



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. NULIDADE DO JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ATENUANTE INOMINADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO NÃO ADMITIDO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REQUISITO FORMAL NÃO CUMPRIDO. ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO STF. RECURSO NÃO ADMITIDO.

RECURSO ESPECIAL E
EXTRAORDINÁRIO

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

Nº 70085540045
(Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

ATHOS STOCK DA ROSA

RECORRENTE

MINISTERIO PUBLICO

RECORRIDO

NELVIO BARROS SILVA

RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

NIVIA BEATRIZ DA SILVA BERNARDES	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
LYDIA CORREA DE BARROS MORO	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ODILLO SARAYVA CORREA DE BARROS	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

1. Trata-se de recursos especial e extraordinário, interpostos por ATHOS STOCK DA ROSA, contra o acórdão da Oitava Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça que julgou a Apelação Crime 70083490110, integrado pelos embargos de declaração desacolhidos, em acórdão assim ementado (fl. 430/430-verso):

APELAÇÃO-CRIME. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. ADVOGADO.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. O princípio da identidade física do juiz introduzido na órbita processual penal pela Lei nº 11.719/2008, no § 2º do art. 399 do CPP, não é preceito que contenha comando de natureza absoluta, comportando exceções, exatamente como ocorria no âmbito civil, no Código anterior que ressalvava as hipóteses de convocação, licenciamento, afastamento por qualquer motivo ou aposentadoria do juiz, casos em que o processo passará ao sucessor. Situação dos autos na qual uma das audiências de instrução foi presidida por juíza substituta, a qual também prolatou a sentença, em razão do afastamento dos juízes titulares, pelo gozo de férias, na primeira oportunidade, e diante



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

de convocação para atuação junto ao Tribunal de Justiça, no segundo caso, de modo absolutamente justificado. Inexistência de qualquer mácula a ensejar a nulidade do processo. Preliminar rejeitada.

2. ÉDITO CONDENATÓRIO. 4º FATO. MANUTENÇÃO. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Hipótese em que o acusado, atuando como procurador das vítimas, levantou um alvará no valor de R\$ 2.224.545,01, não repassando as respectivas quantias aos ofendidos, permanecendo para pagamento um saldo de R\$ 1.550.287,81. Relevância da palavra dos lesados, sobretudo quando inexistentes motivos para falsa incriminação. Acusado que admitiu os fatos, tanto que reconhecida a atenuante da confissão espontânea, defendendo-se no sentido de ausência de dolo, em face de acordos ulteriores, extrajudiciais, com as vítimas. Dolo de apropriação bem configurado. Presença inequívoca do animus rem sibi habendi. Acordos firmados quase 2 anos depois do ocorrido e mais de 5 meses após o recebimento da denúncia. Confissão judicial do incriminado que possui valor probante, sobretudo quando corroborada pelos demais elementos de prova coligidos aos autos, inclusive de natureza documental. Observância do art. 197 do CPP. Prova segura à condenação, que vai mantida.

3. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. Basilar fixada no mínimo legalmente previsto, em 1 ano de reclusão, que deve ser preservada. Embora negativada a vetorial motivos, tal não repercutiu no apenamento de partida, que permaneceu no piso legal. Pena-base mantida. ATENUANTE GENÉRICA, PREVISTA NO ART. 66 DO CP. NÃO RECONHECIMENTO. Não reconhecimento da atenuante genérica inominada, em razão da inexistência de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, que pudesse levar a tanto, não servindo os acordos extrajudiciais firmados pelo réu com as vítimas a tanto, mormente porque sequer há notícias a respeito de seu adimplemento.

4. MULTA. ISENÇÃO. INVIABILIDADE. Inviável o afastamento da pecuniária imposta, por tratar-se de pena cumulativa, prevista expressamente em lei, de aplicação cogente. Execução como dívida de valor, não ferindo, portanto, o princípio da intranscendência da pena – art. 5º, XLV da CF. Eventual impossibilidade de pagamento, pelo invocado estado de pobreza, deve ser alegada no juízo da execução, não competindo a análise ao juízo do conhecimento. Inviabilidade da isenção requerida, por ausência de previsão legal. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. O critério para fixação da pena de multa é o mesmo utilizado para definição da pena-base, qual seja, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Hipótese na qual fixada a pena-base ao réu no mínimo legalmente previsto. Sendo idênticos os critérios a



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

informá-las, a pecuniária cumulativa de 12 dias-multa mostrou-se desproporcional, devendo ser reduzida para 10 dias-multa.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA DE MULTA CUMULATIVA IMPOSTA AO APELANTE REDUZIDA PARA 10 DIAS-MULTA, MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS.

No recurso especial de fls. 467/474, forte no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, alega que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 564, inciso II, alínea *l*, 399, §2º, e 156, do Código de Processo Penal e 66 do Código Penal, pois (I) a ação penal foi julgada por magistrada que não presidiu a instrução do feito, sem qualquer justificativa nos autos, o que viola o princípio do juiz natural, sendo que a prova de ausência da presente nulidade caberia ao Poder Judiciário (II) o julgamento da apelação é nulo por cerceamento de defesa, pois *“em que pese o tempestivo pedido de adiamento realizado pelo procurador, este foi ignorado e o julgamento [do recurso de apelação] realizou-se sem oportunizar a sustentação oral requerida pelo defensor”* (fl. 473-verso), e (III) não foi reconhecida a atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, não obstante acordo celebrado entre o Recorrente e as vítimas.



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

No recurso extraordinário de fls. 477/484, forte no artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, alega que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 5º, inciso LIII, da Constituição da República, pois (I) violou o princípio do juiz natural, ante o não reconhecimento de nulidade, por não ter sido proferida a sentença pelo Magistrado que presidiu o feito, (II) violou as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como incorreu em cerceamento de defesa, porquanto negado pedido de adiamento da sessão de julgamento do recurso de apelação, e (III) deixou de reconhecer a atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal.

Apresentadas as contrarrazões, vem os autos conclusos a esta Segunda Vice-Presidência para a realização do juízo de admissibilidade.

É o relatório.

2. RECURSO ESPECIAL



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

Identidade física do juiz

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *“não obstante o princípio da identidade física do Juiz, expresso no artigo 399, § 2º, do Estatuto Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08), determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado”* (AgRg no REsp 1.459.388/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

Desse modo, *“princípio da identidade física do juiz pode ser excepcionado nos casos de convocação, licença, promoção, férias, **ou outro motivo legal que impeça o (a) Magistrado (a) que presidiu a instrução sentenciar o feito**’* (RHC n. 111.670/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

TURMA, julgado em 4/6/2019, DJe 13/6/2019)” (AgRg no AgRg no AREsp 1.644.488/SP, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, REPDJe 12/11/2020, DJe 03/11/2020; grifou-se).

A esse propósito, cita-se o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ADIAMENTO DO JULGAMENTO. ART. 1º, § 3º, RES. STJ/GP N. 9/2020. PLEITO DEFERIDO. SUPERVENIÊNCIA DA RES. STJ/GP N. 19/2020. DISPOSITIVO NÃO REPETIDO. QUESTÃO DE ORDEM. NÃO MAIS PREVALÊNCIA DO ADIAMENTO AUTOMÁTICO. SUPERVENIÊNCIA DE PEDIDO DE PREFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA MANTER O ADIAMENTO. 2. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. DECISÃO PROFERIDA COM OBSERVÂNCIA DO RISTJ E DO CPC. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SÚMULA 568/STJ. 3. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICAÇÃO. SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO COLEGIADO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. 4. AFRONTA AO ART. 619 DO CPP. VÍCIOS NÃO VERIFICADOS. TEMAS EFETIVAMENTE ANALISADOS. 5. OFENSA AO ARTS. 109, V, E 110, § 1º, DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DATA DA CONSUMAÇÃO. FUNDAMENTO SUFICIENTE. NÃO IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. 6. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 7. OFENSA AO ART. 2º, P. ÚNICO, DA LEI 10.259/2001. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONFUSÃO DE INSTITUTOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 8. OFENSA AO ART. 399, § 2º, DO CPP. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO NÃO ABSOLUTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. 9. OFENSA AO ART. 14, 3, B, DO PIDCP E AO ART. 8º, 2, C, DA CADH. NULIDADE POR FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVA. PROVA NÃO ESSENCIAL. REQUERIMENTO A DESTEMPO. 10. AFRONTA AOS



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

ARTS. 155 E 156 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. 11. VIOLAÇÃO DO ART. 386, VII, DO CPP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. IN DUBIO PRO REO. SÚMULA 7/STJ. 12. OFENSA AOS ARTS. 44, § 4º, E 49 DO CP. NÃO VERIFICAÇÃO. OBSERVÂNCIA À SITUAÇÃO ECONÔMICA. SÚMULA 7/STJ. 13. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. 14. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IRRETROATIVIDADE DA LEI 13.964/2019. PRECEDENTES. 15. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. [...]

8. A jurisprudência do STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, sendo admitidas, portanto, exceções. Nesse contexto, **tendo a sentença sido proferida por Magistrado diverso do que conduziu a instrução, em virtude da ocorrência de "hipóteses legais de substituição do magistrado de acordo com as regras de competência e organização judiciária", não há se falar em ofensa ao art. 399, § 2º, do CPP.** Quanto à divergência jurisprudencial, tem-se que jurisprudência desta Corte se firmou no sentido do acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ. [...]

15. Agravo regimental parcialmente conhecido e improvido. (AgRg no REsp 1826584/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; grifou-se)

Ainda consoante Superior Tribunal de Justiça, incabível o reconhecimento de violação ao princípio da identidade física do juiz, *"não tendo a defesa comprovado que a atuação da togada substituta teria ocorrido em desrespeito às situações excepcionais enumeradas no artigo 132 do Código de Processo Penal"* (HC 334.304/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015)



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

A esse propósito o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. **PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NATUREZA RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO SE TRATA DE UMA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC.** CONCLUSÃO PELA EXISTÊNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 241/STJ. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES E É REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.

2. **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 (na espécie, motivado pela designação da magistrada que presidiu a instrução para atuar em outro juízo), que o magistrado substituto/sucessor sentencie a ação penal, a despeito de não ter presidido a instrução. Tem-se, assim, que o referido postulado não é absoluto, podendo ser mitigado nas hipóteses previstas em lei. Na espécie, não se desincumbiu a Defesa do ônus de demonstrar que não se trata de uma das exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, razão pela qual não é possível concluir-se sobre a existência da apontada nulidade.**

3. Não assiste razão ao impetrante no tocante à alegação de que "se tomou condenações anteriores a fim de avaliar negativamente a conduta social e a personalidade do paciente", haja vista que a Corte de origem afastou a valoração negativa da personalidade do paciente, justamente por reputar insuficientes os motivos exarados pelo Magistrado de primeira instância para



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

considerá-la desvirtuada, porquanto ínsitos ao próprio tipo penal em testilha. Quanto à conduta social, destacou o Tribunal a quo que "merece reprovação, visto que aquele fazia do tráfico de drogas sua única ocupação, além de ter cometido o delito em tela enquanto cumpria pena justamente por comercialização ilícita de entorpecentes", o que, de fato, constitui motivação idônea para a sua valoração negativa, não havendo, pois, constrangimento ilegal a ser sanado.

4. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que não configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e aplicação da agravante da reincidência. Na espécie, foram utilizadas condenações diversas para exasperar a primeira fase da dosimetria, a título de maus antecedentes, e a segunda fase, em razão da reincidência, em consonância com o entendimento jurisprudencial deste Sodalício, de modo que não há falar em bis in idem, tampouco em violação ao verbete sumular n.º 241 desta Corte.

5. Os maus antecedentes e a reincidência do paciente justificam a imposição do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 320.187/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; grifou-se)

A Câmara Julgadora rejeitou a preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao referido princípio pelos seguintes fundamentos (fls. 433-verso/436-verso):

Alega o recorrente, em causa própria, preliminar de nulidade do feito porque o Dr. José Luiz John dos Santos foi o magistrado que recebeu a denúncia, em 03.07.2017 (fl. 81), realizando toda a instrução do processo, inclusive, presidindo as audiências realizadas nos dias 25.10.2018 (fl. 247) e 27.11.2018 (fl. 253), ao passo que a audiência realizada no 21.02.2018 (fl. 180) foi presidida pela Drª. Cláudia Junqueira Sulzbach, mesma magistrada que proferiu a sentença, datada de 31.05.2019 (fls. 350/355v), em afronta ao



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

princípio da identidade física do juiz, conforme preconizado pelo § 2º do art. 399 do CPP.

Realmente, a audiência em que ouvida a vítima Nélvio, realizada em 21.02.2018, foi conduzida pela magistrada Cláudia Junqueira Sulzbach, mesma Juíza de Direito que prolatou a sentença.

Todavia, tenho que a situação não espelhe nenhuma nulidade.

Conforme informações obtidas junto à Diretoria de Magistrados desta Corte, em 21.02.2018, data da audiência presidida pela Dr^a. Cláudia Junqueira Sulzbach, o Juiz-titular da 11^a Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, Dr. José Luiz John dos Santos, encontrava-se em gozo de férias regulamentares. Além disso, em 31.05.2019, data em que proferida a sentença pela Dr^a. Cláudia Junqueira Sulzbach, em substituição, o titular da referida vara era o Dr. Felipe Keunecke de Oliveira, que se encontrava em atuação junto a este Tribunal de Justiça, em virtude de convocação.

Ao que consta, então, a audiência referida foi presidida pela magistrada que atuava no feito, em substituição ao juiz titular, o mesmo ocorrendo quando proferida a sentença.

Em casos tais, por aplicação analógica ao antigo art. 132 do Código de Processo Civil, se excepcionava o princípio em questão, como se infere dos seguintes julgados do E. STJ: [...]

De fato.

Nos termos do antigo art. 132 do CPC, “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Entendia-se, assim, que inexistia afronta ao art. 399, § 2º do CPP, quando a situação enquadrava-se naquelas excepcionadas pela lei processual civil, analogicamente aplicável ao caso.

E o mesmo espírito do antigo art. 132 do CPC/73 se manteve, de vez que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, cedendo em hipóteses especiais e específicas.

É o que se vê dos seguintes julgados bem recentes do E. STJ, que reafirma as exceções outrora consagradas pelo antigo CPC, *in verbis*: [...]

Rejeito, portanto, a preliminar invocada. [Grifou-se]

Por oportuno, transcreve-se, ainda, excerto do acórdão dos embargos de declaração (fls. 265/268):



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

Na hipótese, alega o embargante, em suma, ter havido omissão e obscuridade no acórdão, porque não esclarece quais são as informações obtidas junto à Diretoria de Magistrados desta Corte, tampouco “*se a referida informação encontra-se acompanhada de cópia do necessário ato administrativo que deve lhe embasar*” ou se foram juntadas aos autos, consideradas para o afastamento da preliminar de nulidade da sentença, por ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

Razão não lhe assiste, todavia, pois a leitura atenta dos aclaratórios evidencia que a defesa pretende, tão somente, a rediscussão de matéria decidida em desfavor do embargante.

Isso porque, diversamente do que aduz, constou do acórdão objurgado expressa e percuente análise da preliminar defensiva, referente à alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz, inclusive, com acréscimo de informações colhidas pela assessoria desta Relatora, com a finalidade de mero esclarecimento sobre o ponto, não havendo qualquer obscuridade ou omissão, como se vê do seguinte trecho do aresto (fls. 430/444), *in verbis*: [...]

Ou seja, não houve as propaladas omissão e obscuridade ou qualquer outro vício no aresto, porque as questões trazidas nos Embargos foram todas abordadas expressa e claramente, em todos os pontos referidos na aclaratória, também não havendo qualquer lacuna ou fundamentos contraditórios, a simples leitura deles assim já o demonstrando, porque foram examinados todos os fundamentos, especificamente abordando a questão relativa à alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz, concluindo pela sua incorrência, considerando não só os elementos de convicção dispostos nos autos, bem como as informações colhidas por determinação desta Relatora, o voto contendo expressamente os informes relevantes para o deslinde do feito.

Ademais, **as informações obtidas junto à Administração desta Corte, por determinação da Relatora, com a finalidade de mero esclarecimento sobre a questão do afastamento do magistrado titular da jurisdição, foram prestadas por servidor público, com o que dotadas de presunção de legitimidade e veracidade, prescindindo de comprovação documental.**

Por outro lado, o afastamento “justificado” do magistrado titular da jurisdição também é presumível.

Nessa perspectiva, cumpriria à defesa (o que não logrou fazer), que invocou a preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao princípio do juiz natural, comprovar o afastamento “injustificado” do



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

magistrado da jurisdição, exigível para eventual acolhimento daquela, de modo que ainda que fossem inexistentes as informações colhidas, o resultado da decisão não se alteraria. [Grifou-se]

Incide, portanto, o verbete nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual *"não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida"*, também aplicável ao recurso interposto pela alínea *a* do artigo 105, inciso III, da Constituição da República, conforme se lê do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA EM PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ? STJ. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO PARA SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do enunciado n. 231 desta Corte, é inviável a aplicação de circunstâncias atenuantes para fins de redução da pena a patamar aquém do mínimo legal.

2. Dessa forma, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, de modo a atrair a incidência do Verbetes n. 83 da Súmula do STJ, que também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "a" do permissivo constitucional.

3. Ressalta-se que inexistente argumentação capaz de demonstrar a necessidade de superação da jurisprudência consolidada desta Corte Superior.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1895014/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 03/12/2020; grifou-se)

Prequestionamento



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “é condição *sine qua non* para que se conheça do Especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objugado, os dispositivos legais indicados como *malferidos*” (REsp 1705451/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017).

Aliás, ainda que “a pretensa violação de lei federal tenha surgido na prolação do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a questão. Se assim não se fez, está ausente o necessário prequestionamento” (AgRg no REsp 1066014/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013).

A alegação de que o julgamento da apelação é nulo por cerceamento de defesa, pois “em que pese o tempestivo pedido de adiamento realizado pelo procurador, este foi ignorado e o julgamento [do recurso de apelação] realizou-se sem oportunizar a sustentação oral requerida pelo



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

defensor” (fl. 473-verso) não foi ventilada no acórdão recorrido nem foram opostos embargos de declaração para sanar as omissões, o que atrai a aplicação dos verbetes nº 282¹ e 356² da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Atenuante genérica

De acordo com o artigo 66 do CP, *“a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”*.

O Órgão Julgador assentou que, *“no caso em apreço, não se vislumbra nos autos tal possibilidade, não servindo o acordo judicial firmado pelo réu com a vítima a tanto, mormente porque sequer há notícias a respeito de seu adimplemento”, verbis*.

¹ É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

² O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento.



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

ATENUANTE GENÉRICA, PREVISTA NO ART. 66 DO CP.
NÃO RECONHECIMENTO.

Não obstante, sem respaldo a pretensão de aplicação da atenuante genérica inominada prevista no art. 66 do CP, que prevê a possibilidade de atenuação da pena em caso de ocorrência de circunstância relevante ocorrida antes ou após o crime, ainda que não prevista em lei.

No caso em apreço, não se vislumbra nos autos tal possibilidade, não servindo o acordo judicial firmado pelo réu com a vítima a tanto, mormente porque sequer há notícias a respeito de seu adimplemento.

Portanto, rever a conclusão do acórdão acerca da não configuração da aludida atenuante, implica incursão no conjunto fático-probatório, vedado pelo verbete nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual *“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*.

A esse respeito, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
HOMICÍDIO QUALIFICADO. PETIÇÃO APRESENTADA VIA
CORREIO ELETRÔNICO. IMPROPRIEDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência perfilhada por este Sodalício é no sentido de que a apresentação de petição por e-mail se afigura como ato processual inexistente, porquanto não considerada como similar ao fac-símile, para fins de incidência da previsão inculpada no art. 1º da Lei n.º 9.800/99. ATENUANTE GENÉRICA INOMINADA (ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL). NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ.



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

1. O Tribunal local, após aprofundada análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, indicando circunstâncias concretas do fato delituoso, concluiu pela impossibilidade de incidência da atenuante genérica inominada prevista no art. 66 do Código Penal.
2. Desconstituir tal conclusão, por suposta contrariedade à lei federal, demanda o revolvimento do material fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e vedada a este Sodalício em sede de recurso especial, ante o óbice do Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.
3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1191405/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 18/10/2018)

3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Recorrente não deduziu, em preliminar, a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil. O recurso, portanto, é inepto, ante a ausência desse requisito, considerado apenas o aspecto formal (verbete nº 284 da Súmula do STF).

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A parte recorrente não apresentou preliminar formal e fundamentada de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, o que atrai a incidência do art. 327, § 1º, do RI/STF. Precedente. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art.



AVAS

Nº 70085540045 (Nº CNJ: 0003493-09.2022.8.21.7000)

2022/Crime

25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RE 1153484 AgR-segundo, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019; grifou-se)

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. 2. Da decisão que nega seguimento a recurso extraordinário com fundamento no artigo 1.030, I, do CPC não cabe agravo a esta Corte, mas agravo interno no Tribunal de origem. Negado seguimento ao recurso extraordinário movido em face de acórdão do STJ. **3. Ao interpor recurso extraordinário, o recorrente deve demonstrar a repercussão geral do caso. Negado seguimento ao recurso extraordinário movido em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por ausência de preliminar de repercussão geral.** 4. Agravo regimental parcialmente prejudicado e, na parte conhecida, improvido. (ARE 1287157 ED-AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 04-03-2021 PUBLIC 05-03-2021; grifou-se)

Ante o exposto, NÃO ADMITO os recursos especial e extraordinário.

Intimem-se.

Des. Antonio Vinicius Amaro da Silveira,

2º Vice-Presidente.