

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA
O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Elisandra Cavalcante Colnago

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA
O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Elisandra Cavalcante Colnago

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente/SP
2017

**PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA
O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Orientador

Mário Coimbra
Examinador

Marcel Pangoni Guerra
Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2017.

“O direito serve à vida: é regramento da vida. É criado por ela e, de certo modo, a cria” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda).

Dedico este trabalho aos meus pais, razões de todo o meu amor e de toda a minha dedicação.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de um longo trajeto que, para minha felicidade, não tive que percorrer sozinha. Resta-me apenas agradecer a todas as pessoas extraordinárias que, de uma forma ou de outra, estiveram comigo nessa jornada e depositaram sua confiança em mim.

Toda minha gratidão à Deus. Tudo a Ele, com Ele e por Ele.

Sou infinitamente grata aos meus pais, que permanecem ao meu lado em todas as situações e que, com todo amor, permitiram que eu chegasse até aqui.

Agradeço, também, ao meu irmão, que por diversas vezes me tranquilizou com brincadeiras e palavras gentis.

Agradeço à minha avó, Emília Perego Colnago, por toda a preocupação e pelo amor sem fim.

Meu sincero agradecimento ao professor Wilton Boigues Corbalan Tebar, que, pacientemente, me orientou e me incentivou durante a produção desse projeto.

Agradeço, ainda, a Dr. Marcel Pangoni Guerra e Daniel Otávio Genaro Gouveia, por todo o conhecimento (jurídico e “de vida”) compartilhado.

Registro, por fim, a gratidão que sinto pelos meus amigos, que compreenderam minha necessidade de falar a respeito desse tema (e de tantos outros). Obrigada por todas as discussões.

Em resumo, "ninguém é bom demais, ninguém é bom sozinho e é preciso agradecer" (Ministro Luís Roberto Barroso).

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o papel desempenhado pelos princípios enquanto normas jurídicas, notadamente no que tange o princípio da identidade física do juiz e os pressupostos para a sua configuração. Demonstrou-se, ainda que sucintamente, a conceituação dos princípios e a diferenciação entre tal espécie normativa e as regras. Analisou-se o histórico e a importância do princípio da identidade física do juiz no ordenamento jurídico pátrio. O projeto levou em conta, ainda, a problemática da ausência de expressa previsão legal no tocante às exceções do princípio em questão no processo penal. Ponderou-se, a esse respeito, a necessidade de relativizar o princípio da identidade física do juiz em casos concretos, tendo como fundamento, para tanto, a função e a hierarquia dos princípios na esfera constitucional e infraconstitucional. Nesse estudo, foi empregado o método dedutivo, de sorte que, tomando uma premissa geral, buscou-se alcançar uma conclusão a respeito das reflexões propostas.

Palavras-chave: Princípios. Regras. Direito Processual. Princípio da identidade física do juiz.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the role played by the principles as legal norms, especially regarding the principle of the physical identity of the judge and the assumptions for its existence. It was demonstrated, although succinctly, the concept of the principles and the differences between such normative specie and the rules. The history and importance of the principle of the physical identity of the judge in the national legal order was also analysed. The project considers the problem of the absence of express legal provisions regarding the exceptions of this principle in criminal process. The needing to relativize the principle of the physical identity of the judge in specific cases was based on the function and hierarchy of principles in the constitutional and infraconstitutional sphere. In this study, the deductive method was employed. Therefore, a general premise was used to reach a conclusion about the proposed reflections.

Key-words: Principles. Rules. Processual Law. Physical Identity of the Judge.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS.....	11
2.1 Conceito	11
2.2 Princípios e Regras: Distinções.....	14
2.3 A Força Normativa dos Princípios e a Constituição Federal de 1988	17
2.4 Princípios Processuais	20
3 PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	22
3.1 O juiz: Aspectos Históricos.....	22
3.2 A Função do Juiz no Processo.....	23
3.3 Princípio da Oralidade	27
4 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	31
4.1 Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo Civil	34
4.2 Princípio da Identidade Física do Juiz em Leis Especiais	39
4.3 Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo Penal	42
4.4 Da (não) Mitigação do Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo Penal	44
4.5 Da Inexistência de Princípios Absolutos.....	53
5 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS APTOS A EXCEPCIONAR A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	56
5.1 Princípio da Duração Razoável do Processo	56
5.2 Princípio do Juiz Natural.....	62
6 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	66
7 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o conceito de “princípios”, o papel por eles exercido em determinado ordenamento jurídico e desenvolve, também, um estudo da aplicação prática da matéria, tendo o princípio da identidade física do juiz como referência para tanto.

Embora o princípio da identidade física do juiz tenha sido contemplado no Código de Processo Civil de 1973 e no Código de Processo Penal (após a reforma de 2008), somente o primeiro diploma legal cuidou das situações aptas à excepcionar referida norma, isto é, somente o direito processual civil se preocupou com as hipóteses que impõem, por razões fáticas ou jurídicas, o rompimento do vínculo existente entre um magistrado e o feito cuja instrução ele tenha presidido.

O desamparo existente na esfera penal despertou discussões doutrinárias e, inclusive, jurisprudenciais a respeito da possibilidade da aplicação subsidiária de uma norma de processo civil no processo penal. Questionou-se, em outras palavras, a possibilidade de fazer uso das exceções do princípio da identidade física do juiz previstas no Código de Processo Civil de 1973 (especificadamente no artigo 132) para solucionar as falhas legislativas no âmbito processual penal.

Prosperou, na doutrina e na jurisprudência – até mesmo nas decisões do Supremo Tribunal Federal –, a tese da relativização do princípio da identidade física do juiz através da aplicação de uma norma de processo civil.

Todavia, o problema, que ao menos aparentemente fora solucionado, revelou sua real dimensão com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque o novo *Codex*, além de, por óbvio, ter revogado o Código de Processo Civil de 1973, deixou de consagrar o princípio da identidade física do juiz e, por consequência lógica, todas as hipóteses que antes o mitigavam.

O processo penal, conforme se denota, retornou à situação de total desamparo legal no que tange à relativização do princípio em questão. Indagou-se, a partir de então, se a ausência de expressa previsão normativa para as hipóteses mitigadoras levaria à afirmação de que o princípio da identidade física do juiz teria se tornado absoluto no processo penal.

A resposta para tal questionamento é extremamente relevante para a aplicação prática do direito processual penal e, em última análise, para a

concretização da justiça, de sorte que se faz necessária uma análise minuciosa do princípio da identidade física do juiz e de suas – possíveis – exceções para, somente então, deduzir as perspectivas futuras de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tratar do tema, o primeiro capítulo traz diversos conceitos de “princípio”, abordando-se, ainda, as posições doutrinárias a respeito da distinção entre referida espécie normativa e as regras.

Após, passa-se a breves apontamentos a respeito da função normativa dos princípios e de sua importância no aspecto constitucional e infraconstitucional.

Analisa-se, em seguida, o papel desempenhado pelo magistrado no processo e o princípio da oralidade, ou seja, os dois pressupostos para que se possa falar na real concretização do princípio da identidade física do juiz.

Faz-se, então, o estudo da evolução da previsão legal do princípio da identidade física do juiz no ordenamento jurídico brasileiro, realizando a análise de tal norma à luz de princípios constitucionais.

Pondera-se, por fim, a necessidade da mitigação casuística do princípio da identidade física do juiz, averiguando, então, a melhor solução para a atual problemática da inércia legislativa.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se o método dedutivo, isto é, tomou-se uma premissa geral como base para o alcance das demais conclusões sobre o tema, tendo como amparo teórico obras doutrinárias, artigos científicos e entendimentos jurisprudenciais.

2 PRINCÍPIOS

Para que se possa compreender um ordenamento jurídico – no todo ou em parte – é necessário um estudo pautado, ainda que implicitamente, na importância dos princípios por ele consagrados¹.

2.1 Conceito

Em uma análise semântica, o termo “princípio”, originado do latim *principium*, pode significar começo, início ou, ainda, o nascimento de algo.

De igual sorte, a expressão “princípio” é frequentemente atrelada à valores. Exemplo disso é que qualificar determinado sujeito como sendo “uma pessoa de princípios” é, geralmente, o mesmo que dizer que o sujeito alvo da descrição é alguém que age de acordo com valores éticos e morais socialmente consagrados.

Pode ser, contudo, que o indivíduo seja considerado “uma pessoa de princípios” ainda que os valores por ele estimados não sejam aclamados pela sociedade. Basta, para tal caracterização, que, nas situações cotidianas, o sujeito se mantenha fiel às convicções que possui, podendo elas serem consideradas boas ou más perante a coletividade.

A carga positiva ou negativa que se confere à determinado valor é flexível. Assim, enquanto um valor consagrado nos dias atuais pode ter sido desprezado pela sociedade no passado, um valor atualmente ignorado pode ter servido de base, em tempos remotos, para que se justificasse a adoção de determinados comportamentos.

Para ilustrar o pensamento acima desenvolvido, basta recordar que houve um tempo em que a vingança era um valor consagrado pelo direito penal. De fato, o ofendido poderia, como medida de “justiça”, retribuir o mal que lhe fora causado pelo agressor. É cediço, contudo, que, na atualidade, nosso ordenamento jurídico não só deixa de enaltecer a vingança privada, como também faz questão de proibi-la.

¹ O presente tópico, bem como parte do tópico 4 (denominado “Princípio da Identidade Física do Juiz”) foram objeto de estudo e publicação no ETIC (Encontro Toledo de Iniciação Científica), do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, em 2017.

Pode se afirmar, então, que os valores estiveram intimamente relacionados com o desenvolvimento das sociedades e, por esse motivo, desempenharam um papel fundamental na concepção e na evolução das espécies normativas que compõem os ordenamentos jurídicos.

Por muito tempo aceitou-se a tese de que princípios e normas possuíam significados diversos. Na atualidade, porém, é cediço que os princípios são normas e devem ser analisados como tais.

As normas jurídicas podem ser definidas como o resultado obtido quando da interpretação dos textos legais (ÁVILA, 2015, p. 50), sendo oportuno destacar que, como em qualquer espécie de interpretação, o papel do sujeito que a realiza (*in casu*, o aplicador do direito) é fundamental.

A partir da interpretação de determinado texto (ou imagem - no caso de uma placa de trânsito, por exemplo) é que se pode extrair qual conduta deve ser adotada pelo agente para a concretização dos valores consagrados pelo sistema em que ele está inserido.

De fato, é possível constatar que a norma (quando imperativa), se localiza no âmbito do “dever ser” e pode ser traduzida pelos modais deônticos, uma vez que induz o comportamento do sujeito através da previsão de uma conduta desejada, seja ela proibitiva, facultativa (permissiva) ou obrigatória.

Dimitri Dimoulis (2003, p. 70) assinala que “a norma diz ao destinatário aquilo que deve fazer em relação à conduta descrita. Assim sendo, relaciona o ser da conduta descrita [...] com o dever ser de certas prescrições”.

Não se pode olvidar, ainda, que a norma e o texto legal não são vinculados entre si, isto é, a existência de um não pressupõe a do outro. Com efeito, nem sempre é possível extrair uma norma quando se realiza a interpretação de um dispositivo. De igual sorte, nem toda norma jurídica tem sua origem em um texto legal (ÁVILA, 2015, p. 50).

Leciona Humberto Ávila (2015, p. 54) que “é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”.

De fato, a atividade interpretativa é fator indispensável para a construção de determinada norma, sendo que esta, enquanto gênero, se subdivide em duas espécies: princípios e regras.

O caráter polissêmico da expressão “princípio” torna árdua e complexa a busca por uma definição universal do sobredito termo, o que, inevitavelmente, resulta em diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema.

Esser (1990) *apud* Ávila (2015, p. 55) define princípios como “normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”.

Por esse pensamento, os princípios seriam premissas para se constatar a existência de determinada obrigação.

Miguel Reale (2002, p. 303), por sua vez, trata os princípios como verdadeiras bases do ordenamento jurídico e, sendo assim, os conceitua como:

“verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 53) atribui notória relevância aos princípios quando expõe que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico

De fato, os princípios são primordiais para a estruturação de qualquer ordenamento jurídico, uma vez que oferecem as diretrizes necessárias para a interpretação das demais normas nele existentes.

Humberto Ávila (2015, p. 102) destaca outra visão a respeito dos princípios ao defini-los como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção

Depreende-se, portanto, que classificar os princípios como normas finalísticas implica dizer que eles veiculam determinadas finalidades, ou seja, expressam objetivos a serem alcançados.

Referidos objetivos podem ser chamados de fins e só são atingidos mediante a adoção de condutas específicas, denominadas meios. Assim, os fins (objetivos) e os meios (condutas a serem adotadas) encontram-se intimamente ligados com a realização dos princípios em si mesmos, daí porque a positivação de certo princípio implica na indispensabilidade do emprego de certas condutas (ÁVILA, 2015, p. 103).

De se ressaltar, ainda, a existência da visão de princípios como normas de elevado grau de abstração e generalidade. Tal concepção é expressa pela parcela doutrinária que defende que a aplicação dos princípios sofre grande influência subjetiva da pessoa que a realiza (ÁVILA, 2015, p. 109).

É indubitável que as diferenças na conceituação dos princípios refletem, mesmo que indiretamente, na maneira com que eles são tratados por determinado ordenamento jurídico e, também, nos efeitos causados quando de sua aplicação.

2.2 Princípios e Regras: Distinções

De elevada controvérsia doutrinária é o tema da distinção entre princípios e regras.

Há, em nosso ordenamento jurídico, o pensamento de que os princípios são normas fundamentais. As regras, de outro lado, são comumente retratadas como normas de caráter instrumental, servindo para a realização dos princípios (SILVA, 2003, p. 06). Referido entendimento, conforme se denota, diferencia as espécies normativas em razão do quão fundamental elas são para o sistema em que estão inseridas.

As regras são, em sua essência, normas descritivas que indicam o comportamento a ser seguido pelo destinatário. Depreende-se, portanto, que as regras uniformizam comportamentos (ÁVILA, 2015, p.102).

Tendo por base a ideia de que uma norma é o resultado da interpretação de um texto legal, poderia ser dito que a diferença do *quantum* da

participação do sujeito na atividade interpretativa é que classificaria determinada norma como sendo princípio ou regra.

Ronald Dworkin (2007, p. 39) ponderou que regras são aplicadas a partir da lógica do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*). Nessa ótica, caso sejam preenchidas as hipóteses de incidência de determinada regra, esta será, por consequência, válida. De outro lado, caso não sejam preenchidas referidas hipóteses, a regra deverá ser considerada inválida para o caso concreto analisado. Partindo desse pensamento, o autor explanou que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui a decisão (DWORKIN, 2007, p. 39)

Segundo tal critério, em caso de conflito entre regras, haverá, necessariamente, a exclusão de uma delas, que será considerada inválida.

O mesmo não ocorre em relação aos princípios. Isso porque, ainda segundo Dworkin (2007, p. 42-43), os princípios são caracterizados por uma “dimensão de peso”, significando que na colisão entre eles haverá a aplicação daquele que possuir “maior peso”, sem que haja a exclusão do outro.

Ronald Dworkin (2007, p. 57) conclui que:

Seja como for, somente as regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem

Robert Alexy (2008, p 86), por sua vez, diferencia princípios e regras pelo critério da obrigação instituída por cada espécie normativa:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la me-

didada debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas²

Alexy explica que as obrigações oriundas de regras são absolutas, enquanto que aquelas contidas nos princípios são *prima facie*, isto é, passíveis de serem superadas, por não trazerem mandamentos definitivos. O autor aduz, ainda, que os princípios são ponderáveis, o que esclarece o motivo de, em casos de conflito entre eles, haver a solução mediante ponderação (ALEXY, 2008, p. 99).

É importante destacar, contudo, que os critérios de diferenciação das espécies normativas defendidos por Dworkin e Alexy não são isentos de críticas.

Humberto Ávila (2015, p. 82) expõe que não é adequado afirmar que a dimensão de peso é característica única dos princípios. Isso porque “a citada dimensão de peso (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador”.

Assim, seria o “peso” conferido pelo intérprete da norma quando da análise do caso concreto, inexistindo, portanto, qualquer valor previamente estipulado em razão de ser a norma princípio ou regra.

Ávila (2015, p. 74) leciona, ainda, que a ponderação não é aspecto exclusivo dos princípios, mas sim um atributo das normas enquanto gênero, razão pela qual se faz possível, ainda que de forma excepcional, a ponderação de regras.

Registre-se que também existem aqueles que diferenciam princípios e regras em razão de seu grau de abstração e generalidade: os princípios, enquanto possuidores de maior grau de tais atributos, recebem maior subjetividade quando de sua interpretação, isto é, há uma maior participação do intérprete quando da exegese de um princípio.

Ainda segundo tal pensamento, as regras, que são dirigidas a uma quantia determinada (ou determinável) de situações e pessoas, demonstram pouco grau de abstração e generalidade, não se exigindo, portanto, a influência subjetiva do intérprete quando de sua aplicação.

² “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas” (tradução livre).

Entrementes, assiste razão Ávila (2015, p. 110) quando critica tal ponto de vista. O autor sustenta que não é possível diferenciar princípios e regras quando se toma por base a indeterminação – característica inerente às normas em geral.

Para Ávila (2015, p. 158), existem três critérios válidos para diferenciar princípios e regras, sendo estes a natureza: da descrição normativa; da justificação e da contribuição para a decisão.

Em relação à natureza da descrição normativa, o autor aduz que as espécies se diferenciam em razão do grau de descrição por elas apresentado. Isso porque uma regra é, por essência, mais descritiva, na medida em que detalha condutas. Já os princípios descrevem apenas finalidades a serem alcançadas.

No tocante à natureza da justificação, tem-se que, enquanto os princípios demandam uma análise mais profunda dos fins pretendidos e das condutas eleitas como adequadas à sua promoção, as regras exigem a simples análise da compatibilidade entre a conduta descrita e a conduta adotada no caso concreto.

Por fim, em relação à natureza da contribuição, Ávila (2015, p. 158) expõe que “as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a dar uma solução provisória para um problema conhecido, e os princípios pretensão de complementariedade, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema”.

Em que pese a diferenciação entre as espécies normativas não seja um tema pacífico na doutrina, há unanimidade quanto ao reconhecimento da importância e da força dos princípios nos ordenamentos jurídicos.

2.3 A Força Normativa dos Princípios e a Constituição Federal de 1988

A força normativa dos princípios decorre da própria condição de norma que a eles é atribuída. É de se ressaltar, contudo, que nem sempre foi assim.

A evolução da concepção normativa dos princípios passou por três grandes fases que podem ser sintetizadas como jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, os princípios estavam atrelados ao ideal de justiça, mas sem qualquer força normativa (TOVAR, 2005, s/p). Valorizou-se o direito natural, ou seja, a ideia da existência de direitos inerentes aos homens, direitos

estes que estavam acima de qualquer obrigação positivada. Essa visão fez com que os princípios fossem considerados apenas abstratamente para a avaliação do justo e do injusto, possuindo o status de simples orientações (FAZOLI, 2007, p. 116).

O juspositivismo, por seu turno, somente considerava as regras devidamente positivadas como capazes de criar obrigações e regulamentar direitos. Nessa época, foi conferida certa normatividade aos princípios que, por sua vez, passaram a ser aplicáveis, subsidiariamente, em casos de lacunas legais.

O artigo 4º da LINDB exemplifica tal pensamento ao prever que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (FONSECA, 2013, s/p).

Insta salientar que a máxima importância conferida pelo pensamento juspositivista às regras foi um fator contributivo para a difusão dos ideais nazistas, uma vez que estes se encontravam, de fato, amparados pela lei positivada.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, com a aniquilação do fascismo e do nazismo, foi possível perceber o real perigo em se igualar o direito somente ao que era expressamente positivado, razão pela qual os valores foram trazidos, novamente, para o centro dos ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo ganhou vida e trouxe com ele o propósito de permitir que todos os valores constitucionais, notadamente os direitos fundamentais, fossem reconhecidos perante o sistema jurídico (TEBAR; AMARAL, 2011, p. 127).

Com efeito, o neoconstitucionalismo possibilitou uma análise do texto constitucional voltada para o aspecto da concretização de valores que, muitas das vezes, encontram-se contidos nos princípios contemplados pelo ordenamento jurídico.

Houve, então, o advento do pós-positivismo, movimento que permitiu que os princípios deixassem de ser meros integradores e adquirissem força normativa plena, passando a ser vinculantes.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p.147) conceituam o pós-positivismo como:

a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos

textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

A Constituição Federal de 1988, seguindo os parâmetros do pós-positivismo, valoriza os princípios, na medida em que os introduz (explícita ou implicitamente) no próprio texto constitucional, podendo ser citados como exemplos o princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, CF), o da igualdade (artigo 5º, caput, CF) e o do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CF).

Há, portanto, o reconhecimento da normatividade dos princípios. E não é só. Os princípios positivados na Lei Maior, possuem caráter de norma constitucional e, por consequência, ocupam uma posição de maior relevância na hierarquia normativa do nosso ordenamento jurídico.

Isso significa que os princípios constitucionais podem ser utilizados até mesmo como parâmetros para aferir a constitucionalidade de determinada norma. Esse é, a propósito, o pensamento defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao destacar a gravidade da violação de um princípio, aduz que se trata da “mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade” (MELLO, 2010, p. 53).

Com efeito, para a criação de qualquer norma, se faz necessária uma análise de conformidade com a Constituição Federal, ou seja, é preciso que se avalie a correspondência entre os ideais trazidos pela norma confeccionada pelo legislador infraconstitucional e àqueles valores defendidos – ainda que implicitamente – pelo texto constitucional.

Para ilustrar o que foi dito, basta lembrar que não é possível criar um novo crime com efeito retroativo a fim de punir até mesmo as pessoas que praticaram determinada conduta antes da elaboração da norma incriminadora. A proibição, nesse caso, se daria em razão da incompatibilidade da nova norma com o princípio da segurança jurídica.

Em que pese sobredito princípio não esteja previsto expressamente no texto constitucional, ele pode ser extraído de diversas normas ali positivadas, dentre as quais está a irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, CF 88).

Nesse sentido, leciona Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60-61):

Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito

Desta feita, depreende-se que a violação à um dos princípios constitucionais (até mesmo aqueles implícitos) gera os mesmos efeitos que o descumprimento de uma regra positivada na Lei Maior.

De igual sorte, é certo que os princípios, enquanto normas, podem ser utilizados para a solução de conflitos concretos, isto é, há a possibilidade de invocar um princípio para fundamentar determinada decisão judicial.

A força normativa dos princípios é evidenciada, ainda, pelo mandado de segurança. Com efeito, referido remédio constitucional pode ser utilizado em casos de violação de princípios que regulam um direito líquido e certo. É o que ocorre quando há ofensa ao princípio da presunção de inocência e, também, por exemplo, quando se desrespeita o devido processo legal em determinado procedimento administrativo.

De se ressaltar, ainda, que os princípios constitucionais se encontram em um patamar hierarquicamente superior aos princípios infraconstitucionais (TOVAR, 2005, s/p). Isso torna evidente o fato de que, assim como as demais normas do ordenamento jurídico, os princípios infraconstitucionais devem ser interpretados à luz daqueles que foram prestigiados pelo legislador constituinte.

2.4 Princípios Processuais

Todas as áreas do direito são regidas por normas específicas (regras ou princípios) que possuem a função de estruturar os ramos do saber jurídico, prezando para que eles guardem a correspondência necessária com os valores consagrados no Texto Constitucional.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 03) leciona que:

Cada ramo do direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria

Embora as áreas do direito se organizem de acordo com seus princípios específicos, é imprescindível que haja harmonia entre o teor de tais normas e os princípios constitucionais.

É o que acontece, *in casu*, com o direito processual pátrio, que consagra princípios para nortear sua correta concretização sem, contudo, se olvidar dos valores constitucionais.

Conforme assinala Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 49) “sendo ramo de um organismo maior, que é o direito em sua configuração total, as leis que regem o processo se apoiam, antes de tudo, nos princípios gerais observáveis em todo o ordenamento jurídico”.

O artigo 1º do Novo Código de Processo Civil ilustra sobredito pensamento ao estabelecer que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Extrai-se, portanto, que as normas processuais devem, além de salvaguardar os princípios constitucionais, agir de acordo com as determinações específicas contidas nos códigos (de forma explícita ou implícita).

3 PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Para a real compreensão do princípio da identidade física do juiz – tema de que trata o presente trabalho – torna-se indispensável a prévia análise dos pressupostos que o sustentam, quais sejam, o papel do magistrado no processo e, ainda, o princípio da oralidade.

3.1 O Juiz: Aspectos Históricos

O termo “juiz”, que se origina do latim *iudex*, é frequentemente atrelado à ideia de julgamento. De fato, desde os tempos mais remotos, a existência de desentendimentos entre os cidadãos resulta na necessidade da intervenção de um terceiro que, de forma imparcial, influencie na solução dos conflitos.

Octacílio Paula Silva (1994, p. 55) pondera que a figura do magistrado pode ter surgido antes mesmo da criação da lei (em *lato sensu*), ressaltando, inclusive, que “os julgamentos devem ter nascido com o homem e o homem nem sempre necessita de leis para investir-se da condição de juiz”.

Na Grécia antiga, o título de magistrado era concedido à determinado cidadão através de sorteio ou de eleição. Após investido no cargo, o sujeito passava a desempenhar um tipo de comando civil ou militar voltado ao interesse público. Nessa época não havia a exigência de características específicas para o exercício da magistratura, sendo tal função limitada à resolução dos conflitos submetidos à julgamento (DALLARI, 2002, p. 10).

No âmbito do Direito Romano, os magistrados eram relativamente livres em seus veredictos, uma vez que, para efetuá-los, se pautavam no direito costumeiro.

Os juízes, nesse período, eram eleitos pelo povo, o que, de certa forma, demonstra a valorização social da ideia de representatividade. Assevera Dallari (2002, p. 11) que:

com a expansão de Roma e a evolução interna da sociedade, a qual se deu, em grande parte, sob influência de fatores resultantes da expansão, surgiram diferentes categorias de magistrados. Assim, entre outras inovações, a diferenciação de classes sociais determinará a existência de magistrados patrícios e plebeus, os quais serão eleitos pelos membros da respectiva classe

A magistratura perdeu, contudo, seu caráter representativo quando houve, em Roma, a implantação do sistema imperial (DALLARI, 2002, p. 11).

Na idade Média, a justiça emanava do rei, razão pela qual a função de juiz era exercida, em nome do soberano, pelo conde, que detinha competência para causas cíveis e criminais (SILVA, 1994, p. 74).

Rogério Marrone de Castro Sampaio (2008, p. 33) ressalta que:

no período medieval, em que preponderava o absolutismo monárquico, não se sujeitava o imperador ou monarca aos ditames da lei, o que, por consequência, também colocava em plano secundário os poderes expressados pela atividade jurisdicional

No século XVII, os juízes eram escolhidos pelos governantes absolutos e deviam manter-se fiéis a eles. Tal fato gerou uma visão negativa a respeito dos magistrados, que tornaram-se arbitrários e temidos pelos cidadãos (DALLARI, 2002, p. 12).

Após a Revolução Francesa, com a imposição da tripartição dos poderes, o legislativo tornou-se um meio de efetivação da segurança jurídica, transformando-se o juiz, então, em um aplicador da lei positivada.

Com a evolução do direito processual, que, posteriormente, passou a ser visto como ciência autônoma – desvinculada ao direito material – houve, também, uma mudança significativa na função desempenhada pelo juiz quando da prestação da jurisdição.

3.2 A Função do Juiz no Processo

É cediço que ao magistrado compete prestar a jurisdição, *id est*, a ele cabe a resolução dos conflitos que lhe são apresentados.

Contudo, para que exista a análise da procedência ou improcedência da pretensão veiculada em determinado feito, a prática de diversos atos se faz necessária. É justamente acerca do controle do juiz sobre a realização destes atos “preparatórios” (denominados atos processuais) que o estudo agora se concentra.

Pode-se dizer que os poderes conferidos ao juiz são reflexos dos fenômenos sociais, razão pela qual as grandes mudanças ocorridas no pensamento da coletividade durante a história repercutiram diretamente no maior ou no menor

grau de poder que se conferiu aos magistrados na condução e na resolução das lides.

Com efeito:

A história da magistratura, mesmo vista em largos traços, revela diferentes concepções de seu papel social e político. A evolução das sociedades humanas, a complexidade crescente das organizações sociais, a experiência com diversas formas de governo, tudo isso influenciou sobre o papel atribuído à magistratura, que variou muito (DALLARI, 2002, p. 9)

Durante muito tempo, o papel desempenhado por um juiz no processo foi equiparado ao de um mero espectador. Cabia ao magistrado tão somente se preocupar com a aplicação da lei no caso concreto. Isso se deu durante a vigência dos direitos de primeira geração (ou dimensão), que, estando intimamente ligados à liberdade enquanto valor, propagavam a mínima intervenção do Estado no âmbito da vida particular dos cidadãos.

Marinoni e Talamini (2004, p. 59) lecionam que:

O direito liberal clássico, que evidentemente não concebia a intervenção do Estado na esfera dos particulares, refletiu-se na jurisdição, espelhando a figura de um juiz inerte, que deixava a sorte do processo unicamente às partes, sem nele poder interferir nem mesmo para determinar de ofício uma prova, quando tinha consciência de que a “verdade” dos fatos estava sendo “construída” pela astúcia ou em virtude de maior habilidade de uma das partes

Preconizava-se, portanto, a “neutralidade” do magistrado durante o processo (MARINONI; TALAMINI, 2004, p. 59) que, contudo, não pode ser confundida com a imparcialidade, sendo esta última um pressuposto da própria atividade jurisdicional.

Após certo tempo, as sociedades passaram a aceitar a adoção de uma postura intervencionista do Estado nas relações particulares (Estado Social), o que proporcionou, claramente, uma maior interferência dos juízes na condução dos feitos.

Nesse período, o magistrado passou a ser responsável não só pelo cumprimento das formalidades necessárias ao processo, mas, também, por adotar medidas que possibilitassem o alcance da verdade real dos fatos e a consequente concretização da justiça.

No sentir de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 339):

o grau de participação do juiz na realização do processo é também um “ponto sensível” relativo ao modo de ser deste. Nos sistemas político-constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. É assim o nosso sistema processual na atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juizes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior (2014, p. 468) ressalta que “o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”.

É o que se verifica, aliás, no Novo Código de Processo Civil que, em seu artigo 139, ao regular a forma com que o magistrado deve conduzir os processos, preconiza uma posição mais ativa do juiz.

O pensamento acima exposto se aplica, igualmente, ao direito processual penal. Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1177-1178) aduz que:

No exercício da função jurisdicional, a Constituição Federal e a legislação ordinária conferem ao juiz diversos poderes para que possa alcançar o objetivo do processo que é a correta aplicação da lei penal. Por isso se diz que o juiz é o *dominus processus*, vez que o preside, cabendo-lhe regular sua condução até a sentença final

Não destoam do pensamento apresentado por Marco Antonio Marques da Silva (1993, p. 05), que ressalta:

Na exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o Min. Francisco Campos afirmava que a direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade

Com efeito, na busca pela melhor prestação da jurisdição, é possível que o julgador, *ex officio*, determine a produção das provas que entender necessárias à solução da lide, sendo oportuno destacar que sobredito poder não constitui afronta à imparcialidade do magistrado.

Nesse passo, leciona João José Custódio da Silveira (2012, p.38):

Se tal intervenção se dá com a produção de prova que deveria haver sido provocada por uma das partes, não se pode argumentar tratamento desigual porque ela só será beneficiada se for realmente detentora do direito em debate. E, num processo de resultados, não se admite avaliar a vitória de quem não tem razão sob o argumento de ser impossível ao juiz determinar a produção de prova que, embora não postulada pelo vencido, mostrava-se elemento crucial para a solução da lide. A utilização dos poderes instrutórios pelo juiz tem como espeque único reunir todas as fontes possíveis para que a decisão se aproxime de um desfecho ideal, qual seja aquele que sinalize maior justiça segundo as regras do direito material aplicável ao caso concreto

No mesmo sentido:

É óbvio que o princípio da imparcialidade não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Ao contrário, será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deveria ser por ela demonstrado não tivesse sido provado. Frise-se que o princípio do contraditório, que obviamente é desenhado segundo as luzes do princípio da igualdade substancial, é fortalecido por essa participação ativa do juiz, uma vez que também é evidente que não bastam oportunidades iguais àqueles que são substancialmente desiguais (MARINONI e TALAMINI, 2004, p. 61)

O poder de determinar a produção probatória, vale dizer, é subsidiário. Isso porque é dever das partes trazer aos autos as provas que julgarem aptas a atestar suas respectivas pretensões (de procedência ou improcedência).

Considerando, contudo, que o magistrado é o destinatário final da prova, parece-nos razoável que, sem se olvidar da imparcialidade inerente à sua função, o juiz, de forma fundamentada, determine a produção das provas que, mesmo necessárias à solução das controvérsias do feito, foram ignoradas pelas partes.

Além disso, essa faculdade conferida ao julgador, tanto na área cível, quanto nos feitos criminais, é regida pelo contraditório, princípio comum a todo e qualquer processo.

Com efeito, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1180) ressalta que “deve o magistrado assegurar que as partes possam participar da produção da prova (contraditório para a prova) ou, caso isso não seja possível, garantir-lhes o direito de se manifestar sobre a prova produzida (contraditório sobre a prova)”.

Conforme se extrai, a ideia do formalismo exacerbado foi deixada para trás. Busca-se hoje a concretização do direito através da descoberta da verdade

real, algo que, por óbvio, vai muito além da mera observância da verdade formal, isto é, aquela constante dos autos.

De fato, se no processo civil já há a – justa – preocupação com a verdade dos fatos, no processo penal, que traz consequências mais severas para o indivíduo (como o cerceamento de seu direito fundamental à liberdade de locomoção), o cuidado deve ser redobrado.

As funções do magistrado no processo podem ser, ainda, de caráter administrativo. Isso ocorre quando os atos praticados pelo juiz são voltados para assegurar a ordem regular de determinado feito (LIMA, 2016, p. 1178).

Ilustrando o pensamento acima exposto, verifica-se que, no processo penal, a fim de zelar pela disciplina, o julgador desfruta do poder de polícia (artigo 497, inciso I, do Código de Processo Penal), podendo, inclusive, determinar a prisão daqueles que se mostrarem desobedientes durante a prática de atos processuais.

Os juízes desempenham, por fim, os chamados poderes de impulsão (LIMA, 2016, p. 1178), que são responsáveis por garantir a regular tramitação das ações. Assim, compete ao julgador conduzir o processo de forma a zelar para que os atos nele praticados respeitem a ordem e a forma estabelecida em lei.

É notório, portanto, que o juiz, enquanto sujeito processual, é responsável pela prática de atos indispensáveis à concretização da justiça, de sorte que a essencialidade da função por ele desempenhada justifica a relevância conferida pelo legislador pátrio à presença do magistrado no direito processual.

3.3 Princípio da Oralidade

Após o estudo do papel desempenhado pelo magistrado no direito processual, passa-se à análise do princípio da oralidade - segundo sustentáculo do princípio da identidade física do juiz.

A comunicação oral é característica inerente ao ser humano. Com efeito, desde os tempos mais remotos a linguagem verbal rege as relações humanas (GUEDES, 2003, p. 16).

No âmbito jurídico, a oralidade se relaciona intimamente com a maneira com que os atos necessários à regular tramitação do processo, isto é, os atos processuais, são realizados (GUEDES, 2003, p. 52). De fato, no acolhimento da oralidade há evidente enaltecimento da linguagem verbal.

Jefferson Carús Guedes (2003, p. 53) explica que a expressão “oralidade” também pode ser utilizada para “identificar os raros ou já extintos procedimentos exclusivamente orais”.

Com efeito, não há que se falar, nos dias atuais, em processos tão somente orais, uma vez que, com a evolução da escrita e a “popularização do papel”, o processo puramente “falado” foi deixado para trás (GUEDES, 2003, p 18 e 24).

De igual sorte, é evidente que procedimentos estritamente escritos, marcados pelo formalismo exacerbado e pela lentidão, não se apresentam como melhor solução. Nos procedimentos escritos, leciona Moacyr Amaral Santos (2008, p. 84) que:

todos os atos processuais se manifestam por escrito. Esse o sistema imediatamente anterior ao Código de Processo Civil de 1939. Nenhuma influência da oralidade. Nem mesmo os depoimentos das partes e das testemunhas precisavam ser ouvidos pelo juiz que tivesse que proferir a sentença, o qual se valia da sua redação escrita nos autos. O juiz decidia pelo que estivesse escrito nos autos

Extrai-se, portanto, que a escrita, em sobreditos procedimentos, era tão valorizada que bastavam, para a prolação de decisões, os registros documentais, sendo prescindível o contato entre o julgador e as partes.

José de Figueiredo Dias (2004, p. 231-232) destaca as diferenças existentes entre a oralidade e a escrita no direito português:

Quando se fala da oralidade como princípio geral do processo penal tem-se pois em vista, como já atrás se disse, a forma oral de atingir a decisão: o processo será dominado pelo princípio da escrita quando o juiz profere a decisão na base de actos processuais que foram produzidos por escrito (actas, protocolos, etc.); será pelo contrário dominado pelo princípio da oralidade quando a decisão é proferida com base em uma audiência de discussão oral da matéria a considerar

Evidente, portanto, que o sistema puramente escrito acarretaria no distanciamento entre o magistrado e o processo, sendo esta uma das razões pelas quais referido sistema não ter sido implantado no ordenamento pátrio. Há, pois, de ser encontrado o equilíbrio entre a oralidade e a escrita.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 634) assinala que no procedimento oral “deve ser dada preponderância à palavra falada sobre a escrita, sem que esta seja excluída”.

Assim, apesar de um ato verbal ser, em sua essência, antagônico ao ato escrito, infere-se que ambos podem conviver harmonicamente em determinado sistema jurídico, *id est*, não se faz necessária a prevalência exclusiva de um ou de outro.

Jefferson Carús Guedes (2003, p. 56) aponta, ainda, que, em seu aspecto principiológico, a oralidade é responsável pela geração de outros princípios pelo fato de “permitir a aproximação do juiz com as partes e com a prova – imediatidade; exigir do juiz que instrui o julgamento – identidade física do juiz; por realizar maior número de atos em melhor tempo – concentração”.

O enaltecimento da oralidade constituiu-se verdadeira válvula de escape em relação à morosidade que, há tempos, afligia o poder judiciário.

Com efeito, Jefferson Carús Guedes (2003, p. 33) destaca que, no âmbito do direito italiano, Mauro Cappelletti fez a proposta da “utilização da oralidade como forma de facilitação do acesso à justiça”.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da oralidade foi consagrado, primeiramente, no direito processual civil, com o Código de Processo Civil de 1939.

A lei dos juizados especiais (lei nº 9099/95), em seu artigo 2º, dispõe que: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Há, no supracitado dispositivo, o enaltecimento da oralidade que, enquanto princípio processual, é imposto como um dos pilares dos procedimentos especiais estabelecidos na lei 9099/95.

No que tange ao processo penal, a oralidade se faz presente no Tribunal do Júri, uma vez que, na fase de plenário o julgamento feito pelos jurados somente ocorre após a sustentação oral das partes.

Após a reforma de 2008, os atos processuais no âmbito penal são orais durante a fase instrutória, notadamente na realização da audiência prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal, a qual se presta à:

tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, (...) bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas” e, por fim, ao interrogatório do réu

Segundo Jefferson Carús Guedes (2003, p. 115):

consagra-se de todo modo a oralidade nessa audiência, tempo e lugar em que será colhida a prova oral, seja pelos esclarecimentos do técnico que elaborou a prova pericial, seja pelos depoimentos pessoais do autor, do réu ou dos intervenientes e pelos depoimentos das testemunhas. A virtude da prova oral decorre da imediatidade, da aproximação e do diálogo entre juiz e as partes, e do diálogo entre o juiz e as testemunhas, capaz de aferir a veracidade de cada pronunciamento e do comportamento das partes

Em que pese a oralidade (enquanto prática oral de atos) possa ser reconhecida em outros momentos processuais, é durante a instrução que a ela se torna, de fato, notável.

O ato oral aproxima as partes – e as provas – do julgador. De fato, se todos os atos do processo fossem escritos, não haveria a necessidade de vinculação do magistrado às causas, uma vez que qualquer juiz seria capaz de interpretar os autos e, assim, proferir uma sentença.

Considerando que prestar a jurisdição é muito mais do que a simples prolação de sentenças, verifica-se que a aproximação do magistrado ao processo (por meio da colheita da prova oral) é de suma importância para a concretização da justiça.

Em época anterior à consagração do princípio da identidade física do juiz no processo penal, Pedro Henrique Demercian (1999, p. 85) lecionou que “a inexigibilidade de vinculação do juiz no processo criminal invalida todas as tentativas de se implantar um autêntico modelo oral”.

É evidente, portanto, que o raciocínio supracitado expressa a íntima relação entre os princípios da oralidade e da identidade física do juiz, atrelando a concretização de um (oralidade) à necessidade da aplicação do outro (identidade física).

4 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Após a delimitação dos pressupostos para a compreensão do princípio da identidade física do juiz (*in casu*, a função do magistrado no direito processual e o princípio da oralidade), torna-se imprescindível - e até mesmo inevitável - a análise meticulosa das características inerentes a sobredito princípio.

A finalidade precípua do princípio da identidade física do juiz é fazer com que a pessoa encarregada de proferir a decisão (magistrado) realize também a colheita imediata de provas em um processo, isto é, participe efetivamente da instrução processual (LIMA, 2016, p. 635).

Extrai-se, assim, que o juiz responsável pela instrução de determinado feito a ele se vincula, tornando-se encarregado de prolatar a respectiva sentença.

René Ariel Dotti (1998, p. 419) elucida o espírito de tal norma, na medida em que esclarece que:

no alto do poder decisório deve estar aquele juiz que efetivamente acompanhou o início da aventura processual, quando os protagonistas do drama ou da comédia forense ainda não tinham os seus definitivamente distribuídos e nem os locais de representação perfeitamente ordenados

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1997, p. 411), por sua vez, analisa o princípio em questão e conclui que ele é composto por dois aspectos: a permanência subjetiva e a permanência objetiva do magistrado. Com efeito, referido autor explica que:

Em virtude da permanência objetiva, os juízes para determinada competência, por mais larga ou mais restrita que seja, são juízes duradouros, e não juízes para cada caso, ou para pequeno número de pessoas (...) Em virtude da permanência subjetiva, aforado qualquer pedido, as leis procuram evitar que a pessoa mesma do juiz se substitua, que a imediatidade se quebre, salvo quando o juiz se dê por impedido ou suspeito, ou porque entre em licença ou férias, ou, ainda, por algum acidente relativo à cumulação ou ao desmembramento de processos

Infere-se, portanto, que, enquanto a permanência objetiva é a competência do magistrado para as causas a ele submetidas, a permanência subjetiva se caracteriza pela vinculação do juiz a um processo específico.

Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 286) salienta, contudo, que “não é o contato do juiz com qualquer prova que o vincula ao julgamento do feito. Apenas

em caso de colheita de prova oral ficará adstrito a julgar a causa (e não quando tiver contato com prova pericial, documental etc.)”.

No mesmo sentido, Jefferson Carús Guedes (2003, p. 68) esclarece que “situações existem em que a coleta da prova não vincula aquele que a colheu. Não se cogita prender ao processo o juiz que não tem ligação maior com o feito, como nos casos em que a coleta da prova é deprecada a outro juiz”.

Walter Antonio Dias Duarte (2006, p. 30) elabora severa crítica à utilização do termo “identidade física” para nomear o princípio em questão. Para referido autor, a presença corpórea do magistrado é mera consequência da identidade psicológica e ideológica dele, sendo estas as verdadeiras características enaltecidas pelo legislador pátrio.

Duarte (2006, p. 30) explica, ainda, que o elemento central do princípio ora estudado é o atributo interior do magistrado, ou seja, o “conhecimento da causa, a percepção dos fatos sob julgamento, a devoção à causa visando a uma justa solução, a experiência no trato de questões humanas”.

No mesmo sentido, a lição de Hélio Tornaghi (1974, p. 405):

Defrontando-se com partes, testemunhas, peritos, intérpretes, enfim com todos quantos possam esclarecer os fatos, o juiz forma juízo sobre sua sinceridade, dissipa dúvidas, indaga sobre as circunstâncias, apura o sentido das expressões que o simples tom de voz faz variar, atende aos gestos, à postura, às atitudes, enfim recolhe elementos de convicção que a frieza cadavérica da escrita não lhe transmitiria

Com efeito, o contato do julgador com as pessoas que figuram como partes em determinado processo permite a extração de impressões a respeito de eventuais características psicológicas e comportamentais que poderão influenciar seu convencimento no momento da prolação da decisão (sendo esta, por óbvio, fundamentada).

Registre-se que não há que se falar em violação à imparcialidade do juiz pelo simples fato de ele presidir a instrução de um processo e, após, tornar-se encarregado de julgá-lo. De fato, tendo em vista que as provas em um feito destinam-se, em última análise, ao convencimento do próprio magistrado, quanto maior a proximidade entre ele e o conjunto probatório, infere-se que maior também será a probabilidade que a verdade real seja alcançada e que haja, por consequência, a melhor prestação da jurisdição.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 28) aduz que:

o mais importante nesse princípio, a nosso ver, é o Juiz estar *vis-à-vis* com o réu, procurando compreendê-lo, analisando sua personalidade, sua postura, a maneira de responder às perguntas, o modo que relata os fatos, as explicações que apresenta etc

No mesmo sentido, lecionam Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer (2012, p. 821):

a coleta da prova – especialmente os depoimentos testemunhais e o próprio interrogatório do réu, algumas vezes também o depoimento do ofendido – tem grande significado para o convencimento judicial, direcionando sempre na busca de um juízo de certeza

Nessa perspectiva, Rui Portanova (2008, p. 241) esclarece que “o julgador, que por certo criou laços psicológicos com as partes e as testemunhas, deve usar tal conhecimento. Aproveitam-se as impressões do juiz obtidas de forma tão direta e concentrada na solução do litígio, na sentença”.

Atento à essência do princípio *sub examine*, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 274) o relaciona com a perpetuação da jurisdição aduzindo que:

A *perpetuatio jurisdictionis* seria como uma companheira inseparável do princípio da identidade física do juiz, uma vez que ambos destinam-se a preservar o conhecimento judicial da causa já realizado pelo juiz a quem ela foi distribuída e que já realizou a instrução probatória

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 223) explica que, “uma vez iniciada a ação penal em determinado foro, mesmo que alterada a competência por regra de organização judiciária posterior, firma-se a competência do juiz prevento”.

Com efeito, a *perpetuatio jurisdictionis* e o princípio da identidade física do juiz são determinantes para o estabelecimento de um vínculo entre o julgador e as causas que a ele são submetidas. Trata-se, em verdade, de uma forma de prestigiar a percepção do juiz em relação ao processo que lhe foi designado.

De fato, na medida em que o julgador entra em contato com as provas produzidas – notadamente a oral –, maior se torna a probabilidade de haver a prolação de uma sentença justa, daí porque a relevância do estudo (e da preservação) do princípio da identidade física do juiz.

4.1 Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo Civil

O princípio da identidade física do juiz foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do direito processual civil.

Com efeito, inspirado pelo princípio da oralidade, o legislador do Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu expressamente a necessidade de vincular o magistrado às causas que lhe eram submetidas e, na exposição de motivos do aludido *Codex*, esclareceu:

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 a 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. Estes os característicos fundamentais do processo oral

Sobredito pensamento representou verdadeira inovação no âmbito processual brasileiro. Conforme salienta Antônio Pereira Gaio Júnior (2008, p. 13):

O Código de 1939 acabou por renovar os próprios fundamentos teleológicos do processo. Passou o juiz a, verdadeiramente, dar direção ao processo, deixando de estar apenas limitado a zelar pela observância das regras formais por parte dos litigantes

Determinava o artigo 120 do Código de Processo Civil de 1939:

O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Se, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário

Conforme se denota, o princípio da identidade física do juiz foi, inicialmente, adotado com certa inflexibilidade. Isso porque o juiz que iniciasse a instrução de determinado feito em audiência a ele se vinculava, ainda que fosse promovido, transferido ou até mesmo aposentado.

Ora, a rigidez era tamanha que o magistrado que se aposentasse não se veria “livre” do trabalho até que “finalizasse” (através de sentença) todos os pro-

cessos em que conduzia a produção da prova oral. Tal circunstância somente era excepcionada em casos de morte, de moléstia que impossibilitasse o julgador de executar sua atividade ou, ainda, quando a aposentadoria tivesse como causa a absoluta incapacidade – física ou moral.

As dificuldades na aplicação do dispositivo legal *sub examine* também eram evidentes nos casos em que o magistrado era promovido. Com efeito, basta pensar nos juízes de primeiro grau que, ao se tornarem desembargadores, levavam consigo a tarefa de julgar as causas (que não eram competência daqueles que ocupavam posições no segundo grau de jurisdição) cuja instrução tivessem conduzido (SILVA, 1993, p. 24).

Havia, portanto, clara incompatibilidade entre as funções desempenhadas pelo magistrado promovido. De um lado, era submetido às tarefas inerentes aos desembargadores, e, de outro, permanecia vinculado às atividades que lhe eram destinadas anteriormente (enquanto juiz de primeira instância).

Marco Antonio Marques da Silva (1993, p. 24) analisa que “por esses motivos e outros semelhantes, a jurisprudência entendeu não impor o cumprimento de forma rígida, apesar da clareza do texto, transformando o dispositivo praticamente em letra morta”.

O aprimoramento do princípio da identidade física do juiz permaneceu como entendimento jurisprudencial até o advento do Código de Processo Civil de 1973, que, como de costume em novos diplomas legais, trouxe inúmeras mudanças na legislação e, também, no modo de se pensar o Direito.

Dentre as inovações introduzidas pelo aludido *Codex*, encontravam-se as – poucas – exceções ao princípio *sub examine*, previstas de forma expressa em seu artigo 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

Extrai-se, portanto, que diferentemente do que ocorrera em 1939, o legislador de 1973 se preocupou com os casos de transferência, promoção ou aposentadoria dos magistrados.

A partir de então, o juiz que fosse transferido, promovido ou aposentado não mais estaria vinculado aos processos que havia instruído – ainda que terminada a instrução.

Enquanto na vigência do Código de Processo Civil de 1939 o magistrado aposentado somente se via “livre” do trabalho quando sentenciasse todos os feitos que instruíra (salvo em casos de absoluta incapacidade), em 1973 a ideia foi desvincular imediatamente o juiz de seus deveres quando do advento de sua aposentadoria, como, *in casu*, é a “regra geral” nas demais profissões.

De igual sorte, a hipótese de transferência dos magistrados tornou-se exceção à vinculação deles às causas. Não mais se exigiu que um juiz transferido para outra Comarca (ainda que razoavelmente próxima da anterior) proferisse a sentença dos feitos que outrora foram de sua responsabilidade. Uma simples análise permite concluir ser esta a solução razoável para um país de grandes extensões territoriais como o Brasil e, ainda, para um ordenamento jurídico que lutava à duras penas contra a morosidade que o afligia.

Solucionou-se, ainda, a questão dos juízes promovidos. Com efeito, extrai-se do Código de Processo Civil de 1973 que, no momento de sua promoção, o magistrado passava a ser responsável por novos feitos, deixando para trás (isto é, para o juiz que assumisse a posição por ele anteriormente ocupada) os processos cuja instrução presidira.

De imediato, a transformação do entendimento jurisprudencial em lei pareceu solucionar as situações mais problemáticas quando o assunto era a identidade física do juiz.

A redação do artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, contudo, não era isenta de falhas. Havia, no cotidiano forense, situações corriqueiras não abarcadas pelo dispositivo em questão.

Assim sendo, em 1993, através da Lei nº 8.637, o artigo 132 do Código de Processo Civil foi alterado e passou a prever que:

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

Conforme se denota, com o acréscimo de apenas algumas palavras, a exegese do artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 foi substancialmente alterada.

Destaca-se, inicialmente, que a vinculação passou a recair sobre o magistrado que concluisse a audiência e não mais sobre aquele que a iniciasse (como era a regra desde o Código de Processo Civil de 1939).

Leciona Antônio Pereira Gaio Júnior (2008, p. 269) que:

a dicção do art. 132 do CPC privilegia o entendimento de que, salvo as exceções do próprio dispositivo, aquele magistrado, titular ou substituto, que tenha concluído a audiência, isto é, concluído a fase instrutória ou prolatória é que estará apto a julgar a lide em sua totalidade

A esse respeito, cumpre destacar que, em regra, a audiência tem seu início e seu fim em uma única sessão. Contudo, mesmo sendo considerada uma pelo Código de Processo Civil de 1973, a audiência de instrução e julgamento pode, por inúmeros motivos, ser segmentada. Humberto Theodoro Junior (2014, p. 536) discorre a respeito das características de sobredita audiência e conclui que ela:

É sempre considerada “una e contínua” e, se não for possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, “o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo” (art. 455).

Una, na expressão do Código, quer dizer que, embora fracionada em mais de uma sessão, a audiência é tratada como uma *unidade*, um *todo*. Há, assim, uma *continuidade* entre os atos fracionados, e não uma multiplicidade de audiências, quando não é possível iniciar e encerrar os trabalhos numa só sessão

Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim (2012, p. 608) destaca que:

A audiência, como se disse, é una e contínua. Não sendo possível concluir os trabalhos no mesmo dia, será designado dia próximo para a audiência em continuação (art. 455), devendo esta ser presidida pelo juiz, que deverá ser o mesmo que julgará a lide, por força do princípio da identidade física do juiz

Justamente pela possibilidade de fragmentação da audiência em vários atos é que o legislador achou por bem vincular ao feito aquele magistrado que preside a última sessão, isto é, àquele que, de fato, encerra a audiência eventualmente iniciada em sessões anteriores.

É notável, ainda, que, através da redação conferida pela Lei nº 8.637/93, as exceções ao princípio da identidade física aumentaram consideravelmente.

Somando-se às hipóteses de aposentadoria e promoção (já previstas anteriormente), os casos de convocação, licenciamento e afastamento do magistrado por qualquer motivo passaram a excepcionar o princípio da identidade física do juiz.

Conforme se denota, as exceções acima citadas, ou seja, os casos que permitem a desvinculação do magistrado de determinados feitos, possuem em comum o fato do afastamento físico da pessoa do juiz.

De fato, quando convocado, licenciado, afastado, promovido ou aposentado o magistrado não mais estará presente para a prática do ato subsequente ao encerramento da fase instrutória, qual seja, o de prolatar a sentença.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 411) salientam que:

Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria

Verifica-se, também, que a expressão “afastado por qualquer motivo” é digna de destaque pelo fato de elevar a mitigação do princípio da identidade física à um nível até então desconhecido pelo nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, o princípio que, em 1939, fora aplicado com rigidez (isto é, possuindo raríssimas exceções), passou a ser, após 1993 (*in casu*, após o advento da Lei nº 8.637/93), limitado por diversas hipóteses, dentre as quais se encontra a do afastamento ocasionado por qualquer motivo.

Evidente, portanto, a mudança no pensamento e na técnica legislativa empregada para a previsão do princípio da identidade física no processo civil.

Enquanto, no passado, o juiz só se desvinculava de um feito quando da ocorrência de determinadas hipóteses - expressamente previstas no Código -, a partir de 1993, com a introdução de uma hipótese geral (“afastado por qualquer

motivo”), o magistrado pôde deixar de ser responsável pela prolação da sentença quando da ocorrência de afastamento por uma razão não especificada.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 411) esclarecem que: “incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (accessor, juiz auxiliar da presidência do Tribunal de justiça etc)” (JUNIOR; NERY, 2010, p. 411).

Assim, é certo que a ampliação do rol de hipóteses que excepcionam o princípio da identidade física do juiz direcionou o direito processual à - inevitável - mitigação do referido princípio, que, posteriormente, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, deixaria de ser consagrado nos processos cíveis.

4.2 Princípio da Identidade Física do Juiz em Leis Especiais

Apesar de ter suas raízes fixadas no processo civil, o princípio da identidade física do juiz ganhou espaço e passou a ser aplicado em outras áreas do direito processual.

Na justiça do trabalho, a adoção de sobredito princípio foi – e, talvez, ainda seja – objeto de discussão.

Cumprе salientar, inicialmente, que não há, no direito processual trabalhista, previsão expressa que indique a adoção do princípio da identidade física do juiz.

Isso se deu, contudo, pelo fato de que, em 1943, quando do advento da Consolidação das Leis do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento então existentes não eram compatíveis com a ideia de vincular um julgador a determinado processo.

Conforme estabelecido no artigo 647 da Consolidação das Leis do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento eram compostas por um juiz do trabalho, um representante dos empregadores e outro dos empregados.

Pelos motivos acima expostos foi editada a Súmula 222 do Supremo Tribunal Federal, que estabelecia que “o princípio da identidade física do juiz não é aplicável às Juntas de Conciliação e Julgamento, da Justiça do Trabalho”.

Contudo, a Emenda Constitucional nº 24 de 1999 extinguiu as Juntas de Conciliação de Julgamento e conferiu a seguinte redação ao artigo 116 da

Constituição Federal: “Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular”.

Assim, após extintas as Juntas de Conciliação e Julgamento, iniciaram-se as discussões a respeito da possibilidade de se vincular o magistrado às causas trabalhistas. Renato Saraiva (2013, p. 12) destaca que:

Após a EC 24/1999, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, e criou a Varas do Trabalho, passando a jurisdição trabalhista a ser exercida de forma monocrática pelo juiz do trabalho, não há mais qualquer razão para a não-aplicação do princípio da identidade física do juiz ao processo do trabalho

Carlos Henrique Bezerra (2015, p. 16), de igual sorte, se posicionou a favor da aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho:

Recentemente, porém, o TST (Resolução 185/2012) cancelou a Súmula nº 136, com que o princípio da identidade física passa a ser aplicável nas Varas do Trabalho. Nos tribunais, o princípio da identidade física é aplicável ao Relator e, se houver, ao revisor do processo

Em sentido contrário, porém, já decidiu o próprio Tribunal Superior do Trabalho:

Não obstante o Tribunal Pleno tenha decidido cancelar a Súmula 136 do TST, continua incompatível com o processo do trabalho, regra geral, o vetusto princípio da identidade física do Juiz, brandido pelo art. 132 do CPC. É que a simplicidade, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, hoje expressamente determinadas pela Constituição, na qualidade de princípio cardinal (art. 5º, LXXVIII, CF) - e que são características clássicas do processo trabalhista - ficariam gravemente comprometidas pela importação de critério tão burocrático, artificial, subjetivista e ineficiente quanto o derivado do rigor da identidade física judicial (art. 132, CPC). O Magistrado é autoridade pública com significativo e profundo preparo técnico e seriedade profissional, podendo - e devendo - conduzir o processo com esmero, objetividade e eficiência, carregando-lhe as provas colhidas durante a instrução, que ficam objetivamente disponíveis no processo, aptas a serem avaliadas e sopesadas pelo Julgador - mesmo que outro Magistrado. Ainda que se possa, por absoluta exceção, considerar válido o princípio no processo penal, ele é dispensável e inadequado no processo do trabalho, em vista da pleora de desvantagens e prejuízos que acarreta, em contraponto com a isolada e suposta vantagem que, em tese, propicia. Se a ausência da identidade física do Juiz gera disfunções estatísticas e correicionais, estas têm de ser enfrentadas no campo próprio, sem comprometimento e piora na exemplar prestação jurisdicional que tanto caracteriza a Justiça do Trabalho. Não quer a Constituição que se importem mecanismos de retardo e burocratização do processo, em detrimento de sua celeridade e da melhor efetividade na prestação jurisdicional. Incidência dos princípios constitucionais da efetividade da jurisdição (art. 5º, LXXVIII, CF) e da eficiência na prestação do serviço público (art. 37, caput, CF). Mantida, pois, a decisão agravada proferida em estrita observância aos artigos 896, § 5º, da CLT e 557, caput, do CPC, razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido. (Ag-AIRR -

322-81.2011.5.06.0021 Data de Julgamento: 18/12/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/1/2014)

Conforme se denota, a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho se utilizou dos princípios da efetividade da jurisdição e da eficiência na prestação do serviço público para afastar a incidência do referido princípio em determinada causa trabalhista.

De igual sorte, há o entendimento de que aos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não se aplica o princípio da identidade física do juiz.

Importa destacar, inicialmente, que não há no sobredito diploma legal a previsão do princípio da identidade física.

Além disso, em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleça a possibilidade de, em seus procedimentos, aplicar-se subsidiariamente dispositivos do Código de Processo Penal (“Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”), o Supremo Tribunal Federal já expressou entendimento contrário no que tange ao princípio em questão:

Recurso em habeas corpus. 2. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao roubo majorado. Medida socioeducativa de semiliberdade. Decisão fundamentada. 3. Princípio da identidade física do juiz. Inaplicabilidade. Rito próprio e fracionado. 4. Recurso a que se nega provimento (STF – RHC: 105198 DF, Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 23/11/2010. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe-243 DIVULG 13-12-2010 PUBLIC 14-12-2010)

Extrai-se, portanto, que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal pautou-se nas características do próprio procedimento especial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente para justificar a não incidência da identidade física do juiz em tais casos.

Com efeito, pelo fato de o rito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente ser, por natureza, fracionado, isto é, dividido em diversas audiências (diferentemente do que acontece no procedimento penal em geral – art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal), não há como se exigir a vinculação de um único magistrado à causa.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 152 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL. RITO PRÓPRIO. LEI Nº 11.719/2008. ART. 399, § 2º, DO CPP. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO PACIENTE. ORDEM DENEGADA. 1. Com a introdução da Lei nº 11.719/2008 no nosso ordenamento jurídico, que alterou o art. 399, § 2º, do CPP, o princípio da identidade física do juiz segundo o qual o magistrado que colhe a prova se vincula ao julgamento da causa passou a ser aplicado ao Direito Processual Penal. 2. O art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a aplicação da legislação processual penal ao direito do menor ocorre de forma subsidiária. 3. O rito próprio da legislação menorista, por seu fracionamento, não se coaduna com a aplicação do princípio da identidade física do juiz. 4. Na seara processual penal, vigora o princípio do pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que seja demonstrado efetivo prejuízo para a parte, não tendo o impetrante logrado demonstrar qualquer gravame para o menor. 5. Ordem denegada. (HC 135496 DF 2009/0084896-0. Sexta Turma. Data do Julgamento: 17/09/09. Publicação: DJe 19/10/2009. Ministro OG Fernandes-grifo nosso)

Desta feita, aos procedimentos regidos pela legislação menorista não há que se falar em princípio da identidade física do juiz.

4.3 Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo Penal

Na seara criminal, é evidente que, por um longo período, o legislador ficou-se inerte. Isso porque, do advento do Código de Processo Penal, em 1941, até a reforma ocorrida em 2008, nenhum dispositivo do aludido *Codex* fazia referência – ainda que implicitamente – ao princípio da identidade física do juiz.

Considerando que o princípio analisado no presente trabalho fora previsto nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, a ausência de sua regulamentação no Código de Processo Penal se tratou de opção legislativa que, *in casu*, somente seria modificada após décadas (em 2008).

É oportuno destacar, contudo, que tal posição adotada pelo legislador não passou despercebida na doutrina. Com efeito, a desvinculação dos juizes no processo penal - ramo que afeta diretamente o direito fundamental da liberdade de locomoção (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) - foi objeto de inúmeras críticas.

De fato, antes da reforma ocorrida em 2008, um magistrado poderia participar de toda a instrução de um processo criminal e, ainda assim, não ser o responsável pelo seu julgamento. Não havia a vinculação do juiz às provas produzidas nem ao processo propriamente dito.

Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 647) destaca que: “Esse distanciamento entre a prova e o magistrado prejudicava a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, prejudicando um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade”.

Além disso, como é sabido, exige-se do magistrado sentenciante, para a prolação de um decreto condenatório, um juízo de certeza. Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 331) leciona que: “essa, a certeza, de tão difícil obtenção, deve cercar-se das maiores cautelas. Daí a exigência de o juiz da instrução ser o mesmo da sentença”.

Ressoa inegável, como exposto anteriormente, que o juiz que conduziu a audiência de instrução e, por óbvio, se relacionou com a prova oral de um processo, terá, ao final, melhores condições para julgá-lo. A vinculação de tal magistrado ao feito seria, portanto, um meio de conferir maior segurança à prestação jurisdicional.

No ano de 2008, o legislador – finalmente – tornou-se sensível às necessidades processuais e, através da Lei nº 11.719, modificou a redação do artigo 399 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença

Renato Brasileiro de Lima (2017. p. 647) destaca, porém, que o princípio da identidade física do juiz já era respeitado pelo direito processual penal pátrio. Segundo sobredito autor, o princípio em questão recaía tanto sobre os feitos do Juizado Especial Criminal quanto sobre os do Júri.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 89-90) destacam que “até então, tal princípio não era reconhecido na esfera criminal, sendo aplicado,

pela peculiaridade dos procedimentos, nos juizados especiais e na segunda fase do júri, mesmo sem previsão legal neste sentido”.

No tocante ao procedimento do Júri, a propósito, Norberto Avena (2011, p. 53) explica:

mesmo antes da reforma do Código de Processo Penal de 2008, o princípio da identidade física do juiz já estava presente no processo criminal em relação aos julgamentos afetos ao tribunal do júri, dado que os jurados que assistirem ao interrogatório do réu e inquirição de testemunhas em plenário deverão ser os mesmos a procederem ao julgamento mediante votação dos quesitos. Destarte, se por algum motivo vier a ser dissolvido o conselho de sentença pelo juiz-presidente do tribunal do júri (v.g., comunicação entre os jurados, deficiência de defesa, manifestação inequívoca de parcialidade dos jurados etc.), outra sessão deverá ser aprazada, para a qual um novo corpo de jurados será sorteado (grifo nosso)

De fato, após terem contato imediato com a prova oral em plenário (inquirição de testemunhas e interrogatório do réu), os jurados sorteados para compor o conselho de sentença são responsáveis por condenar ou absolver o denunciado na sessão do Tribunal do Júri.

De qualquer sorte, a presença da identidade física do juiz no processo penal se tornou inquestionável quando, em 2008, referido princípio passou a ser expressamente enaltecido pelo artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal.

O dispositivo em questão, vale dizer, é “norma puramente processual, de modo que não opera retroativamente à data do fato criminoso. Somente produz efeitos futuros” (NUCCI, 2015, p. 869).

Assim sendo, tendo em vista o corolário do *tempus regit actum* (artigo 2º do Código de Processo Penal), com a vigência da Lei nº 11.719/08 a força normativa do princípio ora analisado tornou-se incontestável no âmbito criminal.

4.4 Da (não) Mitigação do Princípio da Identidade Física do Juiz no Processo Penal

Todo diploma legal – assim como tudo que é essencialmente humano – contém falhas. A regulamentação do princípio da identidade física do juiz no processo penal não é exceção.

Apesar de ter contribuído para o aperfeiçoamento do direito processual penal ao inserir o princípio da identidade física do juiz no ordenamento jurídico, a Lei

nº 11.719/08 deixou de tratar de situações (frequentes no cotidiano forense) que ensejariam o afastamento de tal princípio no caso concreto.

Não há, atualmente, no Código de Processo Penal permissão expressa para a mitigação do princípio da identidade física do juiz. Existem, porém, algumas hipóteses em que, ainda que indiretamente, ele é excepcionado. Senão vejamos:

Em proêmio, destaca-se a possibilidade de que a produção de prova oral em determinado processo ocorra por meio de cartas precatórias.

A carta precatória, como é cediço, serve de instrumento “para que um juiz ouça uma testemunha residente em outra Comarca, fora de sua competência” (NUCCI, 2015, p. 193). Por meio de tal instrumento, vale ressaltar, outro magistrado (que não o juiz natural do feito) torna-se competente para realizar a oitiva de testemunhas e, dependendo do caso, até mesmo para proceder ao interrogatório do acusado (NUCCI, 2015. p. 286).

Não é exagero, portanto, afirmar que a carta precatória constitui, nos dias atuais, verdadeira necessidade à concretização da justiça.

Com efeito, em um país extremamente extenso em termos territoriais, é inviável exigir de todos os sujeitos envolvidos em uma demanda o comparecimento pessoal ao juízo em que a causa se processa. Se assim se procedesse, haveria verdadeira vinculação de pessoas à locais em razão de demandas, o que não se admite.

Nesse sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 675):

a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal (CPP, art. 399, §2º) não impede a expedição de cartas precatórias. Afinal, vivemos em um país de dimensões continentais. Não é viável, por exemplo, que se exija de um acusado residente na cidade de Manaus/AM que se desloque até a cidade de Porto Alegre/RS para que possa ser interrogado pelo juiz da causa. A prevalecer a tese de que o princípio da identidade física do juiz inviabilizaria a expedição de precatórias, dar-se-ia prevalência a um princípio inserido em lei ordinária em detrimento de princípios inseridos no bojo da Constituição Federal, tais como o direito à ampla defesa e o direito de ação, do qual é consectário lógico o direito à prova, seja ela produzida pessoalmente perante o juiz da causa, seja ela produzida por meio de carta precatória (grifo nosso)

Os depoimentos das testemunhas arroladas em determinado feito (seja pela acusação ou pela defesa), portanto, podem – e devem –, quando necessário, ser colhidos perante o juízo deprecado. Em seguida, a prova oral é remetida ao juízo deprecante, ou seja, àquele que a solicitou.

No caso de toda a prova oral ser produzida mediante precatória, aliás, Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior (2011, p. 502) destacam que não se trata de: “hipótese de afastamento do princípio da identidade física do juiz. Quem deve julgar a causa é o juiz deprecante, por ser o juiz natural”.

Infere-se, então, que mesmo que um magistrado tenha participado integralmente da produção da prova oral em determinado feito, se assim o fez somente porque lhe foi solicitado através de carta precatória, não será sua a responsabilidade de prolatar a decisão.

É oportuno destacar que não há, em tal caso, qualquer violação ao princípio da identidade física do juiz, sendo este, inclusive, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 135.456/SC (sexta turma, rel. Min. Celso Limongi, data do julgamento: 18/03/2010). Trata-se, ao contrário, de verdadeira permissão legal.

Isso porque o Código de Processo Penal determina em seu artigo 222 que: “A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes” (grifo nosso).

Com efeito, no caso - não tão remoto - de todas as testemunhas arroladas em um processo residirem fora da Comarca em que ele tramita, a prova oral será colhida mediante carta precatória e, só após, remetida ao juiz natural da causa que, por sua vez, sem ter tido qualquer contato com a produção da prova oral, proferirá a decisão.

É oportuno ressaltar, ainda, que não há qualquer afronta direta ao texto legal no caso de expedição de carta precatória para a produção de prova oral. De fato, mesmo em tais situações, o magistrado sentenciante será aquele que solicitou a colheita da prova oral perante o juízo deprecante, ou seja, aquele que presidiu a instrução, tal qual dispõe o artigo 399, § 2º do Código de Processo Penal.

O que se verifica, contudo, é que, na hipótese em comento, há certa mitigação do objetivo intrínseco do princípio da identidade física do juiz, qual seja, a possibilidade de o magistrado, aproximando-se das partes, tomar conhecimento aprofundado da causa e, desta forma, melhor prestar a jurisdição.

Por conseguinte, ainda que nos casos de prova oral colhida por precatória se diga que o magistrado que proferiu a sentença é o mesmo que presidiu a instrução e que, por consequência, delegou à outro juízo a competência para o ato

ao expedir a precatória, é evidente que ele (magistrado sentenciante) não manteve contato direto com a prova oral, daí porque se fala na ocorrência de mitigação implícita ou indireta ao princípio da identidade física do juiz.

A segunda hipótese em que pode se dizer que o princípio da identidade física do juiz é implicitamente excepcionado pelo processo penal é o de a instrução do feito ser presidida por um “magistrado instrutor”.

A situação em questão foi introduzida no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.019/09 que modificou o artigo 3º da Lei nº 8.038/90, acrescentando-lhe o inciso III.

Da lição de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 649), extrai-se que:

magistrados instrutores são desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juizes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, convocados pelos Ministros do STF e do STJ pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução nos feitos de competência originária dos Tribunais Superiores

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli (2017, p. 471) salienta:

Os juízes instrutores atuam como "longa manus" do magistrado relator e, nessa condição, procedem sob sua supervisão. Trata-se, portanto, de delegação limitada a atos de instrução, com poder decisório restrito ao alcance desses objetivos

Desta feita, é certo que o termo “juiz instrutor” tem sua origem pautada na função desempenhada por um magistrado em determinados processos (*in casu*, aqueles de competência originária dos Tribunais Superiores).

Com efeito, à tais magistrados é delegada a função de ouvir testemunhas e interrogar réus sem que haja, contudo, qualquer vinculação deles (juízes instrutores) aos feitos que lhe são confiados.

De fato, em tais hipóteses, o magistrado que esteve presente quando da produção da prova oral em determinado feito (magistrado instrutor), não será incumbido de discutir seu respectivo *meritum causae*.

Tendo em vista que antes da mudança legislativa (ocasionada pelo advento da Lei 12.019/09) a colheita de prova oral nos processos de competência originária dos Tribunais Superiores se dava por meio de carta de ordem, a celeridade acarretada pela atuação dos magistrados instrutores é patente.

Além disso, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 650) destaca que: “há um ganho sensível de qualidade, visto que o magistrado instrutor passa ao Ministro Relator observações relevantes obtidas durante os depoimentos”.

Sem embargo das melhorias criadas pela introdução da figura do magistrado instrutor no ordenamento jurídico pátrio, o fato é que, assim como as cartas precatórias, tal situação excepciona, ainda que indiretamente, o princípio da identidade física do juiz (LIMA, 2017, p. 651).

Desta feita, diante das duas hipóteses acima expostas (carta precatória para instrução do feito e figura do magistrado instrutor), resta evidente que o legislador, conscientemente ou não, deixou de prever de forma expressa as necessárias exceções ao princípio em questão.

Tendo em vista, contudo, que nenhum princípio é absoluto, é certo que não pode o legislativo – ainda mais através de lei infraconstitucional – tornar ilimitadas as hipóteses de incidência do princípio *sub examine*.

A inviabilidade em se considerar o princípio da identidade física do juiz absoluto pode ser fundamentada, ainda, por questões fáticas. Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 286) ressalta que “haverá hipóteses em que será impossível, física (morte) ou juridicamente (aposentadoria), que o mesmo magistrado que colheu a prova venha a julgar”.

No tocante à redação do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas (2012, p. 620) salientam que a “crítica ao dispositivo reside na total falta de disciplina legal. Ficará para a doutrina e a jurisprudência fazê-lo e, por certo, o ponto de partida será o Código de Processo Civil, por aplicação subsidiária”.

Com efeito, os doutrinadores pátrios ficaram, ainda que de forma implícita, encarregados de obter uma solução para a verdadeira lacuna deixada no dispositivo em questão (artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal) quando da reforma do Código de Processo Penal.

Diversos autores, tais como Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 647), Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas (2012, p. 620), defenderam a ideia da utilização do Código de Processo Civil para remediar o problema processual penal.

De acordo com o pensamento sustentado pelos supramencionados doutrinadores, as exceções previstas no Código de Processo Civil de 1973 (artigo

132) seriam aplicáveis nos processos criminais por analogia (SILVA; FREITAS, 2012, p. 620 e LIMA, 2017, p. 647).

Como é sabido, o artigo 3º do Código de Processo Penal autoriza expressamente a analogia ao dispor que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (grifo nosso).

Registre-se que a analogia, uma das fontes do direito processual penal, consiste em “um processo de integração da norma, por um método de semelhança, voltado ao suprimento de lacunas. Assim, inexistindo lei específica para regular determinada situação, podemos usar outra, análoga, para solucionar o impasse” (NUCCI, 2015, p. 25).

Com efeito, Norberto Bobbio (2014, p. 142) ressalta que “entende-se por “analogia” aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de *maneira similar*”.

Desta feita, utilizando-se da analogia, aplicar-se-ia o artigo 132 do Código de Processo Civil às situações que, no âmbito processual penal, exigissem a mitigação do princípio da identidade física do juiz.

Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 287) salienta, a propósito, que “a aplicação analógica do referido artigo vai ao encontro de uma das finalidades da reforma e do moderno processo penal, que é a celeridade”

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 459) sustenta que:

O CPP não proíbe a aplicação de legislação de outra espécie processual; antes a permite (art. 3º, CPP). Em segundo lugar, porque haverá hipótese em que será preciso recorrer-se a uma regra de substituição qualquer, para o fim de dar implemento à celeridade processual trazida para os novos ritos processuais penais

Ainda, Norberto Avena (2011, p. 52) destaca que:

Apesar do caráter cogente incorporado a essa norma, é evidente que, sob pena de graves prejuízos à instrução criminal e à efetividade do processo penal, deverá ela ser interpretada analogicamente ao que dispõe o art. 132 do Código de Processo Civil

Os debates doutrinários ganharam, como de costume, relevância de ordem prática, de sorte que até mesmo o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar a respeito do tema:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FLEXIBILIZAÇÃO. FÉRIAS DO MAGISTRADO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC AUTORIZADA PELO ART. 3º DO CPP. *DECISUM* COMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas sob o crivo do juiz substituído. Precedentes: HC 104.075, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 1º.07.11; HC 107.769, Primeira Turma Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.11.11. 2. O artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao Processo Penal, conforme autorização prevista no art. 3º, do CPP, veicula exceção à regra prevista no artigo 399 do mencionado Estatuto Processual Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08, consistente na possibilidade de o feito ser sentenciado por juiz substituto nas hipóteses de convocação, licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria do magistrado que presidiu a instrução criminal [...] (RHC 123572 DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento: 07/10/14. Publicação: 31/10/14)

Extrai-se, então, que a tese da aplicação analógica de uma norma de processo civil para mitigar o princípio da identidade física no processo penal prosperou no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em diversos casos, pela ausência de violação ao princípio *sub examine* na seara penal quando da ocorrência das hipóteses previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, isto é, quando o magistrado estava convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado. Concluiu-se, em outras palavras, que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto em nosso ordenamento jurídico.

Tal entendimento, a propósito, foi sustentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Habeas Corpus nº 107769/PR (Rel.: Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Data do Julgamento: 18/10/11. Publicação 28/11/11) e nº 10404/SP (Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 10/12/13. Data de Publicação: 13/02/14), bem como no do Recurso em Habeas Corpus nº 120414 (Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 06.05.2014).

Vale ressaltar, inclusive, que a jurisprudência foi majoritária no sentido de que a expressão “afastado por qualquer motivo” (prevista expressamente no

artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973) abarcaria, também, as férias do magistrado.

Nesse sentido, a propósito, também decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE SENTENCIADO POR MAGISTRADO DIVERSO DO 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 E DEPOIS DESIGNADO PARA OUTRO JUÍZO. ORDEM DENEGADA. 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 e, posteriormente, designado para officiar em outro juízo, 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 – Ordem denegada” (HC 112.362, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandoski, DJe de 18.04.13 – grifo nosso)

Aceitou-se, portanto, a mitigação do princípio da identidade física do juiz no processo penal em razão daquilo que era estabelecido em uma norma processual civil. A falha legislativa (no tocante à ausência de exceções), poderia se pensar, estava resolvida.

A solução proposta pela doutrina e aceita pela jurisprudência (aplicação analógica do Código de Processo Civil), no entretanto, foi efêmera.

De fato, a possibilidade de aplicação das exceções ao princípio em questão na seara penal estava intimamente ligada à previsão delas no Código de Processo Civil de 1973 e, por consequência, à vigência desse diploma legal.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, em 2015, não só as exceções, como o próprio princípio da identidade física do juiz deixaram de ser consagrados no âmbito do direito processual civil.

De fato, não há no novo Código de Processo Civil nenhum dispositivo que, de forma expressa, seja correspondente ao artigo 132 do Código Buzaid.

Vale ressaltar, contudo, que Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 1.192) se posicionam no sentido de que a ausência de previsão expressa não importa no afastamento do princípio da identidade física do juiz. Ao con-

trário, sobreditos autores entendem que tal princípio continua implicitamente presente no processo civil:

O CPC/2015, em seu artigo 366, contém regra, aplicável por analogia, com redação que autoriza, a nosso ver, concluir pela existência do princípio da identidade física. Poderia ter sido mais explícito o texto. No entanto, a ideia que subsiste é a de que o feito seja julgado pelo juiz que conduziu a instrução, só excepcionando a regra quando de afastamentos legais duradouros

Como se vê, o artigo 366 da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil) é utilizado como fundamento para justificar a permanência do princípio em questão no direito processual civil. Supracitado artigo estabelece que “Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias”.

Segundo o pensamento doutrinário exposto por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, da exegese do artigo 366 do Código de Processo Civil de 2015 seria possível inferir que a sentença deve ser proferida pelo mesmo juiz que conduziu a instrução processual.

A lei, entretanto, não esclarece tal questão. Com efeito, o texto legal dispõe, simplesmente, que “o juiz” prolatará a sentença no prazo de trinta dias (caso não o faça em audiência). Não há, no dispositivo, qualquer individualização que permita concluir que o magistrado sentenciante deva ser o mesmo que presidiu a instrução.

Veja, o artigo 366 não estabelece que “o juiz que colheu a prova oral” deverá sentenciar o feito. O dispositivo tampouco diz que a decisão deverá ser proferida pelo magistrado que concluiu a audiência de instrução (como previa o Código Buzaid).

Assim, ao estabelecer que “o juiz” proferirá a sentença no prazo de trinta dias, o legislador infraconstitucional permite, implicitamente, que a decisão seja prolatada pelo magistrado que estiver encarregado pelo processo naquele período, o qual, não necessariamente, será o mesmo que colheu a prova oral em audiência.

Nesse sentido, os processualistas Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 417) esclarecem que:

[...] parece que o ordenamento nacional, ao não estabelecer regra semelhante ao art. 132 Código de 1973, deixou de exigir a identidade física, autorizando que outro juiz – que não o que presidiu a instrução – profira a sentença no prazo de trinta dias, acima indicado. Reafirma essa conclusão o

art. 381, § 3.º, que dispõe que, nos casos de prova colhida antecipadamente – antes do ajuizamento da demanda principal – o juízo em que colhida a prova não fica prevento para a causa em que a prova será empregada

De qualquer forma, ainda que se admita a permanência implícita do princípio da identidade física do juiz no processo civil, é indubitável que as hipóteses legais que anteriormente o mitigavam foram extirpadas do ordenamento jurídico brasileiro.

Tratou-se, vale dizer, de notável inovação legislativa que provocou – e ainda provoca – sérios impactos no processo penal.

De fato, tendo sido revogadas as ressalvas ao princípio da identidade física do juiz (previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973), isto é, aquelas que, por analogia, se estendiam ao processo penal, surge o questionamento: teria o princípio em questão se tornado absoluto nos feitos criminais?

Para que se responda tal indagação, é imprescindível a análise minuciosa da (im)possibilidade de se afirmar que determinado princípio é absoluto.

4.5 Da Inexistência de Princípios Absolutos

Não se revela razoável, nos dias atuais, a defesa da “ilimitabilidade” dos princípios. O óbice à atribuição de caráter absoluto a um princípio reside na própria essência de tal espécie normativa.

Com efeito, conforme analisado anteriormente (quando da diferenciação de princípios e regras)³, os princípios são passíveis de serem afastados em casos concretos, uma vez que são, nas palavras de Alexy (2008, p. 99), *prima facie*.

No mesmo sentido, Ronald Dworkin (2007, p. 42-43) defende a “limitabilidade” dos princípios ao sustentar que eles são dotados de “uma dimensão de peso”. Segundo tal pensamento, determinados princípios (de “maior peso”) prevaleceriam no caso concreto em detrimento de outros (de “menor peso”).

Haveria, então, a aplicação do princípio ou postulado normativo – tal discussão supera os limites deste trabalho – da proporcionalidade para que, através da ponderação, fosse possível a mitigação de princípios.

³ Vide capítulo 1.2 deste trabalho (“Princípios e regras: distinções”)

Leciona Humberto Ávila (2015, p. 151) que a explicação recorrente para o afastamento dos princípios nos casos concretos “é a de que não há princípios absolutos e que todos eles podem ceder em favor de outros princípios considerados, diante do caso concreto, mais importantes ou com maior peso”.

É oportuno destacar que, ainda que Ávila (2015, p. 150) defenda que a ponderação não é característica exclusiva dos princípios, sobredito autor aceita que o sopesamento é inerente à tal espécie normativa e salienta que, na atualidade, “princípios tradicionais de vários ramos do Direito têm sido flexibilizados em razão de outros princípios, ditos “maiores” ou “mais importantes” (ÁVILA, 2015, p. 151).

Ainda, Humberto Ávila (2015, p. 150) sintetiza que “ser uma norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela restringibilidade e pela afastabilidade” (grifo nosso).

Registre-se que, caso se admitisse a existência de um princípio com caráter absoluto, cogitar-se-ia, em última análise, a possibilidade de se falar na existência de um direito ilimitado.

Como é cediço, nem mesmo os direitos fundamentais consagrados pelo nosso ordenamento jurídico são absolutos. De fato, tais direitos, ainda que constitucionalmente previstos, são dotados de “limitabilidade”, podendo ser mitigados diante de um caso concreto.

Nesse sentido:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (MS 23.452/RJ, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000 – grifo nosso)

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de um direito ou garantia individual absoluto, não há sentido em se afirmar que o princípio – infraconstitucional – da identidade física do juiz é ilimitado. Com efeito, tal posicionamento (da “ilimitabilidade”), pautado somente na ausência de previsão legal para as exceções, é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

É oportuno destacar, aliás, que a própria consequência prevista para os casos de inobservância do princípio da identidade física do juiz no processo penal indica que tal princípio não deve ser considerado como absoluto.

Com efeito, a nulidade que acomete os feitos em que há violação à identidade física é relativa. Significa dizer, portanto, que, para a anulação do ato processual (sentença) o prejuízo deve ser demonstrado no caso concreto, nos termos da máxima “*pas de nullité sans grief*” (não há nulidade sem prejuízo), estabelecida no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, aliás, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. POSTULADO DE CARÁTER RELATIVO. ART. 132 DO CPC. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. RECONHECIMENTO DE PESSOA. FORMALIDADES RECOMENDADAS PELA LEI PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE INOCORRENTE. DECRETO CONDENATÓRIO COM MOTIVAÇÃO IDÔNEA E AMPARO EM AMPLO CONTEXTO PROBATORIO. SÚMULAS 7/STJ E 283/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) Na espécie, o recorrente não demonstrou a ocorrência de prejuízo concreto à defesa em razão da prolação da sentença por juiz distinto do magistrado que presidiu a instrução, não há falar em nulidade (AgRg no REsp 1575631/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016). Precedentes. [...] (STJ. AgRg no AREsp 991119 DF 2016/0256852-7. Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Quinta Turma. Julgado em 13 de Dezembro de 2016. DJe 01/02/2017 – grifo nosso)

Extrai-se, então, que tanto o princípio da identidade física não é absoluto que, mesmo em determinadas hipóteses não previstas em lei – quando inexistente prejuízo às partes –, sua relativização é aceita nos casos concretos.

Tendo em vista a impossibilidade de se afirmar que um princípio – notadamente o da identidade física do juiz – é absoluto, passa-se à análise das razões e das formas pelas quais o princípio da identidade física do juiz, em determinadas hipóteses (ainda que revogado o artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973), deve ser relativizado no processo penal.

5 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS APTOS A EXCEPCIONAR A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Como é cediço, a lei processual penal – assim como qualquer *Codex* vigente em nosso ordenamento jurídico – deve estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Destaca Aury Lopes Júnior (2008, p. 10) que:

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não o contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941

Assim sendo, o princípio da identidade física do juiz (previsto no artigo 399, § 2º, do CPP) e a função por ele exercida no processo penal devem ser analisados sob a perspectiva das normas trazidas pela Lei Maior, dentre as quais se encontram os princípios processuais constitucionais.

5.1 Princípio da Duração Razoável do Processo

Destaca-se, a princípio, o fato de que a todos é assegurado o devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, Constituição Federal). Isso significa que à qualquer pessoa que tenha uma pretensão debatida em juízo é garantida a observância de determinados atos processuais que se revelam necessários à concretização de alguns preceitos, como, por exemplo, o da ampla defesa e do contraditório.

Infere-se, portanto, que todos os processos devem ser regidos pela prática de atos legalmente – e previamente – estabelecidos.

Não se pode ignorar, entretanto, a realidade de que o processo, enquanto conjunto de atos coordenados que visam a prestação jurisdicional, demanda tempo. A esse respeito, destaca Aury Lopes Júnior (2008, p. 130-131):

Desnecessária maior explanação em torno da regência de nossas vidas pelo tempo, principalmente nas sociedades contemporâneas, dominadas pela aceleração e a lógica do tempo curto. [...] Nessa incessante corrida, o tempo rege nossa vida pessoal, profissional e, como não poderia deixar de ser, o próprio direito

No mesmo sentido, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 643) lecionam:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica

Sobreditos autores atentam, também, para o fato de que “um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em caso de urgência” (DIDIER JUNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2017, p. 643).

De fato, a demora excessiva na prestação da jurisdição pode ocasionar prejuízos irreparáveis e provocar o perecimento da própria utilidade do processo. À vista disso, além de garantir aos cidadãos o *due process of law*, o ordenamento jurídico pátrio assegura que os processos se desenvolvam em um “tempo razoável”.

O amparo constitucional à garantia da razoável duração do processo se deu com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que, dentre outras alterações, ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais ao incluir o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal. Referido dispositivo estabelece que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Conforme se extrai, o princípio da duração razoável do processo se estende, na condição de garantia, a toda e qualquer pessoa que necessite de prestação jurisdicional. Trata-se, em verdade, de um direito subjetivo.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/92, também garante a duração razoável do processo ao estabelecer, em seu artigo 8, item 1, que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)

Resta, contudo, tanto no plano internacional, quanto em nosso próprio ordenamento jurídico, a indagação a respeito do que deve ser considerado um prazo “razoável” para a prestação da jurisdição.

Aury Lopes Júnior (2008, p. 145-146) esclarece que a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se pautam em três critérios para a apuração do prazo razoável em cada caso concreto, sendo eles: a complexidade do caso, a atividade processual do interessado (imputado) e a conduta das autoridades judiciárias.

No caso *Furlan e Familiares Vs. Argentina* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentença de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, § 156), a Corte estabeleceu que diversos fatores levam a concluir que determinado feito é complexo:

Este Tribunal ha tenido en cuenta diversos criterios para determinar la complejidad de un proceso. Entre ellos, se encuentra la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación⁴

Ainda segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há que se falar em responsabilização do Estado quando a própria parte provoca a desnecessária delonga do processo. Com efeito:

Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, § 57)

⁴ O Tribunal levou em consideração vários critérios para determinar a complexidade de um processo. Estes incluem a complexidade da prova, a pluralidade de assuntos processuais ou o número de vítimas, o tempo decorrido desde a violação, as características do remédio consagrado no direito interno e o contexto em que a violação ocorreu (tradução livre).

⁵ Se a conduta processual do interessado na obtenção de justiça contribuiu até certo ponto para prolongar indevidamente a duração do processo, é difícil estabelecer na cabeça do Estado uma violação da regra sobre o termo razoável (tradução livre).

O terceiro critério, por sua vez, analisa a postura das autoridades judiciárias do Estado, isto é, a necessária contribuição delas para evitar a dilação na prestação da jurisdição. Destaca-se, nesse ponto, que:

La obligación a cargo del Estado de actuar con debida diligencia en la práctica de una investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para que sea posible alcanzar los objetivos de una investigación⁶ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso García Prieto y Otro Vs. El Salvador. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, § 112)

Sem embargo dos critérios acima analisados, é imperioso destacar que, ainda hoje, no Brasil, inexistente a fixação de um limite para a duração de um processo, ou seja, não há qualquer regulamentação a respeito do prazo máximo para a prolação das sentenças ou até mesmo para a duração da prisão cautelar (com exceção da prisão temporária).

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 362) evidencia tal opção legislativa e destaca que “somente cada caso concreto poderá permitir ao Judiciário avaliar o grau de razoabilidade ínsito no trâmite do feito”.

Apesar da ausência de parâmetros internos, pondera-se que o tempo essencial ao deslinde do processo não pode se tornar um óbice à concretização da justiça.

A esse respeito, na seara penal, Aury Lopes Júnior (2008, p. 132) destaca que, quando a duração de um feito ultrapassa o limite do razoável, “o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena”.

Para sobredito autor (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 135):

É fulminada a presunção de inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta. O direito de defesa e o próprio contraditório também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o

⁶ A obrigação do Estado de agir com a devida diligência na condução de uma investigação implica que todas as autoridades estatais são obrigadas a colaborar na coleta de provas para alcançar os objetivos de uma investigação (tradução livre).

exercício eficaz da resistência processual, bem como implica num sobre-custo financeiro para o acusado

De fato, as consequências para o jurisdicionado no processo penal são, em regra, mais devastadoras do que aquelas a que, eventualmente, são submetidas as partes nos procedimentos regidos pelas demais áreas do direito.

Isso porque é através do processo penal que o Estado tem o poder de cercear a liberdade de locomoção do indivíduo, ou seja, é o processo-crime que permite a mitigação de um direito fundamental que a todos é assegurado (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Assim, a simples possibilidade de o denunciado sofrer as agruras do cárcere sem que ao menos tenha sido condenado em primeira instância, por si só, faz com que se redobrem os cuidados para que o processo se desenvolva de forma célere. Seguindo tal raciocínio, Guilherme de Souza Nucci expõe a necessidade de prezar-se pela duração razoável não só do processo, mas também da prisão cautelar:

extraíndo-se uma interpretação lógico-sistemática de preceitos existentes na Constituição Federal, é medida transitável afirmar a indispensabilidade da duração razoável não somente do processo-crime, mas, sobretudo, da prisão cautelar. É realidade que não se pode fixar em dias o número exato de duração de uma prisão preventiva, por exemplo. Porém, ingressa, nesse cenário, o critério da razoabilidade, devendo o magistrado avaliar, no caso concreto, o que ultrapassa a medida do bom senso

Desta feita, tratando o caso concreto da apuração de delito - eventualmente - praticado por pessoa que se encontre custodiada cautelarmente, tornam-se absolutamente intoleráveis quaisquer dilações prescindíveis ao deslinde do feito, de sorte que diligências desnecessárias devem ser prontamente indeferidas pelo magistrado.

De igual sorte, não se pode admitir que o próprio juízo dê causa à prolongamentos indevidos ao processo, razão pela qual é imprescindível a (re)análise do princípio da identidade física do juiz frente ao princípio da duração razoável do processo.

Repise-se que inexistem dúvidas acerca da eficácia normativa do princípio da identidade física do juiz. Tampouco se questiona sua importância na seara penal. Pondera-se, contudo, que sobredita norma processual não pode se

tornar um óbice à garantia constitucional da prestação da jurisdição em um prazo razoável.

Com efeito, conforme exposto anteriormente⁷, a ausência de previsão legal de hipóteses que excepcionem o princípio da identidade física do juiz não pode, por si só, levar à conclusão de que tal norma é absoluta. É inadmissível, por exemplo, que processos criminais fiquem estáticos em razão das férias dos magistrados que conduziram suas respectivas instruções.

De igual sorte, os feitos não podem ser esquecidos até o retorno do juiz que, embora tenha presidido a fase instrutória, se encontra licenciado ou afastado (por qualquer motivo) quando os autos estiverem “prontos” para a decisão.

Conforme se denota, as hipóteses de férias, afastamento e licenciamento dos magistrados, por sua própria natureza, se prolongam no tempo. Tal prolongamento constitui, em verdade, uma dilação que, muitas vezes, o acusado – notadamente aquele custodiado – não tem condições de suportar.

A interpretação literal do princípio da identidade física do juiz justificaria, em tese, a demora para a prolação da sentença nos casos de ausência do juiz que conduziu a instrução.

De fato, tendo por base uma interpretação literal do disposto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, afirmar-se-ia que a decisão somente pode ser proferida pelo magistrado que presidiu a instrução processual, devendo o processo e, por conseguinte, o denunciado aguardar o decurso do prazo necessário – que pode ser indeterminado - ao retorno de tal juiz.

Através de uma visão crítica e constitucionalista, porém, tem-se que a “solução” acima descrita para os casos de afastamento do magistrado (consistente na espera pelo retorno dele – magistrado – à Comarca), revela-se contrária ao ordenamento jurídico e ao próprio Estado democrático de direito, na medida em que viola um direito fundamental, qual seja, o da duração razoável do processo.

Haveria, de fato, evidente ofensa à supremacia da constituição (ideal sintetizado pela pirâmide de Kelsen) caso fosse aceito o sacrifício de um princípio constitucionalmente consagrado (duração razoável do processo) em detrimento de uma norma infraconstitucional (princípio da identidade física do juiz).

⁷ Vide Capítulo 3.5 do presente trabalho: “Da Inexistência de Princípios Absolutos”.

Revela-se inviável considerar que os réus – notadamente aqueles presos cautelarmente – devam arcar com o fardo de aguardar (em alguns casos por tempo indefinido) pela prestação jurisdicional.

Desta feita, é coerente concluir que, em hipóteses excepcionais, o princípio da identidade física do juiz pode – e deve – ser mitigado por conta do princípio constitucional da duração razoável do processo, ocasião em que o feito será sentenciado pelo magistrado sucessor.

5.2 Princípio do Juiz Natural

Além da duração razoável do processo, o princípio do juiz natural, a depender do caso concreto, pode justificar a necessidade de relativização do princípio da identidade física do juiz.

Com efeito, o princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, consiste na garantia fundamental de ser julgado por um magistrado “desapaixonado e justo, previamente existente” (NUCCI, 2015, p. 07).

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 330), juiz natural é “aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei”.

Evidente, portanto, que a todo réu é assegurado o direito de ser julgado por um juiz competente e previamente constituído, isto é, que detenha o poder para prestar a jurisdição naquele caso e que não faça parte de um tribunal de exceção.

Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LIII, da Lei Maior, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

A competência pode ser definida como a “distribuição, que autoriza e limita o exercício do poder de julgar no caso concreto” (LIMA, 2017, p. 329). Assim, afirmar que certo magistrado é competente para julgar um processo é o mesmo que dizer que, naquele caso concreto, ele tem poder – repise-se, previamente concedido – para aplicar o direito.

Nas hipóteses em que o juiz é promovido ou se aposenta, há, por decorrência lógica, a cessação da competência em relação aos feitos que até então lhe eram atribuídos.

Não seria razoável, por exemplo, impor a um magistrado que se torna desembargador o dever de “carregar” consigo todos os feitos cuja instrução presidiu.

De fato, com o fim da competência, cessa-se, igualmente, a vinculação do juiz ao processo. Tanto é assim, que o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 252, que “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: [...] III- tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”.

Conforme se extrai, o magistrado promovido não só deixa de ser responsável pela prolação da sentença dos feitos em que presidiu a instrução, como também fica proibido (por força do artigo 252 do Código de Processo Penal) de participar da análise de eventuais recursos envolvendo tais processos.

Com efeito:

qualquer participação do magistrado em instância diversa, no processo ao qual é chamado a julgar, faz nascer o impedimento. Assim, se tiver decidido qualquer tipo de questão – excetuando-se despachos de mero expediente, pois a lei fala em matéria de *fato* ou *direito* – em primeiro grau, não poderá integrar colegiado de grau superior, para julgar recurso contra decisão proferida no feito (NUCCI, 2015, p. 630)

A incongruência entre a situação acima exposta (magistrado promovido) e a ausência de exceções ao princípio da identidade física do juiz é patente. Ora, não se pode falar na conservação da vinculação do magistrado promovido quando a própria lei o torna impedido de analisar questões concernentes à feitos em que já tenha atuado em outro grau de jurisdição.

Insta salientar, ainda, que caso se admitisse a continuidade da vinculação do magistrado promovido somente pelo fato de ele ter presidido a instrução, admitir-se-ia, em última análise, a supressão de instância, situação que, evidentemente, é contrária ao princípio do duplo grau de jurisdição.

A título de exemplo, se o magistrado promovido a desembargador permanecesse encarregado de prolatar a *decisum* dos processos em que presidira a instrução, haveria, como consequência lógica, feitos que seriam sentenciados no tribunal, por um desembargador, apesar de terem tramitado integralmente em primeira instância. Trata-se, como se vê, de hipótese intolerável.

A situação é ainda mais grave no tocante aos magistrados que, após presidirem a instrução de um feito, se aposentam.

Isso porque a aposentadoria, por si só, faz com que se finde a competência do magistrado em relação a qualquer processo.

Desta feita, sendo a competência um dos pressupostos para a concretização do princípio do juiz natural, a vinculação de um (ex)magistrado a qualquer feito violaria um princípio constitucionalmente consagrado (juiz natural).

Haveria, caso se admitisse a permanência do dever do magistrado aposentando em prolatar a decisão, a clara opção pelo princípio – infraconstitucional - da identidade física do juiz em detrimento do princípio do juiz natural. Nesse sentido:

Sob pena de se admitir que um princípio com *status* de lei ordinária – identidade física do juiz (CPP, art. 399, §2º) -, possa se sobrepor a um princípio com envergadura constitucional – juiz natural (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LIII) -, não se pode admitir que um juiz que deixou de ter competência para o julgamento do processo em virtude de afastamento legal, logo, incompetente, seja compelido a julgar o feito pelo simples fato de ter presidido a instrução probatória (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 5.ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 381 – grifo nosso)

Extrai-se, então, que ainda tenham presidido a instrução de determinado processo, os magistrados promovidos e aposentados deixam de ser autoridades competentes para julgar tais casos. O juiz aposentado, aliás, deixa de ser competente para julgar qualquer outro processo.

Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 381) destaca que:

Como se percebe, sem embargo da iminente revogação do art. 132 do CPC, as ressalvas à aplicação do princípio da identidade física do juiz nele inseridas continuam plenamente válidas, porquanto, em todas elas, há a cessação da competência do magistrado para o julgamento dos feitos por ele anteriormente instruídos.

Assim sendo, embora nenhuma norma vigente em nosso ordenamento jurídico consagre as exceções ao princípio *sub analyse*, é forçoso concluir que algumas hipóteses mitigadoras antes previstas pelo Código de Processo Civil de 1973 podem ser casuisticamente aplicadas, tendo como fundamento não o dispositivo que antes as consagravam (*in casu*, o – revogado – artigo 132), mas sim a própria cessação da competência do juiz que “participou” da instrução probatória.

Com efeito, tendo em vista que a interpretação literal e isolada do disposto no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, poderia conduzir os

aplicadores do direito à situações contrárias ao ordenamento jurídico pátrio, entende-se, através de uma visão crítica, pela possibilidade da relativização do princípio da identidade física do juiz em casos concretos que se assemelhem aos acima expostos (juiz promovido ou aposentado). Trata-se, na verdade, de medida imprescindível para a concretização do direito e, em última análise, da própria justiça.

6 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O projeto de lei nº 8.045/10, que trata do novo Código de Processo Penal, pretende resolver o problema da ausência de previsão normativa de exceções para o princípio da identidade física do juiz na seara penal.

Com efeito, referido projeto – que tramita atualmente no Congresso Nacional – consagra expressamente não só o princípio em questão, como também hipóteses aptas a excepcioná-lo. Assim dispõe o artigo 280 do projeto de lei nº 8.045/10:

O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente de sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor

Conforme se denota, as exceções que o projeto do novo Código de Processo Penal busca introduzir no ordenamento jurídico se assemelham em muito àquelas previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 (as mesmas que, por certo período, foram aplicadas, através da analogia, no processo penal).

Assim como o Código Buzaid, o projeto do novo Código de Processo Penal prevê que a sentença poderá ser proferida pelo magistrado sucessor quando aquele que presidiu a instrução estiver convocado, licenciado, promovido ou aposentado ao tempo da prolação da decisão.

A inovação legislativa reside no fato de que, de acordo com o projeto de lei nº 8.045/10, o afastamento por motivo “independente” da vontade do magistrado que presidiu a instrução será apto a excepcionar o princípio da identidade física do juiz.

A redação do artigo 280, como se vê, não é de boa qualidade. Isso porque a expressão “motivo independente de sua vontade” pode levar a duas interpretações.

De um lado, é possível entender que “motivo independente da vontade” será qualquer razão, isto é, aquela que pode ou não ser proveniente da intenção do juiz.

Falar-se-ia, através dessa perspectiva, na reprodução indireta (porquanto em outras palavras), do disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, visto que tal diploma estabelecia que o princípio da identidade física

do juiz seria excepcionado quando o magistrado se encontrasse afastado “por qualquer motivo”. Não se exigiria, portanto, a existência denexo entre a vontade do magistrado e o afastamento para que o princípio em análise fosse mitigado.

A segunda interpretação possível do artigo 280 do projeto de lei nº 8.045/10, por sua vez, é a de que, para que os autos sejam transferidos ao magistrado sucessor, aquele que conduziu a instrução deverá se encontrar afastado por motivo que esteja além da vontade dele, isto é, por uma razão por ele não desejada.

Assim, de acordo com a segunda perspectiva exposta, o princípio em comento poderia ser mitigado caso o juiz se encontrasse afastado por decisão do tribunal de justiça (durante a apuração de um processo administrativo disciplinar, por exemplo), mas o mesmo não ocorreria na hipótese de o próprio juiz solicitar seu afastamento por razões pessoais.

Evidente que, apesar de o artigo 280 do projeto de lei 8.045/10 resolver, ao menos aparentemente, o fato do total desamparo legal no tocante às – necessárias – exceções ao princípio da identidade física do juiz, referido dispositivo, do modo como está redigido, não se revela capaz de solucionar completamente as questões problemáticas relacionadas ao tema.

Com efeito, caso se entenda que o afastamento apto a mitigar o princípio em questão é somente aquele cuja razão não provém da vontade do juiz, haverão, inevitavelmente, prejuízos à concretização do princípio – constitucional – da duração razoável do processo.

Percebe-se, através dessa segunda interpretação, que o legislador conferiria maior valor à razão pela qual o magistrado está afastado (ou seja, se é da vontade dele, ou não) do que ao afastamento em si e as consequências que ele poderia trazer ao denunciado, notadamente àquele que se encontra preso cautelarmente.

Extrai-se, portanto, que, ainda que o projeto de lei 8.045/10 seja aprovado, o artigo 280, do modo como está redigido, não bastará para solucionar o problema do desamparo à todas as hipóteses que reclamam a desvinculação do magistrado dos feitos cuja instrução presidiu.

7 CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, infere-se que a definição dos princípios, a diferenciação estabelecida entre eles e as regras e, principalmente, o caráter normativo por eles assumido no ordenamento jurídico brasileiro são extremamente relevantes para a interpretação e concretização do direito.

É exatamente, aliás, o que se extrai do princípio da identidade física do juiz, que, enquanto norma processual infraconstitucional, revela-se capaz de vincular ao feito o magistrado que presidiu a instrução.

De fato, a norma meticulosamente analisada no presente trabalho – prevista, atualmente, no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal – permite o alcance, em última análise, da melhor prestação da jurisdição.

Sem embargo da inexistência de previsão de exceções para o princípio da identidade física do juiz, é indubitável que, em determinadas hipóteses, por razões fáticas ou jurídicas, a mitigação de tal norma se faz necessária.

Com efeito, sendo o princípio da identidade física do juiz parte de algo maior, que é o próprio ordenamento jurídico, revela-se inviável que sua análise seja feita de isolada. Ao contrário, o princípio em questão deve ser estudado à luz das demais normas – constitucionais e infraconstitucionais – do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, princípios constitucionais como o da duração razoável do processo e o do juiz natural contrapõem-se ao pensamento de que o princípio da identidade física do juiz seria absoluto por conta do infeliz silêncio legislativo no tocante à possibilidade de sua relativização.

A desvinculação do magistrado é medida de rigor quando da superveniência de situação que o afaste de suas funções por um período que possa macular a duração razoável do processo ou, ainda, quando da ocorrência de fatos que aniquilem por completo sua competência (como, por exemplo, a aposentadoria).

Como se vê, em que pese tenham deixado o ordenamento jurídico pátrio, as exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, isto é, juiz “convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado”, exemplificam situações que, ainda hoje, tornam necessárias a relativização do princípio da identidade física do juiz em casos concretos.

Não se defende, no presente trabalho, a aplicação no processo penal, ainda que por analogia, de norma revogada. Ao contrário, busca-se apenas

constatar que, apesar de o artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 ter perdido seu espaço no ordenamento jurídico, as hipóteses nele previstas (convocação, licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria) ainda podem ocorrer no mundo fático e, por razões lógicas, devem continuar ensejando a mitigação do princípio da identidade física do juiz.

De fato, não pode o silêncio legislativo servir de justificativa para o afastamento de princípios constitucionais (como, por exemplo, o da duração razoável do processo e o do juiz natural) em detrimento de uma norma infraconstitucional (identidade física do juiz). Em outras palavras, a falha legislativa não pode legitimar a violação da supremacia da Constituição.

É bem verdade que o problema pode ser facilmente resolvido pelo próprio poder legislativo, na medida em que é dele o poder de criar – e modificar – as normas de nosso ordenamento jurídico. Entrementes, enquanto a tão aguardada solução não sobrevém, tem-se por certo concluir que o princípio da identidade física do juiz pode (e deve), ainda que de forma excepcional, ser relativizado no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun.2003. Disponível em <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em 12.02.2017.

BEZERRA, Carlos Henrique Bezerra Leite (coordenação). **Repercussões no processo do trabalho**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 maio de 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. Decreto nº 678/92, de 06 de novembro de 1992. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2017.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 28 de agosto de 2017.

_____. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 20 de julho de 2017.

_____. **Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm> Acesso em 13 de agosto de 2017.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2017.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htmLINDB>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 20 de setembro de 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8045/2010.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em 29 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus** nº 105198 - DF. Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, Defensor Público-Geral do Distrito Federal e Territórios, G.F. DA S., Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data de Publicação: DJe-243 DIVULG 13/12/2010, Publicação 14/12/2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17656979/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-105198-df>> Acesso em 15 de agosto de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 107769 PR. Rel. Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma. Data do Julgamento: 18/10/11. Data da Publicação: 28/11/11. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20997404/habeas-corporus-hc-107769-pr-stf>> Acesso em 20 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus** nº 120414. Rel. Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Data do Julgamento: 06/05/2014. Data de Publicação: 13/02/14. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25100755/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-120414-sp-stf/inteiro-teor-121545427?ref=juris-tabs>> Acesso em 13 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 10404/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento: 10/12/13. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25135355/habeas-corporus-hc-110404-sp-stf?ref=juris-tabs>> Acesso em 13 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 112.362. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. DJe de 18/04/13. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275493/habeas-corpus-hc-112362-df-stf/inteiro-teor-111667905?ref=juris-tabs> Acesso em: 13 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus** nº 123572/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento: 07/10/14. Publicação: 31/10/14. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25300832/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-123572-df-stf/inteiro-teor-148908613>>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança** nº 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Data de Julgamento: 16/09/1999, Publicação *DJ* de 12/05/-2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 02 de setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 135496/ DF 2009/0084896-0. Sexta Turma. Rel. Min. OG Fernandes. Data de Julgamento: 17/09/09. Publicação: DJe 19/10/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5930574/habeas-corpus-hc-135496-df-2009-0084896-0-stj>> Acesso em: 14 de setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 135.456/SC. 6ª Turma. Rel. Min Celso Limongi. Data do Julgamento: 18/03/2010, DJe 24/05/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19151040/habeas-corpus-hc-135456-sc-2009-0084737-8-stj>> Acesso em: 01 de setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 135496 DF 2009/0084896-0. Rel. Min. OG Fernandes. Sexta Turma. Data do Julgamento: 17/09/2009. Publicação: DJe 19/10/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5930574/habeas-corpus-hc-135496-df-2009-0084896-0-stj>> Acesso em 02 de setembro de 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** nº 322-81.2011.5.06.0021. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Terceira Turma. Data de Julgamento: 18/12/2013. Data de Publicação: DEJT 31/1/2014. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121176610/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ag-airr-3228120115060021/inteiro-teor-121176629?ref=juris-tabs>> Acesso em 02 de setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial** nº 991119 DF 2016/0256852-7. Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca. Quinta Turma. Data do Julgamento: 13/12/2016. DJe 01/02/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425534823/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-991119-df-2016-0256852-7/inteiro-teor-425534838>>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 222**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4247>> Acesso em 14 de setembro de 2017.

_____. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José da Costa Rica, 1992. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 16/09/2017. Acesso em 25 de setembro de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentença de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, § 156. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf> Acesso em 24 de setembro de 2017

_____. **Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentença de 28 de Novembro de 2002. Serie C No. 97, § 57. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

_____. **Caso García Prieto y Otro Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentença de 20 de novembro de 2007. Serie C No. 168, § 112. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_168_esp.pdf> Acesso em 24 de setembro de 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 02. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUARTE, Walter Antonio Dias. **Identidade do Juiz e o Processo Penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESSER, Josef. **Grundsatz Und Norm In Der Richterlichen Fortbildung Des Privatrechts**, 4ª tiragem, p. 51 APUD ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 16ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **Princípios Jurídicos**. Revista UNIARA, v. 20, p. 13-29, 2007. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf>. Acesso em 25.03.2017.

FONSECA, Gabriela Koetz da. **A evolução da teoria dos princípios**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-da-teoria-dosprincipios,45949.html>>. Acesso em 10.01.2017.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. **Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., rev. e atual. com as leis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. volume 1 (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. vol.03 Campinas: Millennium, 2003.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II: arts. 46 a 153**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do juiz no direito processual civil moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: volume 2**. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003: 607-630. Disponível em <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em 13.02.2017.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado a luz do direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVEIRA, João José Custódio da. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. - 12. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPodivm. 2017.

TEBAR, Wilton Boigues Corbalan; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Neoconstitucionalismo: Superação para concretização de direitos fundamentais**. Revista Intertemas. V. 16. p. 122-147. Presidente Prudente: 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil. v. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. V.2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099/1995**. 6. ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O papel dos princípios no ordenamento jurídico**. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico>>. Acesso em 20.03.2017.