

TEMAS POLÊMICOS DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: DOS CRIMES AOS ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA

ORGANIZADORES:

DES. ROGÉRIO GESTA LEAL | PROFA. DRA. CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO | AUGUSTO CARLOS DE MENEZES BEBER |
CAROLINE MÜLLER BITENCOURT | CAROLINE RITT | CLÁUDIA DE BARROS GEHRES |
CYNTHIA JURUENA | DENISE FRIEDRICH | DIÓGENES V. H. RIBEIRO | EDUARDA
SIMONETTI PASE | IANAÍÉ SIMONELLI DA SILVA | IVAN LEOMAR BRUXEL | JANRIÊ RECK
| JAYME WEINGARTNER NETO | JONATHAN AUGUSTUS KELLERMANN KAERCHER |
KARINE SANTOS | LEONEL PIRES OHLWEILER | LUIZ EGON RICHTER | MAURO EVELY
VIEIRA DE BORBA | NEREU GIACOMOLLI | NEWTON BRASIL DE LEÃO | RAFAEL BRANDINI
| RAMÔNIA SCHMIDT | RICARDO HERMANY | ROGÉRIO GESTA LEAL

Organizadores

Desembargador Rogério Gesta Leal
Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt

**TEMAS POLÊMICOS DA JURISDIÇÃO
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO
GRANDE DO SUL: DOS CRIMES AOS
ILÍCITOS DE NATUREZA PÚBLICA
INCONDICIONADA**

1ª edição

Porto Alegre
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
2015

EXPEDIENTE

Organizadores

Desembargador Rogério Gesta Leal
Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Capa

Marcelo Oliveira Ames

Projeto Gráfico, Diagramação, Impressão e Acabamento

Departamento de Artes Gráficas do TJRS

ISBN 978-85-89676-16-8 (impresso)

ISBN 978-85-89676-15-1 (e-book)

Tiragem

3.000 exemplares

Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul : dos crimes aos ilícitos de natureza pública incondicionada / Organizadores, Rogério Gesta Leal, Caroline Müller Bitencourt ; Aristides Pedroso de Albuquerque Neto ... [et al.]. – Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2015.
384 p.

ISBN 978-85-89676-16-8 (impresso)

ISBN 978-85-89676-15-1 (e-book)

1. Tribunal de Justiça. Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Comentário. 2. Improbidade administrativa. Jurisprudência. Comentário. 3. Contratação pública. Jurisprudência. Comentário. 4. Corrupção. Jurisprudência. Comentário. 5. Administração Pública. Jurisprudência. Comentário. 6. Processo penal. Jurisprudência. Comentário. 7. Investigação criminal. Jurisprudência. Comentário. 8. Responsabilidade Penal. Jurisprudência. Comentário. 9. Crime contra a Administração Pública. Jurisprudência. Comentário. I. Leal, Rogério Gesta. II. Bitencourt, Caroline Müller. III. Albuquerque Neto, Aristides Pedroso. IV. Beber, Augusto Carlos de Menezes. V. Ritt, Caroline. VI. Gehres, Cláudia de Barros. VII. Juruena, Cynthia. VIII. Friedrich, Denise. IX. Ribeiro, Diógenes V. H. X. Pase, Eduarda Simonetti. XI. Silva, Ianaíê Somonelli da. XII. Bruxel, Ivan Leomar. XIII. Reck, Janriê. XIV. Weingartner Neto, Jayme. XV. Kaercher, Jonathan Augustus Kellermann. XVI. Santos, Karine. XVII. Ohlweiler, Leonel Pires. XVIII. Richter, Luiz Egon. XIX. Borba, Mauro Evely Vieira de. XX. Giacomolli, Nereu. XXI. Leão, Newton Brasil de. XXII. Brandini, Rafael. XXIII. Schmidt, Ramônia. XXIV. Hermany, Ricardo.

CDU 347.99(816.5)(094.9)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADMINISTRAÇÃO 2014-2015

Des. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Presidente

Des. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI – 1º Vice-Presidente

Des. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS – 2º Vice-Presidente

Des. FRANCISCO JOSÉ MOESCH – 3º Vice-Presidente

Des. TASSO CAUBI SOARES DELABARY – Corregedor-Geral da Justiça

O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Nereu José Giacomolli¹

INTRODUÇÃO

A delimitação do tema a ser abordado poderia ser abrigado sob vários mantos do processo penal, tais como a jurisdição, a prova, a audiência ou o *decisum*. Com a ancoragem em qualquer dessas perspectivas, a tradição recomendaria, adotando-se uma metodologia tradicional, a sustentação, antes do enfrentamento da delimitação, em um assento no elemento de sua afetação. Contudo, em face da metodologia do *case study*, a abordagem parte da enunciação fática, das considerações jurídicas do princípio da identidade física do juiz e do que decidido. O problema a ser considerado é: quando é exigível, no processo penal, a identidade física entre o juiz que colheu a prova em audiência e o decisor? A hipótese ou resposta provisória é a sua relativização, diante de situações fáticas concretamente avaliadas e das novas formas de documentação do processo e dos atos processuais.

Por isso, em um primeiro momento o capítulo descreve o fato submetido a julgamento no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Posteriormente, são enunciados alguns enfoques acerca do princípio da identidade física do juiz para, em um terceiro momento, discutir a hipótese.

1 – Doutor em Direito Processual Penal pela *Universidad Complutense de Madri*, Professor da graduação, mestrado e doutorado na PUCRS. Ex-desembargador, advogado e parecerista.

1. CASE ANALISADO

Em uma Comarca do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministério Público ofereceu denúncia contra um sujeito, como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/06, bem como no artigo 244-B da Lei 8.072/1990, na forma do artigo 69 do Código Penal. Segundo a peça incoativa, o acusado teria se associado com uma adolescente de 18 anos de idade, com o fito de praticarem o delito de tráfico de drogas. Em determinado dia, policiais militares foram até a residência do suspeito. Este, ao avistar os policiais, fugiu. Ao ser perseguido, foi revistado. Os policiais encontraram com ele a droga (3,2g de crack e 2,46g de cocaína), dinheiro, celular. Ao retornarem à residência do acusado, apreenderam com a adolescente, 4,2g de maconha, 4,2g de crack, celular sem chip e dinheiro. Após o recebimento da denúncia, o réu foi notificado e apresentou defesa. No decorrer do processo foram escutadas testemunhas e interrogado o réu. Em alegações escritas, o Ministério Público pediu a condenação, nos moldes da acusação formulada. A defesa, por seu turno, fez os seguintes pedidos: absolvição, desclassificação para uso, reconhecimento da causa de diminuição da pena do artigo 33, parágrafo quarto, da referida lei. A sentença condenou o réu como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, combinado com o artigo 61, inciso I, do Código Penal, com pena privativa de liberdade cinco anos e nove meses de reclusão, em regime fechado, em face da pena e reincidência. Ademais, foi aplicada uma multa. Em razões de apelação, a defesa sustentou a preliminar de descumprimento do princípio da identidade física do juiz, vez que o magistrado que proferiu a sentença não foi o mesmo que presidiu a instrução, pugnano pela nulidade do processo. No mérito, debateu as mesmas teses das alegações finais, acrescentando a possibilidade de redução da pena. Houve contrarrazões, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça. Após o parecer do Ministério Público, o feito foi submetido a julgamento (TJRS, processo n. 70052652922).

O acórdão recebeu a seguinte ementa: Apelação, tráfico de entorpecentes, preliminar de identidade física do juiz no processo penal. Segundo o art. 399, § 2º, do CPP, o magistrado que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Essa determinação legal há de ser interpretada dentro da normalidade dos fatos da vida e das demais disposições do sistema criminal, numa perspectiva do racional e razoável. Um dos nortes possíveis é a aplicação subsidiária do disposto no artigo 132 do CPC como critério para definir, *a priori*, as hipóteses de exceção à identidade física do magistrado no processo penal. De qualquer forma, em todos os casos, a

inaplicabilidade do art. 399, § 2º, do CPP há de ser devidamente fundamentada nos autos, nos termos do artigo 93, IX, da CF. Acolhida a preliminar e desconstituída a sentença.

2. DISCUSSÃO DA HIPÓTESE DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

A normatividade ordinária do princípio da identidade física do magistrado, no âmbito do processo penal, foi introduzida pela reforma parcial do Código de Processo Penal, através Lei 11.719/08. Esta, outorgou nova redação ao artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal: **“o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”**. Trata-se, no caso, do princípio da identidade física do juiz, até então de aplicação afeta ao âmbito do Código de Processo Civil, agora substituído por uma novel legislação.

É de notar que Chiovenda (2000, p. 64 e 65) já fazia menção ao **princípio da imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações devia apreciar**, a exigir um contato direto do magistrado com o ato de produção das provas a partir das quais extrairia seu convencimento, de modo a permitir uma melhor apreciação das declarações das partes e das testemunhas, além de uma mais apropriada compreensão das circunstâncias que envolvem o fato objeto do julgamento. Esse princípio, segundo Chiovenda (2000, p. 61), decorre diretamente do princípio da oralidade, segundo o qual o processo deve ser orientado pela **prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e de documentação**.

Ainda, na perspectiva da construção do princípio da identidade física, na esfera do processo civil, Carneiro (1996, p. 173) o situa como perfeitamente compatível com os processos predominantemente escriturais, nos quais a forma escrita aparece como regra à propositura da demanda, da defesa e para a apresentação de recursos. Portanova (2005, p. 241) explica decorrerem da oralidade os princípios da imediatividade, da concentração, bem como o da identidade física do juiz, na medida em que seu objetivo se traduz na produção de provas de forma oral, na presença do magistrado, quem deverá decidir de forma imediata, sem intermediários, aproveitando-se da presença da prova na sua mente. Por isso, segundo este autor, justifica-se a concentração dos atos processuais em uma única audiência, e a exigência de que o juiz sentenciante seja o mesmo que atuara na colheita das provas.

Sustentado por essa principiologia, o Código de Processo Civil de 1939 incorporou à sistemática processual pátria o princípio da identidade física do juiz,

constando da sua exposição de motivos, da lavra de Francisco Campos citado por Carneiro (1996, p. 174), *in verbis*:

O princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos atos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo visando à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las do ponto de vista do seu valor ou da sua eficácia em relação aos pontos debatidos.

Esse regramento, segundo destaca Portanova (2005, p. 242), tido por absoluto durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, foi flexibilizado com o advento da Lei processual de 1973, a qual, em sua exposição de motivos referiu não ser possível a consagração de uma aplicação tão rígida e inflexível ao princípio da identidade física. Daí a redação original do artigo 132 do Código de Processo Civil, preservando, como regra, a identidade física do juiz, **salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria**. Essa redação foi relativizada, ainda, por ocasião da Lei 8.637/93, a qual incluiu, dentre as hipóteses de exceção ao princípio da identidade física do juiz, além das já mencionadas na anterior redação, a **convocação, a licença, e o afastamento do juiz por qualquer motivo**, casos nos quais os autos devem ser encaminhados ao seu sucessor. Assim, consta da redação hoje vigente do artigo 132, *caput*, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “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”.

Nota-se uma crescente relativização do princípio da identidade física do juiz no ordenamento processual civil brasileiro. Constava, no artigo 132 do Código de Processo Civil, uma cláusula de abertura tal (afastado por qualquer motivo), que praticamente em todas as hipóteses estaria justificado o seu não cumprimento. De qualquer forma, as demais hipóteses ali listadas, expressamente pelo legislador, conformariam o dispositivo legal ao princípio da razoabilidade, de modo a permitir a compatibilização do princípio da identidade física do juiz à dinâmica da carreira jurisdicional, evitando, por exemplo, os problemas decorrentes da promoção ou da aposentadoria de um magistrado, antes da conclusão dos processos distribuídos. Aponta, nesse sentido, Carneiro (1996, p. citação direta curta), que se está diante de

uma “*norma cogente* de competência funcional: o juiz que houver concluído a audiência, deverá necessariamente manter-se como juiz da causa e nesta prolatar a sentença, salvante nos casos taxativamente previstos como regra legal”. (Grifos no original).

O princípio da identidade física do juiz estava previsto no projeto de reforma do Código de Processo Civil: “Artigo 112. O juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento resolverá 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 tiver que proferir a sentença poderá mandar repetir as provas já produzidas, se entender necessário.” Contudo, o princípio da identidade física do juiz foi retirado do projeto de reforma do Código de Processo Civil, já aprovado, mas ainda não em vigor.

Segundo o artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, o mesmo juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Tal disposição situa-se num plano ideal, aproximativo da perfeição, desvinculado da realidade da demanda processual e da movimentação dos magistrados. O ideal seria que todas as testemunhas fossem encontradas e comparecessem na audiência; que não fosse necessário conduzir testemunhas; que as alegações finais fossem orais, que houvesse, realmente, debates e não ditados; que a sentença fosse proferida na audiência. Entretanto, a realidade processual criminal brasileira é bem diferenciada e não comporta esferas de obrigatoriedade herméticas, de modo que uma interpretação razoável desse dispositivo se direciona na obrigatoriedade de atingir o magistrado que colheu e ouviu as alegações finais orais (GIACOMOLLI, 2008. p. 72), desde que não documentadas eletronicamente em áudio e vídeo.

Inafastável que o princípio da identidade física do juiz há de ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade, de forma a orientar que, na medida do possível, o magistrado responsável pela colheita da prova e pela oitiva das alegações finais seja o prolator da sentença. Isso, entretanto, nem sempre será viável. Contudo, isso deverá estar expressamente justificada nos autos, na medida em que não se pode partir da premissa de que se outro juiz proferiu a sentença foi porque o que colheu os debates não pode proferir a decisão. Trata-se, portanto, de um princípio de direito processual penal de natureza relativa, não absoluta, a orientar a atuação dos juízes no âmbito criminal. Não fosse assim, estaríamos retrocedendo ao entendimento que deu ensejo à inserção do princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Penal de 1939, dando-lhe roupagem absoluta, como se a dinâmica decorrente da atual realidade processual criminal brasileira permitisse uma regra nesses moldes.

Nessa perspectiva, um critério norteador de interpretação ao artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, há de fundar-se em sua razoabilidade casuística, mas justificada em critérios fáticos e jurídicos (fundamentação idônea), admitindo-se a sua não observância em casos nos quais, efetivamente, não seja possível ao juiz responsável pela colheita da prova e/ou colheu os debates, proferir a sentença.

Com efeito, o legislador deixou claro, no decorrer de toda a Lei 11.719/08, a intenção de adequar os procedimentos penais ao princípio da oralidade e da concentração, estabelecendo a realização de audiência una e o encerramento da instrução com debates orais entre as partes. Daí porque o princípio da identidade física do juiz deve ter, na medida do possível, potencializada sua efetividade no processo penal. Nessa linha, aplicáveis as hipóteses listadas no artigo 132 do Código de Processo Civil apenas de forma exemplificativa, para estabelecer, como regra, a razoabilidade da não aplicação do princípio da identidade física do juiz nos casos de promoção, aposentadoria, licença e convocação do magistrado que atuou na colheita da prova, e que, por isso, ficou impedido de sentenciar o feito (SANTOS, 2008, p. 329).

Nesse sentido é a lição de Oliveira (2009, p. 284), ao destacar que o artigo 132 do Código de Processo Civil “não só pode, como deve, ser aplicado subsidiariamente”, pois o Código de Processo Penal não proíbe a aplicação de legislação de outra espécie, e também porque “as regras de substituição do Código de Processo Civil (art. 132) visam resguardar o regular andamento processual”, listando situações processuais nas quais a prolação de sentença pelo juiz da instrução tumultuaria o trâmite do feito, quando não consistisse em regra de aplicação impossível, como no caso de aposentadoria do magistrado.

Não há como acolher, em sua totalidade, a doutrina antes referida, mormente quando admite a aplicação integral e subsidiária do artigo 132 do Código de Processo Civil ao âmbito criminal. Isso porque a referida “cláusula de abertura” retira quase a totalidade da eficácia do princípio da identidade física do juiz. É mais adequado, do ponto de vista da avaliação da prova, como forma de definição *a priori* dos casos de não aplicação do princípio da identidade física do juiz, a utilização apenas das hipóteses de promoção, aposentadoria, licença e convocação dos magistrados, reservando as demais hipóteses às circunstâncias específicas de cada caso examinado. A supressão deste princípio no novo Código de Processo Civil torna mais problemática a discussão das hipóteses que o excepcionam. Outro aspecto que potencializa a problemática diz respeito à documentação em áudio e vídeo das audiências, o que possibilita ao julgador o contato integral com a prova.

Contudo, o juiz que colhe a prova possui uma amplitude bem maior do ambiente e das reações das pessoas que estiverem depondo.

Da expressa previsão do princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Penal se infere que os magistrados, ao receberem os processos para sentenciar, em não havendo presidido a instrução, deverão justificar o motivo por que o estão fazendo. As alegações orais ou debates deverão ser renovados, salvo a ocorrência de “ditado” ou de alegações escritas e não debates. Na mesma perspectiva, os magistrados que iniciarem a instrução e não a concluírem, ou não sentenciarem estes processos, deverão justificar o motivo nos autos, sob pena de retirar qualquer eficácia do princípio da identidade física do juiz. Em se tratando de princípio expressamente previsto no Código de Processo Penal, a sua não-observância deve ser devidamente fundamentada, pois o disposto na Constituição Federal não é mera fotografia a ser olhada e admirada, mas há de ser efetiva (art. 93, IX, CF).

CONCLUSÃO

No caso submetido à apreciação do Tribunal, nada constou no processo acerca dos motivos pelos quais a sentença penal foi proferida por magistrado diverso do que havia presidido a instrução processual. Além disso, o juiz responsável pela colheita da prova apenas não proferiu a sentença, retornado ao comando do processo quando do recebimento do recurso. Por isso, a Câmara acolheu a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, em face da ausência de justificação nos autos do descumprimento do princípio da identidade física do juiz e determinou que outra sentença fosse proferida, pelo magistrado que havia colhido a prova e que continuava conduzindo o processo. Contudo, a aplicação do princípio da identidade física do juiz, diante dos avanços rumo ao processo eletrônico e a documentação dos atos processuais em áudio e vídeo deverá receber o devido redimensionamento.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, E. *La Técnica de Resolución de Casos Penales*. Madri: Colex, 1995.

CARNEIRO, A. G. *Temas atuais de direito e de processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. III.

FERRUA, P. *Il giusto processo*. Bologna: Zanichelli, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

GREVI, V. *Alla ricerca di un processo penale "giusto": Itinerari e prospettive*. Milão: Giuffrè, 2000.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PORTANOVA, R. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, L.G. Procedimentos – Lei 11.719/08, de 20.06.2008. In: MOURA, M. T. R. (Org.). *As Reformas no Processo Penal: as novas Lei de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.