



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.834 - DF (2011/0018943-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : IVANILDO DOS SANTOS GOMES (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PEDIDO LIBERATÓRIO. PACIENTE POSTO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. (3) PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA PELO MAGISTRADO TITULAR. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR FÉRIAS, PELO SUBSTITUTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Diante da necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, é inviável a sua utilização como sucedâneo de recurso ordinário.
2. Havendo a soltura do paciente, tem-se a prejudicialidade do pleito liberatório.
3. O princípio da identidade física do juiz coaduna-se com a ideia de concentração de atos processuais. Todavia, as diversas intercorrências que sobrevêm no curso do procedimento, por vezes, fazem com que o deslinde da ação penal não se efetue na audiência una. Desta forma, a fim de resguardar o sistema, é imperiosa aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil, que autoriza, nos casos de afastamento (de que exemplo as férias - artigo 102, I, da Lei 8.112/1990), que o magistrado substituto sentencie a ação penal, a despeito de não ter presidido a instrução.
4. Ordem em parte prejudicada e, no mais, não conhecida.

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, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de março de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.834 - DF (2011/0018943-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : IVANILDO DOS SANTOS GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado pela Assistência Judiciária FAJ/OAB-DF, em favor de IVANILDO GOMES DOS SANTOS, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, que, conhecendo apenas em parte da prévia ordem, denegou-a - HC 20100020201707.

Após a sentença condenatória, foi impetrado *habeas corpus*, aduzindo que teria havido nulidades no correr do feito.

A ordem foi conhecida em parte, e, em tal extensão, denegada.

Colhe-se do aresto guerreado:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **IVANILDO DOS SANTOS GOMES**, apontando-se como coatora a ilustre autoridade judiciária da 2ª VECP, e a existência de ilegalidades na tramitação da ação penal 2010.01.1.127510-7, onde este foi condenado como incurso no art. 33 *caput* da LAD.

Acrescentou a d. Defesa Técnica (FAJ/OABDF), em resumo, ser inviável permitir magistrado que não presidiu a colheita das provas sentenciar o feito; além do mais há clara contradição na sentença com as provas colhidas, sendo ela desfundamentada, tendo o paciente o direito a liberdade provisória. Assinalou ainda excesso de prazo.

Liminar indeferida pelo anterior relator (fls. 67-70).

Dispensadas informações.

A d. Procuradoria de Justiça ofertou parecer pela denegação da ordem (fls. 80-83).

Autos redistribuídos haja vista férias do anterior relator.

É o relatório do necessário.

(...)

Admito parcialmente a impetração, pois, em relação a tese de contradição entre sentença e as provas colhidas, com a devida vênia, absolutamente inviável sua apreciação em sede de *habeas corpus*, eis que se trata de tema referente a *error in judicando*, portanto, questão a ser solucionada no ventre da apelação já manejada, conforme informações do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sistema informatizado.

No que pertinente a tese do “princípio da identidade física” da autoridade judiciária de primeiro grau, ela não é de natureza absoluta, mas relativa, e conforme a situação fática – férias, remoção, afastamento daquele que presidiu a colheita da prova, pode sim o magistrado que o substituiu sentenciar o feito.

O colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pontificou:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ADITAMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. QUALIFICADORA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. TESES REJEITADAS. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. APLICAÇÃO DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXAME DOS ELEMENTOS DE FATO. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que “não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no art. 41 do CPP, descrevendo perfeitamente os fatos típicos imputados, crimes em tese, com todas as suas circunstâncias, atribuindo-os ao paciente, terminando por classificá-los, ao indicar os ilícitos supostamente infringidos” (HC 124.794/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/12/2009).

2. A omissão nas alegações finais do Ministério Público sobre determinada qualificadora não poderia impedir o magistrado de analisar o conteúdo do aditamento da denúncia. Se assim fosse, estaria o magistrado se omitindo sobre um ponto que foi, inclusive, objeto de ampla defesa e contraditório. Precedente.

3. “Em razão da ausência de regras específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no art. 132 do CPC, segundo o qual no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do Magistrado.” (HC 163.425/RO, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 06/09/2010).

4. A pretensão de que seja reconhecido o homicídio privilegiado ou seja o acusado absolvido demanda o exame dos elementos de fato constantes dos autos, medida inadequada nesta via. Tais questões devem ser analisadas e decididas pelo Tribunal do Júri, juízo natural.

5. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

6- Ordem conhecida e denegada.” (HABEAS CORPUS Nº 157.570 - DF RELATOR:MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) Brasília, 26 de outubro de 2010 - Data do Julgamento). Negritei e grifei.

“PENAL. LATROCÍNIO. EXTORSÃO. DANO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOBSERVÂNCIA. INTERROGATÓRIO. ORDEM DAS PERGUNTAS. INVERSÃO. NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não se declara nenhuma nulidade sem demonstração do prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do Cód. de Pr. Penal).

2. Se o Juiz da instrução criminal é designado para exercício em outra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vara ou Circunscrição Judiciária antes da conclusão dos autos para sentença, perfeitamente legal a prolação da decisão por juiz que lhe suceder no ofício. Precedentes da Corte Especial.

3. A formulação, pelo juiz, de perguntas à testemunha, antes que as partes o façam, pode configurar nulidade relativa, cuja declaração depende da comprovação de prejuízo. Precedentes.

4. Se, conforme notícia a impetração, as partes formularam diretamente as perguntas, ainda que depois daquelas feitas pelo juiz, não há nulidade a ser reconhecida.

5. Ordem denegada.” (HABEAS CORPUS Nº 163.806 - DF RELATOR: MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) 21 de setembro de 2010 - Data do Julgamento).

Além do mais, esclareceu o eminente Relator, *verbis*:

“Com efeito, em consulta ao sistema informatizado deste Tribunal, verificou-se que MM. Juiz de Direito Paulo Rogério Santos Giordano, que presidiu as audiências, está em gozo de férias no período de 18/11/2010^a 17/12/2010, consoante Port. VP N. 23 de 22/04/2010.

Assim, tendo em vista que os autos foram conclusos para sentença em 26/11/2010, ou seja, no período em que o referido magistrado já estava afastado em virtude de férias, revela-se correto o encaminhamento dos autos ao MM. Juiz de Direito Substituto, não havendo que se falar em violação do princípio da identidade física do juiz.” (fl. 68 e 69).

Portanto, nenhuma agressão ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ou mesmo da Lei Federal 8.112/90, eis que o afastamento por qualquer motivo do art. 132 do Código de Processo Civil não se encontra vinculado a tal legislação.

No pertinente ao pedido de liberdade provisória, pontificou o eminente Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI:

“(…) De início, observa-se, em princípio, que a sentença, quanto à negativa de apelo em liberdade, não veio desprovida de fundamentação. Entendeu que o paciente não possui o direito de apelar em liberdade, fazendo menção à condição de ter o paciente permanecido preso durante o processo, no fato de ter sido fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e nos requisitos da prisão preventiva...” (fl. 69).

Eis o que constou da r. sentença, na parte que interessa:

“O Réu IVANILDO DOS SANTOS GOMES deverá permanecer em segregação cautelar, uma vez que foi condenado a pena privativa de liberdade, devendo iniciar o seu cumprimento em regime fechado. Nesse contexto, vê-se que a soltura do Réu, agora, após a condenação, traria, concomitantemente, intranquilidade e insegurança à comunidade, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como potencializaria a falsa noção de impunidade e até serviria de incentivo para que ele tornasse a se envolver no mundo do crime.

A manutenção da prisão cautelar, portanto, é medida que se impõe, por garantia da ordem pública e para que não se frustrasse um dos objetivos da sanção penal, pois ainda presentes os motivos que ensejaram a custódia provisória. Agora, uma vez confirmados os indícios que o incriminaram, o Réu, com maior razão, deverá permanecer segregado. Assim, por garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, indefiro-lhe o direito de apelar em liberdade e recomendo o condenado na prisão em que se encontra.”(fls. 62 e 63).

Com efeito, apreendeu-se mais de um quilo de cocaína, portanto, a quantidade e natureza da droga justifica-se sim o encarceramento em nome da garantia da ordem pública, conforme dogmática do art. 312, do Código de Processo Penal.

Não há o que se falar em excesso de prazo se o feito foi sentenciado.

ISTO POSTO, admito parcialmente a ordem, e nesta parte a denego. (fls. 31-34).

Comparece, então, perante esta Corte, aduzindo que a ação penal se ressentiria de nulidade, porquanto teria ocorrido violação do princípio da identidade física do juiz - em razão do malferimento do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 11.719/2009. Conquanto presidida toda a colheita da prova pelo juiz titular da vara, a sentença veio a ser prolatada por magistrado substituto, devido ao gozo de férias do primeiro.

Afirma que caso "se entenda que não há necessidade da identidade física do juiz, na verdade, estar-se-ia dizendo que sequer é preciso que ele presida a instrução processual. Bastaria que um servidor o fizesse e o magistrado leria todo o processo para, depois, sentenciar; sem nunca ter tido contato com as partes, com acusado, com as testemunhas, nada!" (fl. 5).

Para afastar a incidência do artigo 132 do Código de Processo Civil ao caso vertente, traz a colação precedente da lavra do saudoso Ministro Franciulli Neto e lição de Theotonio Negrão, de que não seria tal comando, que excepcionaria a incidência do cânone em foco, aplicável aos casos em que o magistrado gozasse de férias.

Prossegue, afirmando que o juiz sentenciante proferiu condenação completamente dissociada das provas dos autos.

Salienta que se o juiz deve tirar férias, que antes disso venha o substituto, para começar as audiências e proporcionar ao titular a possibilidade de sentenciar suas últimas instruções antes de se ausentar.

Afirma: "O que os autos mostram, na verdade, é um juiz substituto, ferindo o princípio do juiz natural, escolhendo a prova colhida que quer usar, sem maiores explicações, utilizando-se do depoimento de policiais confusos, que sequer souberam arrolar testemunhos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do flagrante (muito embora tenham dito que havia várias testemunhas - p. 178, Sargento RONALDO VILAS BOAS: 'que havia pessoas na rua no momento das abordagens; que não arrolaram testemunhas;') e que, por completa trapalhada, também não prestaram depoimento do flagrante do outro acusado, ROBÉRIO, o que acabou por acarretar na absolvição nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal" (fl. 14).

Aponta a ausência de fundamentação para a manutenção da segregação da cautelar aplicada em desfavor do paciente.

Pede a declaração da nulidade ou a soltura do paciente.

A presente ordem foi distribuída por prevenção ao HC 192.083, também impetrado em favor do paciente, voltando-se contra o indeferimento da liminar, no seio do *writ* contra cujo acórdão ora se volta.

As informações foram prestadas, fls. 98-148, 151-159, 172-218, 220-254.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 160-166, lavra do, hoje, Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot M. de Barros, opinando pela denegação da ordem.

Pela decisão de fls. 256-258, conheci em parte da ordem, contudo, para julgar prejudicado o *habeas corpus*, pois havendo apelação em curso, seria mais apropriado aguardar-se o equacionamento de todos os temas no seio do recurso próprio.

Foi, então, interposto agravo regimental, insistindo no conhecimento da ordem, ao menos em relação ao pedido de reconhecimento de nulidade pela suposta ocorrência de violação do princípio da identidade física do juiz, que não teriam sido conhecido em sede de apelação.

Revendo, pois, a minha posição inicial, trago a este nobre Colegiado o *writ*, para enfrentar apenas a suposta ocorrência de nulidade no curso do processo, dado que o paciente não mais se encontra encarcerado, aguardando em liberdade, apenas, o desfecho dos agravos contra as decisões que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.834 - DF (2011/0018943-6)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PEDIDO LIBERATÓRIO. PACIENTE POSTO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. (3) PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA PELO MAGISTRADO TITULAR. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR FÉRIAS, PELO SUBSTITUTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Diante da necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, é inviável a sua utilização como sucedâneo de recurso ordinário.
2. Havendo a soltura do paciente, tem-se a prejudicialidade do pleito liberatório.
3. O princípio da identidade física do juiz coaduna-se com a ideia de concentração de atos processuais. Todavia, as diversas intercorrências que sobrevêm no curso do procedimento, por vezes, fazem com que o deslinde da ação penal não se efetue na audiência una. Desta forma, a fim de resguardar o sistema, é imperiosa aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil, que autoriza, nos casos de afastamento (de que exemplo as férias - artigo 102, I, da Lei 8.112/1990), que o magistrado substituto sentencie a ação penal, a despeito de não ter presidido a instrução.
4. Ordem em parte prejudicada e, no mais, não conhecida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Este *habeas corpus*, como substitutivo de recurso ordinário, mostra-se na contramão da jurisprudência dos Tribunais Superiores, voltada para a racionalização do remédio heroico. Passa-se, então, à verificação de existência de patente ilegalidade.

Como já assentado monocraticamente, o objeto da impetração em parte já se esvaviu, tendo em conta que o paciente não mais está encarcerado. Daí, nesta quadra, cuidar-se-á apenas da indigitada violação do princípio da identidade física do juiz.

De saída, é necessário esclarecer que não prospera a alegação de que a regra inserta no § 2º do artigo 399 seria imune a temperamentos, não se mostrando apropriada a comparação feita, segundo a qual excepcionar-se o cânone equivaleria a autorizar que um servidor colhesse a prova. Ora, fosse assim, todas as provas colhidas por meio de carta precatória, a vingar o raciocínio, seriam imprestáveis. Não me parece ser esse o espírito da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 audiência una. Assim, um mesmo juiz presidirá toda a instrução e, por óbvio, deverá proferir a sentença. Todavia, a prática demonstrará que, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, em disciplina mais avançada, o artigo 132 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)

É a própria lei que estabelece que o gozo de férias implica afastamento - artigo 102, I, da Lei 8.112/1990. 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*:

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 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)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. HIPÓTESE QUE SE SUBSUME ÀS EXCEPCIONALIDADES DA LEI. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA APREENDIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Em respeito ao princípio da identidade física do juiz, consagrado no sistema processual penal pátrio, a sentença deverá, de regra, ser proferida pelo magistrado que participou da produção das provas durante o processo criminal, admitindo-se, excepcionalmente, que juiz diverso o faça quando aquele estiver impossibilitado de realizar o ato em razão das hipóteses de afastamento legal narradas.

3. No caso, demonstrado que a audiência de instrução foi realizada por magistrado que substituíu o titular que, à época do evento, se encontrava em uma das situações excepcionais enumeradas no art. 132 do Código de Processo Civil (férias), não se vislumbra, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, qualquer mácula ao cumprimento das regras e princípios processuais.

4. O réu não tem direito a uma pena mínima ou a determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa da atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

5. A aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/6, foi devidamente fundamentada pela quantidade de droga apreendida - 432g de cocaína -, inexistindo, no ponto, qualquer violação a dispositivo de lei federal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1282029/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 399, § 2º, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. MAGISTRADO NO GOZO DE FÉRIAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º, do CPP, deve ser mitigado pelo disposto no art. 132 do Código de Processo Civil.

II. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, "o princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º do Código de Processo Penal. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado" (STJ, HC 165.866/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 17/10/2012). Em igual sentido: STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no Ag 1.299.889/SC, Rel.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 26/10/2012).

III. Hipótese em que, quando da prolação da sentença, o Magistrado que presidiu a instrução criminal encontrava-se no gozo de férias, incidindo, na espécie, a Súmula 83/STJ.

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 214.163/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 10/05/2013)

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)

Em remate, inexistente patente ilegalidade a ser corrigida, não merecendo cognição o heterotópico remédio constitucional, dado que a sentença proferida durante o afastamento efetivado em razão de férias do magistrado que presidiu a instrução, pelo seu substituto, não revela constrangimento.

Ante o exposto, julgo o *habeas corpus* em parte prejudicado e, no mais, não conhecido.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 195.834 - DF (2011/0018943-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Sr. Presidente, gostaria de cumprimentar o defensor, Dr. Pedro Machado de Almeida Castro, pela exposição bem objetiva e também o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Com relação, inicialmente, à alegação de ofensa ao juiz natural, como bem exposto pela Ministra Relatora, a hipótese é prevista em lei. Enfim, o afastamento por aposentadoria, por licença ou por férias prevê, como consequência natural, a designação de juiz substituto, e isso não ofende o juiz natural.

A questão principal, no caso, tem a ver com a identidade física do juiz, também brilhantemente analisada no voto da eminente Ministra Relatora. É claro que, com a reforma de 2008, maximizou-se uma característica que se reclama no processo penal moderno, que é a oralidade. Mas a nossa tradição – e tive a oportunidade de dialogar sobre isso com o Dr. Pedro – é muito apegada à escrita, e a prova disso é que não raro, como aconteceu nesta hipótese, as audiências encerram-se sem a apresentação de debates orais e sentença. Converte-se o julgamento em apresentação de memoriais, e a sentença, muitas vezes, vem a ser proferida meses depois. Isso já é uma quebra da oralidade e, portanto, é um princípio que - digamos em uma linguagem mais simples - ainda não pegou. Em razão disso, até creio que é uma das razões pelas quais os tribunais têm temperado, como bem dito pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o rigor desta norma programática.

Há que se acrescentar também um detalhe que me parece importante: como estava o réu preso, não se poderia aguardar, não sei quantos dias ainda, após a conclusão dos autos para a sentença, que o juiz retornasse, e permanecesse o réu preso, esperando a definição do seu caso. Então, havia uma justificativa para que o juiz substituto proferisse a sentença.

Por último, uma questão que foi aventada pela impetração relativamente à vedação do uso da analogia. Sendo a norma de natureza processual - e, no caso, nem a encaro como norma mista, vejo-a como norma eminentemente processual -, é perfeitamente possível a sua integração, diante da lacuna do art. 399 do Código de Processo Penal, por norma similar, no caso, o Código de Processo Civil (art. 132), que prevê essa hipótese como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificadora da excepcionalidade de permitir-se a um juiz proferir sentença em que não tenha ele sido o juiz a conduzir a instrução.

Por esses motivos, acompanho o voto da eminente Sra. Ministra Relatora.

Julgo parcialmente prejudicado o pedido de *habeas corpus* e, no mais, dele não conheço.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0018943-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 195.834 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100020201707 20100111275107

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

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. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : IVANILDO DOS SANTOS GOMES (PRESO)
CORRÉU : ROBÉRIO BEZERRA DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, pela parte
PACIENTE: IVANILDO GOMES DOS SANTOS

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, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.