Corte, à luz das reformas processuais penais de 2008, entendeu que seria imperioso servir-se, sim, do quanto disciplinado pelo artigo 132 do Código de Processo Civil, para operacionalizar a identidade física do juiz, *verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO FORMAL. 1. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR MAGISTRADO DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUIZ DESIGNADO PARA ATUAR EM OUTRO JUÍZO. 2. REGIME INICIAL FECHADO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. IMPOSIÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA NA MECÂNICA DELITIVA E NA MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. 3. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei n.º 11.719/2008 se limitou a consignar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Embora a acolhida pelo sistema processual penal de tal princípio tenha sido medida acertada, pois a coleta pessoal da prova é de grande significado para a formação do convencimento judicial, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o art. 132 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal, na forma do permissivo previsto em seu art. 3º, justamente para o fim de dar implemento à celeridade processual trazida para os novos ritos processuais penais.

2. No caso, a Juíza que presidiu a instrução penal foi designada para atuar em outro juízo. Dessa forma, está amplamente justificado o fato de Magistrado diverso daquele que presidiu a instrução criminal ter prolatado a decisão condenatória, nos moldes das excepcionalidades previstas no art. 132 do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal.

(...)

5. Habeas corpus denegado.

(HC 141.366/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 17/04/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 404, PARÁGRAFO ÚNICO, 564, IV E 789, § 5º, A, DO CPP E ARTS. 2º, 5º E 9º, DA LEI N. 1.060/50. PREQUESTIONAMENTO. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VERIFICAÇÃO. SÚMULA 211/STJ. INSUFICIÊNCIA DA PROVA DE AUTORIA E EXCLUDENTE DE ILICITUDE. DIFICULDADES FINANCEIRAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

I- A regra disciplinada pelo § 2º, do art. 399, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.719/08, deve ser interpretada em conjunto com a do art. 132, do Código de Processo Civil, não havendo nulidade na prolação de sentença por juiz em substituição, durante as férias do magistrado que presidiu a instrução processual.

II- Não foi apreciada nas instâncias ordinárias a suposta violação aos arts. 404, parágrafo único, 564, inciso IV e 789, § 5º, alínea "a", todos do Código de Processo Penal e arts. 2º, 5º e 9º, esses da Lei n. 1.060/50. Matéria não prequestionada, atraindo a incidência da Súm. 211/STJ.

III- O acolhimento da pretensão recursal - declaração de nulidade do julgado por errônea valoração das provas e consequente violação ao art. 155, do Código de Processo Penal, bem como a alegação de que os réus teriam agido sob o estado de necessidade - demandaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial. Súm. 07/STJ.

IV- Agravo improvido.

(AgRg no REsp 1353241/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 02/12/2013)

Outro não é o caminho trilhado pelo Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECORRENTES SENTENCIADOS POR MAGISTRADO DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCLUSÃO DOS AUTOS QUANDO O JUIZ TITULAR ENCONTRAVA-SE EM GOZO DE FÉRIAS. RECURSO IMPROVIDO.

I – O princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP) deve ser aplicado com temperamentos, de modo que a sentença só deverá ser anulada nos casos em que houver um prejuízo flagrante para o réu ou uma incompatibilidade entre aquilo que foi colhido na instrução e o que foi decidido. Precedentes.

II – Os autos foram conclusos para sentença quando o magistrado titular encontrava-se em gozo de férias, situação que se enquadra na expressão “afastado por qualquer motivo” disposta no art. 132 do Código de Processo Civil, que deve ser aplicado por analogia ao processo penal (art. 3º do CPP). III – Recurso ordinário improvido.

(RHC 116205, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

Embora o princípio da identidade física do juiz não seja uma regra absoluta, conforme acima explicitado, o caso em análise destoa em muito das hipóteses em que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite que o feito seja sentenciado por magistrado diverso do que presidiu a instrução.

No caso em exame, a não observância ao princípio da identidade física do juiz não se deu por necessidade de afastamento do Juiz Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, mas tendo em vista sua anterior manifestação acerca do mérito ao converter o julgamento em diligência, nos termos do artigo 384, *caput*, do CPP em vigor à época, por entender que "a hipótese que mais se encaixa aos fatos deslindados durante a instrução processual, em tese, é a do homicídio qualificado seguido do furto dos pertences da vítima" (fl. 1119).

Nesse sentido, em despacho de fl. 1504, esclareceu o Juiz instrutor do feito o motivo pelo qual deixou de proferir a sentença:

Este magistrado não estava em férias ou afastamento à época da prolação da sentença.

No entanto, manifestou sua convicção quando da prolação da decisão de fls. 967/968, anulada pelo acórdão de fl. 1080.

Por esse motivo o feito foi sentenciado pelo il. magistrado auxiliar desta Comarca.

Ocorre, porém, que a prévia manifestação do magistrado que presidiu a instrução acerca da classificação jurídica dos fatos não constitui causa de exceção ao princípio da identidade física do juiz, como tampouco de impedimento para que prolata a sentença, nem mesmo de suspeição, por não se enquadrar nas hipóteses taxativamente previstas nos artigos 252 e 254 do Diploma Processual Penal.

Nessa linha de raciocínio, *mutatis mutandis*, já decidiu esta Corte Superior de Justiça que o julgamento do recurso em sentido estrito não tem como consequência o impedimento ou a suspeição do órgão julgador para julgamento de recursos posteriores interpostos no mesmo feito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI DE TÓXICOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. IMPEDIMENTO.

I – Julgado o réu, condenado pela prática da infração do art. 16 da Lei 6.368/76 ao cumprimento de pena restritiva de direitos, tornou-se prejudicado o exame de recurso em sentido estrito, no qual se buscava a prisão preventiva do acusado com base no fato da denúncia ter classificado a conduta no art. 12 da mesma Lei.

II – O simples fato de ter julgado procedente o recurso em sentido estrito em favor da acusação, mesmo após a prolação de sentença condenatória, não permite que se declare o impedimento do órgão julgador para apreciar eventuais recursos a serem interpostos no mesmo processo. Hipótese que não se enquadra na enumeração taxativa estabelecida nos arts. 252 e 254 do CPP.

Writ concedido em parte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 15.705/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 506)

Em sendo assim, evidenciada a ocorrência de ofensa ao princípio do juiz natural em razão da prolação da sentença condenatória por magistrado diverso do que instruiu o feito, com base em fundamento que não encontra guarida no artigo 132 do Código de Processo Civil, deve ser anulada a sentença de fls. 1472/1487, de modo que outra seja proferida pelo Juiz Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, Dr. Rodrigo Pares Andreucci, ou, em caso de seu afastamento, seja observado o comando do artigo 132 do Código de Processo Civil, vedada a *reformatio in pejus* indireta.

A propósito do tema, cumpre trazer à baila julgados de ambas as Turmas integrantes da Seção de Direito Penal deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. JUIZ SENTENCIANTE DIVERSO DO RESPONSÁVEL PELA CONDUÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC. NULIDADE CONFIGURADA. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Com o advento da Lei n. 11.719/2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá sentenciar o feito, ou seja, o juiz que colher a prova fica vinculado ao julgamento da causa.

2. Esta Corte Superior de Justiça tem se orientado no sentido de que deve ser admitida a mitigação do princípio da identidade física do juiz nos casos de convocação, licença, promoção, aposentadoria ou afastamento por qualquer motivo que impeça o juiz que presidiu a instrução de sentenciar o feito, por aplicação analógica da regra contida no art. 132 do Código de Processo Civil.

3. Verificado que foi prolatada sentença penal condenatória por juiz diverso do que presidiu toda a instrução e que não está configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, impõe-se a concessão da ordem para que seja anulada a sentença, determinando que outra seja proferida, dessa vez pelo Juiz titular da Vara ou por seu sucessor, conforme o caso.

4. Consoante entendimento da Sexta Turma deste Sodalício, a vedação genérica à concessão de liberdade provisória contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 não impede, por si só, o deferimento do almejado benefício, caso ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Esta colenda Turma tem se posicionado no sentido de que, ainda que se trate de delito de tráfico, a Lei n. 11.464/2007, ao suprimir do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, que prevê apenas a inafiançabilidade de tais infrações, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.

6. Verificado que foi negada a liberdade provisória ao paciente apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com fundamento na vedação genérica do art. 44 da Lei de Drogas, na gravidade abstrata do delito, nas suas conseqüências sociais e em alusões genéricas acerca da imprescindibilidade de manutenção de custódia cautelar, de rigor a concessão do almejado benefício.

7. Ordem concedida para anular o Processo n. 130/10, da 7ª Vara Criminal de São Paulo, desde a sentença, determinando que outra seja proferida pelo Juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento, ressalvada a ocorrência das hipóteses do art. 132 do Código de Processo Civil e com observância da vedação à reformatio in pejus indireta, bem como para conceder a liberdade provisória ao paciente, sem prejuízo da aplicação das medidas introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 ou da decretação da prisão preventiva, se sobrevierem fatos novos que justifiquem a adoção dessas medidas.

(HC 185.859/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/10/2011)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZA DIVERSA DA QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO DO FEITO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES AO PRIMADO PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC. NULIDADE DO ÉDITO REPRESSIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o princípio da identidade física do juiz, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, nos termos do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal.

2. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido princípio, nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, por analogia - permitida pelo artigo 3º da Lei Adjetiva Penal -, deverá ser aplicado subsidiariamente o contido no artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que os autos passarão ao sucessor do magistrado. Doutrina. Precedente.

3. No caso em apreço, não obstante já estivesse em vigor o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719/2008, o édito repressivo foi exarado por magistrada diversa da que presidiu a instrução criminal, sem que estivesse configurada quaisquer das exceções previstas na legislação processual civil, circunstância que macula o ato.

4. Ordem concedida para anular a sentença condenatória proferida contra o paciente, devendo outra ser prolatada nos moldes do disposto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal ou, não sendo possível, para que sejam observadas as exceções ao princípio da identidade física do juiz preconizadas no artigo 132 do Código de Processo Civil.

(HC 208.363/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

Por fim, cumpre consignar que, reconhecida a nulidade da sentença, por ofensa aos artigos 399, § 2º, do Código de Processo Penal e 132 do Código de Processo Civil, resta prejudicado o exame das demais alegações do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial** para, reconhecida a violação do princípio do juiz natural, anular a sentença de fls. 1472/1487, determinando que outra seja proferida em atenção aos comandos dos artigos 399, § 2º, do Código de Processo Penal e 132 do Código de Processo Civil, observada a vedação à *reformatio in pejus* indireta.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0340984-0

REsp 1.508.167 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20602004 900000972200418260451

PAUTA: 23/06/2015

JULGADO: 23/06/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: PAULO HENRIQUE DE TOLEDO GONZAGA
ADVOGADO	: RODRIGO CORRÊA GODOY E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: MARCOS VINÍCIUS GALDINO
ADVOGADOS	: FLAVIA MARIA TREVILIN AMARAL NUNES JULIANA BOARETTO GALVANI
CORRÉU	: FABIANO FRANCO ROMANO
CORRÉU	: FERNANDO RODRIGUES LEMES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.