

## VOTO

### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao agravante.

2. De início, não prospera o requerimento de realização de sustentação oral. As alterações promovidas pela Resolução/STF n. 669/2020 na Resolução/STF n. 642/2019 permitem sustentação oral nos julgamentos das classes processuais com previsão legal, o que não cabe em agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*.

Como disposto no § 2º do art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, não cabe sustentação oral nos julgamentos de agravo e embargos declaratórios em *habeas corpus*, arguição de suspeição e medida cautelar. Assim, por exemplo:

*“SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE RETIRADA DO PROCESSO DO AMBIENTE VIRTUAL PARA FINS DE SUSTENTAÇÃO ORAL. DECISÃO JUDICIAL QUE SE ENCONTRA DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE SOBRE O TEMA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Aguarda julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal questão referente à possibilidade de a defesa assomar a tribuna para sustentação oral perante o colegiado nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. A atual redação do § 2º do art. 131 do Regimento Interno do STF veda essa possibilidade. II - A Segunda Turma tem relativizado essa vedação nos casos de elevada complexidade relacionada ao julgamento do mérito da impetração de alguns habeas corpus, o que, todavia, não se aplica na espécie, ante a ausência de complexidade na análise deste RHC. Inteligência da Emenda Regimental 52/STF, de 14/6/2019. Precedentes. III - Agravo regimental a que se nega provimento” (RHC n. 177.649-AgR-segundo, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4.3.2020).*

*“PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA.*

SUSTENTAÇÃO ORAL NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO TÍTULO PRISIONAL. PREJUDICIALIDADE. (...) 2. O Plenário desta Corte, ao examinar feitos de natureza penal, assentou o entendimento de que não cabe sustentação oral, em sede de 'agravo regimental', considerada a existência de expressa vedação regimental que a impede (RISTF, art. 131, § 2º), fundada em norma cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Pet 2.820-AgR, Rel. Min. Celso de Mello). (...) 4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental a que se nega provimento" (HC n. 135.175-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 1º.6.2017).

3. No Código de Processo Civil se prevê a possibilidade de sustentação oral em agravo interno em ação rescisória, mandado de segurança ou reclamação, não sendo essa a situação da espécie em exame.

Na sessão virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou não caber sustentação oral no julgamento de agravo regimental contra decisão proferida pelo Relator de *habeas corpus*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. SUSTENTAÇÃO ORAL POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO AGRAVO. IMPOSSIBILIDADE. REGIMENTO INTERNO DO STF. PRECEDENTES. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCABIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. 1. No âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, não cabe sustentação oral no julgamento de agravo regimental de decisão monocrática proferida pelo Relator em sede de habeas corpus. Constitucionalidade do art. 131, § 2º, do RISTF. Precedentes. 2. Não cabe pedido de habeas corpus originário para o Supremo Tribunal Federal contra ato de Ministro ou órgão colegiado do STF. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido" (HC n. 164.593-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 10.6.2020).

No mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO

REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO CABIMENTO. EXCEÇÃO NÃO VERIFICADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. FATOS E PROVAS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Plenário desta Corte, ao examinar feitos de natureza penal, já consignou o entendimento de que não cabe sustentação oral, em sede de agravo regimental, considerada a existência de expressa vedação regimental que a impede (RISTF, art. 131, § 2º), fundada em norma cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Pet 2.820-AgR, Rel. Min. Celso de Mello). 2. O art. 937, § 3º, do CPC, admite a sustentação oral apenas no âmbito de agravo interno interposto contra decisão do relator que extinga ação rescisória, mandado de segurança ou reclamação. No caso que ora se trata, a controvérsia não se reveste de excepcionalidade a exigir o debate oral. Precedente. 3. A orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o habeas corpus não é, considerado o seu rito estreito, a via processual adequada ao reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição (HC 107.550, Rel. Min. Luiz Fux). No mesmo sentido: HC 124.479, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 122.183 e HC 122.436, Rel. Min. Dias Toffoli). 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RHC n. 185.630-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, 189.2020).

4. Consta dos autos ter sido o agravante condenado às penas de sete anos de reclusão, em regime inicial fechado, e setecentos dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 38-42, e-doc. 1).

5. Ao julgar a apelação criminal interposta pela defesa, o Tribunal de Justiça do Amazonas assentou quanto à alegação de ilicitude das provas por invasão de domicílio:

*“Consoante se extrai do caderno processual em destaque, o ingresso dos Policiais Militares, condutores do flagrante, na residência do Apelante, foi proveniente de denúncia anônima, via, linha direta, informando que havia um cidadão guardando uma grande quantidade de entorpecente no interior de sua residência.*

*Nesse contexto, os policiais militares informaram que se dirigiram ao local da denúncia, instante em que solicitaram das pessoas presentes no lugar que chamasse o responsável, visto que o*

*endereço tratava-se de uma residência com vários quitinetes. Ato contínuo, o responsável, ora, Apelante, apresentou-se aos policiais, sendo questionado acerca da possível droga em sua casa, momento em que confirmou que guardava entorpecente para o traficante da área denominado 'MACACO', no intuito de 'ganhar dinheiro por fora', mas, tão somente, guardava, pois, não era traficante, e, sim, ex-jogador de futebol conhecido nacionalmente.*

*Nesse trecho, foram apreendidos 15 tabletes de maconha com peso de 23.200 g (vinte e três mil, duzentos gramas), em embalagens de plásticos, o valor de R\$ 1.503,60 (um mil, quinhentos e três reais e sessenta centavos), além de uma caderneta de anotação com vários nomes indicando os valores de dívidas, possivelmente, do comércio da droga.*

*Vê-se, portanto, a presença de fundadas razões a justificar a conduta dos policiais militares, amparadas em indícios robustos de situação de flagrante delito, até porque, conforme relatados nos autos, o local em que eram guardadas as substâncias, bem como, a razão que o fez armazenar a substância entorpecente, foi informado pelo próprio Recorrente. Com efeito, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima, seguido pelas informações prestadas pelo Acusado, com a apreensão de 15 (quinze) tabletes de entorpecentes, totalizando 23.200,00 g (vinte e três mil e duzentos gramas) de maconha, além de 01 (uma) balança de precisão e 01 (um) caderno contendo anotações indicando o comércio da droga, consoante informa o Auto de Exibição e Apreensão, à fl. 09, legitimaram a atuação policial.*

*Outrossim, como o crime de Tráfico de Drogas é delito de natureza permanente, o momento da consumação se prolonga no tempo, de forma que o agente encontra-se em situação de flagrante, enquanto não cessar essa permanência. Nesse condão, colaciono o ensinamento do renomado doutrinador Renato Brasileiro de Lima: (...).*

*Ainda, nesse contexto, insta destacar que os policiais responsáveis pela prisão em flagrante do Réu narram, de forma segura, na audiência de instrução e julgamento, como chegaram ao local indicado na denúncia, sendo indicado pelos moradores o Acusado como responsável pelo local, o qual, com tranquilidade, apontou onde guardava a droga para 'Macaco', consignando, inclusive, na Delegacia que não sofreu nenhum tipo de violência física" (fls. 82-86, e-doc. 1).*

**6. Ao proferir a decisão objeto do presente recurso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu:**

*“Quanto à alegação de que houve violação ao domicílio pelos policiais, sem autorização judicial e sem situação de flagrância que autorizasse a medida, razão não assiste ao recorrente.*

*É cediço que em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio de quem esteja em situação de flagrante delito, não havendo que se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Vale dizer, em outras palavras, que o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade na entrada dos policiais na residência do recorrente, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses.*

*O eg. Tribunal de origem assim se manifestou sobre a questão, verbis (fls. 517-519): (...)*

*Como se observa dos excertos acima transcritos, durante patrulhamento de ronda, os policiais militares foram informados da traficância em determinada residência. Feita a abordagem, o acusado teria sido surpreendido com razoável quantidade de maconha, com a apreensão de 15 (quinze) tabletes de entorpecentes, totalizando 23.200,00g (vinte e três mil e duzentos gramas) de maconha, além de 01 (uma) balança de precisão e 01 (um) caderno contendo anotações indicando o comércio da droga, situação fática que se amolda às hipóteses legais de mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio.*

*Nesta esteira, o v. acórdão objurgado reforça ‘a presença de fundadas razões a justificar a conduta dos policiais militares, amparadas em indícios robustos de situação de flagrante delito, até porque, conforme relatados nos autos, o local em que eram guardadas as substâncias, bem como, a razão que o fez armazenar a substância entorpecente, foi informado pelo próprio Recorrente’.*

*Dessarte, considerando o flagrante do tráfico ilícito de certa quantidade (23.200,00g (vinte e três mil e duzentos gramas de maconha), caracterizado está o flagrante de crime permanente, mostrando-se prescindível o mandado judicial in casu, a despeito da devida autorização do residente” (fls. 4-5, e-doc. 28).*

7. As decisões proferidas nas instâncias antecedentes harmonizam-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o mérito do Tema 280 da repercussão geral, reafirmou jurisprudência no sentido de que *“a Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso*

*forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo”:*

*“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso” (RE n. 603.616, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 10.5.2016).*

No mesmo sentido são os seguintes julgados:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. PRESCINDIBILIDADE DE MANDADO JUDICIAL. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RHC n. 181.563-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 13.5.2020).*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INVIOABILIDADE DOMICILIAR. FLAGRANTE CONFIGURADO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA AUTORIZAÇÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS EM DOMICÍLIO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. CONCURSO MATERIAL ENTRE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006). NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE ACENTUADA QUANTIDADE DE DROGA. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*

*1. A Constituição Federal estabelece que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial. 2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam. Portanto, como definido de maneira vinculante, a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados [RE 603.616-AgR/RG Tema 280]. 3. As instâncias antecedentes assentaram que houve razões suficientes para a entrada dos agentes policiais e o ingresso no local foi franqueado pelo Paciente. Para se agasalhar a tese defensiva, seria indispensável o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual. Precedentes. 4. (...) 6. O*

registro de que houve a apreensão de arma de fogo, de acentuada quantidade de entorpecente (5.425g de maconha e 1.266g de cocaína) e de petrechos ligados ao comércio da droga destoa de quadro de traficância eventual ou de menor gravidade, circunstâncias às quais a minorante em questão é vocacionada. 7. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada, devendo-se considerar as especiais circunstâncias do caso concreto. Inexistência de ilegalidade. Precedentes. 8. Agravo Regimental a que se nega provimento” (HC n. 192.110-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 25.11.2020).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ARTIGO 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FLAGRANTE DELITO. TEMA 280. RE 603.616-AgR/RO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. II - Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito. III - Ao julgar o RE 603.616-AgR/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta Suprema Corte decidiu, sob o regime de repercussão geral, que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito. É o que enuncia o Tema 280. IV - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que é inadequado, na via do habeas corpus, o revolvimento de fatos e provas. V - Agravo regimental a que se nega provimento” (RHC n. 172.299-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 6.11.2019).

Como assentado na decisão monocrática, o crime de tráfico é permanente. A busca domiciliar no imóvel, na espécie, não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República.

8. Quanto à alegada ofensa ao princípio da identidade física do juiz, ao rejeitar a suscitada nulidade, o Tribunal de origem afirmou:

*“Nada obstante verifique que, de fato, mais de um magistrado atuou na Ação Penal n.º 0663499-20.2020.8.04.0001, constato que o MM. Juiz de Direito, Dr. Jean Carlos Pimentel dos Santos, presidiu a Audiência de Instrução e Julgamento, realizada no dia 06 de agosto de 2020, por haver sido designado para responder, com exclusividade, como Juiz Substituto, no MM. Juízo a quo, por força da Portaria n.º 85/2019-PTJ, e porque a nobre Juíza de Direito, Dr.ª Lídia Abreu Carvalho Frota, Juíza Titular da 1.ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da Comarca de Manaus/AM, consoante Ato n.º 62/2012-PTJ, encontrava-se afastada.*

*Nesse contexto, destaco que os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz devem ser relativizados, em virtude da impossibilidade da prestação jurisdicional ininterrupta por um mesmo magistrado, que impediria os julgadores monocráticos de se afastarem, temporariamente, de suas funções, por motivos de férias, licenças ou impedimentos legais. Nesse sentido, é o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante o Julgado trazido à baila, *ipsis verbis*: (...)*

*De toda sorte, para que restasse configurada a nulidade do édito condenatório, o Recorrente deveria haver demonstrado a existência de efetivo prejuízo decorrentes das supostas nulidades, em homenagem ao princípio do *pas de nullité sans grief*, norteador das nulidades no processo penal, o que não ocorreu *in casu*, haja vista que todos os pontos e argumentos elencados pela Defesa Técnica do Réu foram devidamente apreciados, inclusive, acolhido os Aclaratórios em face do édito condenatório de piso, cujo imo analisou pontos omissos. Nesse caminhar de ideias, é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, seguido por este egrégio Sodalício” (fls. 87-88, e-doc. 1).*

Em consonância com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

*“É sabido que essa Corte Superior assevera que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, e, portanto, comporta mitigações.*

*Por isso, a ausência do juiz titular, que tenha sido afastado do feito, por qualquer motivo previsto na legislação processual (inclusive férias, remoção, promoção etc), justifica a prolação da sentença pelo magistrado substituto que o suceda, por exemplo. Nesses casos, não há nulidade a ser reconhecida, porque são respeitadas as regras prévias de fixação de competência, com conseqüente ausência de prejuízo para as partes. Essa é a interpretação do art. 399, §2º, do Código de Processo*

*Penal, adotada por este Superior Tribunal de Justiça” (fl. 6, e-doc. 28).*

9. Essa compreensão harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que *“a aplicação do [princípio da identidade física do juiz] não é absoluta, comportando flexibilização em situações excepcionais previstas no art. 132 do CPC (convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria)”* (HC n. 119.371, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 4.4.2014).

É de se realçar que, no Código de Processo Civil/2015, não se reproduziu a norma do art. 132 do Código de Processo Civil/1973 (*“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”*), que se aplicava analogicamente ao processo penal, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal.

Entretanto, apesar da ausência de norma legal expressa quanto às exceções ao princípio da identidade física do juiz, persiste o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de o § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal admitir interpretação das circunstâncias excepcionais, a exemplo de promoção, licença, remoção, aposentadoria ou afastamentos temporários do magistrado que presidiu a instrução.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró ensina:

*“No entanto, mesmo sendo adotada a identidade física do juiz, fatalmente haverá situações concretas que acabarão fazendo com que se tenha 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, defendia-se a aplicação, por analogia – pois nesse ponto, sim, há lacuna – as exceções previstas no art. 132 do ab-rogado CPC, que previa: ‘juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença’ (CPP, art. 399, § 2.º), ‘salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor’. 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.*

*O problema é que o CPC de 2015 não adotou a regra da identidade física do juiz e, conseqüentemente, não tratou de exceções à vinculação do juiz. Assim, não há mais qualquer previsão normativa a definir em que casos, excepcionalmente, o juiz que presidir a instrução não irá sentenciar o feito. Certamente a jurisprudência irá se encarregar de fixar, casuisticamente, tais exceções ao § 2.º do art. 399 do CPP.*

*Tal solução, contudo, não é isenta de crítica. A primeira, é que na ausência de regra clara e deixando a questão ao sabor dos humores jurisprudência, haverá grande insegurança sobre quem será o juiz que praticará o ato mais importante do processo. Além disso, ao conectar a regra da identidade física do juiz com a garantia do juiz natural, a necessidade de que se observe a reserva de lei para as exceções à identidade física também se impõe. Isso porque de nada adiantaria assegurar o juiz natural, não só quanto ao órgão competente, mas também em relação à pessoa física do juiz atuante no órgão, se em relação a este se admitissem substituições no momento da sentença, por critérios discricionários” (Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, publicação eletrônica).*

Confirmam-se os seguintes julgados:

*“HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. (...) IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – NULIDADE – AUSÊNCIA. O princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, sofrendo as limitações nos casos versados no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 – aplicável subsidiariamente ao processo penal” (HC n. 170.629, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 14.5.2020).*

*“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. EXPLOÇÃO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. EXCEÇÃO. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E*

NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. (...) 3. O STF entende que ‘o princípio da identidade física do juiz, positivado no § 2º do art. 399 do CPP não é absoluto e, por essa razão, comporta as exceções arroladas no artigo 132 do CPC, aplicado analogicamente no processo penal por expressa autorização de seu art. 3º’ (HC 123.873, Rel. Min. Luiz Fux). Nessa linha, veja-se o ARE 839.680-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli. 4. A parte recorrente postula a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que não é possível nesta fase processual (Súmula 279/STF). 5. A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. 6. Agravo interno a que se nega provimento” (ARE n. 1.193.737-AgR-segundo, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 19.6.2019).

**10.** Na espécie, não se demonstrou efetivo prejuízo, sem o qual não se decreta nulidade no processo penal, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*, corolário da natureza instrumental do processo.

Como se tem no art. 563 do Código de Processo Penal, a demonstração de prejuízo é essencial à alegação de nulidade (HC n. 133.955-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 19.10.2018, HC n. 158.107-ED, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 5.10.2018, e HC n. 156.616-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 21.9.2018), não se declarando “nulidade por mera presunção” (HC n. 127.050-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 5.10.2018).

**11.** A reiteração dos argumentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

**12.** Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**