

TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS: O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Elisandra Cavalcante COLNAGO¹
Wilton Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo a breve análise dos princípios enquanto normas jurídicas, notadamente no que tange à conceituação e ao papel por eles desempenhado em nosso ordenamento. Demonstrou-se, ainda que sucintamente, os diversos posicionamentos atinentes à distinção entre as espécies normativas - princípios e regras. Após, foi analisada a função assumida pelos princípios na esfera constitucional, infraconstitucional e, ainda, jurisprudencial, conferindo, para tanto, especial atenção ao princípio da identidade física do juiz.

Palavras-chave: Princípios. Regras. Teoria do sistema jurídico. Princípio da identidade física do juiz.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da conceituação dos “princípios”, do papel por eles desempenhado em um sistema jurídico e desenvolve, também, uma breve análise da aplicação prática da matéria, tendo como referencial o princípio da identidade física do juiz.

A escolha do tema reside no fato de que hodiernamente os princípios assumiram um papel central na aplicação do direito, seja no momento da criação das normas jurídicas ou, ainda, na incidência sobre os casos concretos submetidos à apreciação do poder judiciário.

Com efeito, analisando a importância que determinado sistema atribui aos princípios é possível extrair qual o papel que por eles será desempenhado na concretização do direito.

Para tratar do tema, o primeiro capítulo traz diversos conceitos de “princípio”, espécie normativa que, juntamente com as regras, compõe nosso ordenamento jurídico.

¹ Discente do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

Em seguida, a pesquisa aborda as posições doutrinárias a respeito da distinção entre princípios e regras.

Após, passa-se a breves apontamentos sobre a função normativa dos princípios e sobre sua importância no aspecto constitucional, processual e jurisprudencial, valendo-se da análise casuística da aplicação do princípio da identidade física do juiz em nosso ordenamento jurídico.

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 com 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 consagrados.

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 ser tidas como 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.

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.

Josef Esser (*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 determinadas 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 aplicados em determinado ordenamento jurídico e, também, nos efeitos causados quando de sua aplicação.

3 DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

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). Conforme se denota, tal entendimento 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 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.

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 en 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 en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.³

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.

³ “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).

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.

Entrementes, assiste razão Ávila (2015, p. 110) quando critica tal visão. 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 (a) da descrição normativa; (b) da justificação e (c) 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 tema pacífico na doutrina, há unanimidade quanto ao reconhecimento da importância e da força dos princípios nos ordenamentos jurídicos.

4 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). 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).

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 e 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 seguido 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 aqueles valores defendidos – ainda que implicitamente – pelo texto constitucional.

Para ilustrar o que foi dito, lembramos que não é possível criar um novo crime com efeito retroativo a fim de atingir 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). 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.

4.1 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 salvaguardar os princípios constitucionais, agindo, ainda, de acordo com as determinações específicas contidas nos códigos (de forma explícita ou implícita).

5 ANÁLISE CASUÍSTICA

A análise jurisprudencial, mesmo que realizada sucintamente, atesta o caráter normativo dos princípios, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, explícitos ou implícitos.

De fato, não são poucos os casos que, quando submetidos à apreciação do judiciário, têm sua solução alicerçada na aplicação de princípios. Daí porque poder se afirmar que o estudo principiológico assume uma dimensão prática, além, é claro, da dimensão teórica anteriormente exposta.

Como é cediço, o ordenamento jurídico brasileiro é regido por uma série de princípios igualmente importantes à realização do estado democrático de direito. Vale ressaltar, contudo, que para a análise casuística pretendida no presente trabalho, faz-se necessário conferir particular atenção à aplicação de um princípio específico: o da identidade física do juiz.

5.1 Princípio da Identidade Física do Juiz

No âmbito infraconstitucional, notadamente no âmbito processual penal, a força normativa do princípio da identidade física do juiz é incontestável.

Em consonância com o princípio constitucional do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal), o princípio da identidade física do juiz foi consagrado explicitamente no – revogado – Código de Processo Civil de 1973 (artigo 132) e passou a integrar o Código de Processo Penal somente após a reforma ocorrida no ano de 2008 (Lei nº 11.719/2008). Com efeito, o § 2º do artigo 399 do referido diploma legal dispõe que: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

O princípio da identidade física do juiz tem por objetivo fazer com que a pessoa encarregada de proferir a decisão (magistrado) em determinado feito, realize também a colheita imediata de provas, isto é, participe da instrução processual (LIMA, 2016, p. 635).

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

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.)”.

Walter Antonio Dias Duarte (2006, p. 30) elabora severa crítica à utilização do termo “identidade física” para nomear o princípio em questão. É que, 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”.

Marco Antonio Marques da Silva (1993, p. 19-20) salienta que “é bem diferente, realmente, ler uma peça de teatro e vê-la ser representada. Assim também, ler as peças de um processo e assistir à produção das provas, notadamente os depoimentos das testemunhas”.

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.

Conforme se denota, a finalidade pretendida por este princípio é, em última análise, a melhor prestação da jurisdição, que, *in casu*, só será alcançada com a adoção de uma conduta fim, qual seja, a prolação da sentença pelo mesmo magistrado que presidiu a instrução.

A normatividade conferida ao princípio da identidade física do juiz é evidenciada pelos diversos julgados que reconhecem a nulidade da sentença nos casos em que ocorrem o desrespeito à tal princípio.

Ora, o fato de a violação a um princípio implicar em nulidade de um ato processual tão importante quanto a sentença, é, por si só, suficiente para demonstrar a relevância que nosso ordenamento atribui aos princípios.

Nesse sentido, já decidiram os E. Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais e São Paulo, respectivamente:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL PRESIDIDA POR JUÍZA COOPERADORA. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ TITULAR. PRELIMINAR ACOLHIDA. MÉRITO JULGADO PREJUDICADO. 1. É absolutamente nula a sentença prolatada por juiz que não tenha presidido a instrução processual, quando não ocorrida nenhuma das hipóteses de exceção previstas no artigo 132 do CPC, por violar o princípio da identidade física do juiz. 2. O fato de haver cooperação na comarca não possui o condão de mitigar o princípio da identidade física do juiz, sendo perfeitamente possível e devido ao Magistrado cooperador prolatar a sentença nos casos em que tenha instruído durante o seu exercício jurisdicional. 3. Preliminar acolhida para anular a r. sentença hostilizada. Mérito julgado prejudicado. (TJ-MG - APR: 10145130047940001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 17/07/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/07/2014)

Apelação Criminal - Atentado violento ao pudor - Nulidade - Inobservância da identidade física do Juiz - Ocorrência - Sentença proferida por Magistrada que não presidiu a instrução - Preliminar acolhida para anular a sentença, prejudicadas as demais assertivas do apelo. (TJ-SP - APL: 990100054937 SP, Relator: Almeida Sampaio, Data de Julgamento: 05/07/2010, 2ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 29/07/2010)

Além disso, como todo e qualquer princípio, o da identidade física do juiz também não é absoluto. Extrai-se, assim, que a relativização desta norma é não só aceitável, como também, em alguns casos, plenamente recomendada.

É que, em que embora o dispositivo legal (artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal) não traga expressamente as hipóteses que excepcionam referida norma, determinadas situações ensejam sua relativização.

Desta feita, tendo como fundamento o artigo 3º do Código de Processo Penal (que permite interpretação extensiva e aplicação analógica), o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

(...) O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da identidade física do juiz, positivado no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, não é absoluto e comporta as exceções do art. 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente no processo penal por força do seu art. 3º (RHC nº 120.414/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 6/5/14). 4. O Supremo Tribunal Federal, HC nº 123.873/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 18/12/14, relativizou o princípio da identidade física e reputou legítima a possibilidade de se proferir sentença em regime de mutirão, ressaltando que, apenas diante das peculiaridades do caso, em que a prova acusatória se resumia à palavra da vítima, fez prevalecer a competência do juiz que presidiu a instrução. 5. Na espécie, diversamente, o Tribunal de Justiça destacou que a condena-

ção do recorrente se amparou em robusta prova documental e testemunhal, o que não justifica, na esteira do precedente citado, a prevalência da competência do juiz que presidiu a instrução sobre a do juiz designado para o regime de mutirão, com base em ato normativo local, que prestigia a celeridade e a efetividade processual. 6. Agravo regimental não provido. (ARE 839680 AgR / SC - SANTA CATARINA. STF - Segunda Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 02/09/2016)

Extraí-se, desta feita, a condição principiológica da identidade física do juiz – norma finalística que indica um estado ideal a ser alcançado e que, em certas ocasiões, pode ser relativizada.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, infere-se que a teoria geral dos princípios é essencial para a correta análise do papel desempenhado por referida espécie normativa em um ordenamento jurídico.

Assim, a conceituação dos princípios, a diferenciação estabelecida entre eles e as regras e, principalmente, o caráter normativo que é assumido pelos princípios no ordenamento jurídico brasileiro se mostram extremamente relevantes para a resolução de casos práticos.

Após a análise dos pensamentos de Alexy, Dworkin e de Humberto Ávila a respeito da distinção entre princípios e regras, conclui-se que, nos dias atuais, independentemente da corrente adotada, é indubitável que os princípios são normas.

Com efeito, é com o reconhecimento da condição normativa dos princípios que se pode legitimar a utilização deles na interpretação e, por consequência, na concretização do direito.

É exatamente o que se extrai do princípio da identidade física do juiz, que, enquanto norma infraconstitucional, é capaz de vincular ao feito o juiz que presidiu a instrução, produzindo efeitos concretos quando é observado e, mais ainda, quando é violado (caso em que acarreta nulidade do ato processual).

É certo, por fim, que os reflexos práticos da teoria geral dos princípios residem na própria importância que é conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro a tal espécie normativa, sendo que esta, juntamente com as regras, possui o condão de orientar julgamentos e, em última análise, contribuir para a realização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

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

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.

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.

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.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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.

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, 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.

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.

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

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.