

A identidade física do juiz: princípio ou orientação?

Moacir Rogério Tortato

Sumário.

1. Introdução. 2. Identidade física do juiz e juiz natural. 3. Evolução da legislação sobre a identidade física do juiz. 4. Inclusão no direito processual penal. 5. Acomodação com outros princípios. 6. Exceções à regra. 7. Substituição e vinculação em caso de Férias. 8. Exceções pretorianas ao princípio da identidade física do juiz. 9. Princípio ou orientação? 10. Futuro do princípio da identidade física do juiz. 11. Conclusão.

1. Introdução.

O Princípio da Identidade Física do Juiz, tem dito a doutrina, é uma imposição legal que vincula o juiz da instrução oral ao julgamento da causa, supondo-se que, tendo tido ele contato direto com a prova testemunhal, teria melhores condições de avaliá-la e promover um julgamento justo.

Ovídio Batista em sua obra Curso de Processo Civilⁱ esclarece que o Princípio da Oralidade permite que atos postulatórios e probatórios sejam produzidos em nosso sistema de forma oral, assim como o Princípio da Imediatidade determina o contato direto e pessoal entre o juiz e as partes, para concluir que o Princípio da Identidade Física do Juiz é o que dá consistência aos dois anteriores (oralidade e imediatidade).

Em suas palavras ensina Ovídio: "Ora, se a oralidade, como se viu, tem por fim capacitar o julgador para uma avaliação pessoal e direta não só do litígio, mas da forma como as partes procuram prová-lo no processo, não teria sentido que o juiz a quem incumbisse prolatar a sentença fosse outra pessoa, diversa daquela que tivera esse contato pessoal com a causa"ⁱⁱ.

2. Identidade física do juiz e juiz natural.

Não há como falarmos em identidade física do juiz sem nos lembrarmos de que, antes de tudo, tratamos da identidade física de um juiz natural.

Juiz Natural, Princípio basilar de nosso sistema democrático, foi consagrado na Constituição Federal de 1988 como Direito e Garantia Fundamental do cidadão: "**Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;**" e "**Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;**".

José Frederico Marques, relata: De duas maneiras deve ser entendida e interpretada a expressão constitucional "autoridade competente", usada no texto aludido. Em primeiro

lugar, o que se destaca na expressão constitucional - é a determinação indeclinável de que somente poderá processar e sentenciar a autoridade investida de jurisdição. (...) Em segundo lugar, a expressão "autoridade competente" equivale às de juiz natural, ou juiz legal, que em outras legislações vêm usadas(7).ⁱⁱⁱ

Então, já em decorrência do princípio do juiz natural em sua forma pura, temos que a competência é indeclinável, podendo instruir e sentenciar determinada causa apenas e tão somente aquele magistrado devidamente investido na jurisdição e com aquela parcela de competência, nenhum outro.

Tal regra isolada já garante por si que na imensa maioria dos casos um determinado feito judicial é conduzido e julgado por um único magistrado.

Entretanto o legislador foi além, entendeu que não bastava a garantia do juiz natural ao cidadão. Era preciso garantir-lhe expressamente que o juiz da instrução, ou seja, o juiz responsável pela coleta da prova oral deveria ficar vinculado ao processo para promover-lhe o julgamento, tratando-se este do princípio da identidade física do juiz.

Evidentemente já de início o legislador deu flexibilidade a tal princípio. Veja-se que, ao tempo em que o jurisdicionado tem direito à ver sua causa julgada pelo mesmo juiz que lhe colheu as provas orais, tem também direito a um julgamento célere. Então, como conciliar os dois princípios se o juiz, por exemplo adoentado, após a coleta das provas, licencia-se para cuidar da própria saúde por alguns meses?

Não seria justo impor às partes uma espera não razoável.

Com o passar do tempo e com as experiências práticas observadas nos casos concretos, os tribunais e também o legislador se aperceberam que o princípio ainda demandava aperfeiçoamento e se optou por priorizar a celeridade e o juiz legal, mitigando sensivelmente a aplicação do princípio da identidade física do juiz.

Daí o surgimento das diversas evoluções legais que sofreu tal princípio e conforme veremos adiante.

3. Evolução da legislação sobre a identidade física do juiz.

Nosso Código de Processo Civil trazia a seguinte redação quanto ao princípio da identidade física do juiz:

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.

Esta redação trazia uma aplicação mais fiel do princípio da identidade física do juiz. A vinculação se dava por toda a instrução e julgamento, pois ficava vinculado ao processo o juiz que iniciasse a coleta da prova oral. Também as exceções ali previstas eram bem mais modestas.

Com a evolução dos tempos e percebendo o legislador que o processo exigia muito mais mobilidade e agilidade, o princípio foi sacrificado, mas por uma boa causa, a tão exigida celeridade.

Atualmente, com a alteração trazida pela lei 8.637/93, a redação vigente assim o prevê:

Artigo 132. 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.

Vincula-se ao julgamento não mais o juiz que inicia a instrução, mas o que a conclui. Isso já autoriza que múltiplos juízes instrua o processo, vinculando somente aquele que finalizar a instrução oral. Tal mitigação permite situações questionáveis, como por exemplo, em um feito com grande número de oitivas, se somente a última coleta foi realizada por magistrado diverso, ficaria este último juiz vinculado e não aquele anterior que teve contato com uma parcela muito mais significativa da prova oral.

Também é fácil perceber que as hipóteses de exceção ao princípio foram infladas, revelando a ampla flexibilização, ou, sendo mais claro, enfraquecimento do princípio, o que veremos mais adiante.

O Princípio da identidade física do Juiz só foi incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719, de 2008 e situa-se no parágrafo 2º do artigo 399, com a seguinte redação:

Art. 399...

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

Adiante veremos os questionamentos decorrentes da inclusão do princípio na seara penal.

4. Inclusão do princípio no direito processual penal.

Observa-se que após diversas experiências de muitos anos e infindáveis discussões quanto ao alcance da aplicação do Princípio da Identidade Física do Juiz no âmbito do processo civil, redundando inclusive em sua evolução legislativa, ocasião em que, como já vimos anteriormente, restringiu-se a abrangência da vinculação do juiz e aumentaram-se as hipóteses de exceções à tal vinculação, optando o legislador por primar pela celeridade, inesperadamente, quando da incorporação do princípio ao processo penal, o legislador não levou em conta as experiências anteriores.

A redação que trouxe o Princípio da Identidade Física do Juiz ao processo penal cinge-se a vincular o juiz que presidiu a instrução, determinando que deverá ele proferir a sentença. Ponto. O legislador não menciona se o vinculado é o juiz que inicia a instrução ou o que a

finda, o que revela que um único juiz deveria instruir o feito desde o início e sentenciá-lo após.

Igualmente o legislador não excepciona o princípio em nenhum momento, o que é curioso, pois que normalmente o processo penal tem mais urgência para chegar ao termo que o processo civil, mormente quando o réu encontra-se segregado, situação em que urge a chegada da sentença e eventual vinculação de juiz afastado, promovido, licenciado ou em férias, poderia trazer grandes prejuízos à tal clamor por celeridade.

Nem mencionemos aqui o juiz aposentado, já que a este realmente é impossível promover o julgamento.

Felizmente os tribunais pátrios, frise-se, os pioneiros em se depararem com a mesma problemática da vinculação de juiz ainda na seara cível, de forma serena e equilibrada logo importaram de lá o entendimento a ser utilizado também em sede criminal, entendendo que aquelas exceções previstas ao princípio da identidade física do juiz no processo civil tem igual aplicabilidade no processo penal, por força do art. 3º deste código, que autoriza a interpretação extensiva e analógica, bem como suplemento de princípios gerais do direito.

5. Acomodação com outros princípios.

À toda evidência nosso sistema processual repousa em princípios, cada um deles fruto de evoluções e conquistas de nossa sociedade, em busca do tão almejado Estado Democrático de Direito.

Tais princípios devem conviver e coexistir harmonicamente, encaixando-se ordeiramente uns com os outros de modo a viabilizar a aplicação em maior ou menor grau daquele que é mais interessante e que melhor aproveita ao cidadão em cada caso.

E são pródigos os exemplos de necessidade de acomodação de diferentes princípios. Observe-se que nem sempre o princípio da mais ampla defesa e contraditório tem um bom relacionamento com o princípio da celeridade processual. Evidentemente, se houver plena preponderância da celeridade, pode haver prejuízos à ampla defesa. Por outro lado, se se permitir às partes promover toda e qualquer prova postulada, sem dúvidas poderão ocorrer abusos em detrimento da celeridade. A acomodação de princípios deve, pois, ser dosada com sabedoria pelo juiz.

Outro exemplo oportuno é a acomodação do princípio do juiz natural daqueles que tem foro privilegiado, com o princípio do duplo grau de jurisdição. Evidentemente, um promotor de justiça ou um juiz de direito, em caso de necessidade de apuração de qualquer ato considerado delito por eles praticados, gozam dessa prerrogativa e seu juiz natural é o respectivo tribunal de justiça. Entretanto, o ganho que tal prerrogativa lhes dá - foro privilegiado - implica também em uma perda, qual seja, a mitigação do duplo grau de jurisdição. Ao contrário do cidadão comum, que se condenado tem direito à apelação para a reapreciação plena do mérito da questão, aqueles que tem foro privilegiado, por

exemplo no tribunal de justiça, perdem tal garantia principiológica. Evidentemente tem direito a recurso, porém para análise de eventual afronta à constituição junto ao STF (recurso extraordinário) ou para questionar afronta à lei federal junto ao STJ (recurso especial), mas a reapreciação exaustiva do material probatório sem dúvidas fica prejudicada. Acomodam-se assim, no referido caso, estes princípios.

No caso do princípio da identidade física do juiz, entretanto, a convivência com os demais princípios não tem sido das mais harmônicas e aquele tem sido relegado a uma espécie de plano inferior. É que invariavelmente, em caso de necessidade de acomodação do princípio da identidade física do juiz com qualquer outro, sacrifica-se o primeiro.

O próprio legislador, frise-se, seguindo o que já vinha entendendo os tribunais pátrios, fez diversos remendos no princípio da identidade física do juiz, encolhendo-o, sempre primando pela celeridade e pelo juiz legal.

É fácil entender tais razões. Se porventura o juiz da instrução, já vinculado ao julgamento do feito, acaba meritoriamente sendo convocado para assessorar o corregedor, sem dúvidas não é razoável pretender que as partes aguardem o seu retorno, então sacrifica-se o princípio da identidade física do juiz em prol da celeridade.

Tal caso é mais do que compreensível, afinal uma convocação em tais hipóteses pode durar anos. Mas o que dizer de uma simples férias de trinta dias, ou até uma licença paternidade, em que a perda em celeridade não é tão evidente? Seria razoável sacrificar o princípio da identidade física do juiz em prol de uma celeridade pouco relevante? Entende o legislador que sim. Não é lícito ao magistrado sopesar o caso concreto e verificar ali uma acomodação dos dois princípios (celeridade X identidade física), pois a lei já optou pela celeridade. Assim, é facultado ao juiz substituto sentenciar o processo instruído pelo juiz titular, estando este afastado por qualquer motivo e por qualquer período.

Observa-se ainda que a própria lei excepcionou o princípio da identidade física do juiz quando há qualquer resvalo no princípio do juiz natural. Quando o juiz da instrução é, por exemplo, promovido e efetivamente assume a titularidade de outro juízo, fica desvinculado do julgamento do processo e o novo juiz, este sim, agora o juiz natural daquele feito por ser o novo detentor da competência sobre aquele órgão jurisdicional, é que deverá julgá-lo.

Evidentemente não se concebe, diante do princípio do juiz natural, que em um único órgão jurisdicional, em que atua um único juiz competente, pudesse haver parte de seus feitos submetidos a julgamento de outro magistrado, agora estranho àqueles processos. Não há dois juízes naturais se a legislação de organização judiciária prevê apenas um.

O sacrifício, aí, mais uma vez, é do princípio da identidade física do juiz, mantendo-se com razão intacta a garantia fundamental do princípio do juiz legal.

Evidentemente não se poderia sobrepor o princípio infraconstitucional da identidade física do juiz à garantia fundamental do cidadão que é o princípio do juiz legal.

6. Exceções à regra.

Com a devida vênia, embora o princípio da identidade física do juiz se revele algo alentador, ou seja, garantir à parte que o julgamento de sua lide será feito pelo mesmo juiz que colheu a prova, a verdade é que muito pouco remanesce desse princípio.

Ocorre que os tribunais e o próprio legislador, como já frisado anteriormente, mitigaram grandemente o alcance do princípio da identidade física do juiz, ofertando prioridade ao bom andamento do processo, primando-se por sua celeridade e objetividade e ofertando igual prioridade ao princípio do juiz legal. Com isso as alterações ocorridas na legislação "evoluiram" o princípio da identidade física do juiz de forma a excepcioná-lo com uma infinidade de situações previstas no art. 132 do CPC.

A redação do artigo 132 do CPC. prevê sim a aplicação do princípio da identidade física do juiz, porém ao mesmo tempo o excepciona tão fortemente que praticamente o esvazia.

Resta evidenciado que as situações de exceção previstas no próprio artigo em questão abarcam praticamente todas as possibilidades existentes de um juiz se afastar do processo, desvinculando-o do julgamento do feito que instruiu.

Vejamos as exceções:

Ora, deve o magistrado julgar o processo que instruiu, salvo se estiver convocado para outra função. Assim, uma convocação para atuar junto ao respectivo Tribunal, Corregedoria, Presidência, CNJ etc. desvincula o juiz que instruiu o processo.

Ainda, o juiz licenciado evidentemente não teria como julgar o feito. Não seria razoável esperar que o juiz com problemas de saúde ou no gozo de qualquer outro tipo de licença ficasse incumbido de exercer a jurisdição daquele feito específico, quando na verdade está afastado de suas funções.

O mesmo se diga com relação ao aposentado. Evidente que o magistrado aposentado, embora permaneça com seu título, não mais exerce a jurisdição e evidentemente não mais poderia julgar.

Também o juiz promovido, agora com nova competência em outro juízo, está desvinculado de julgar os processos que instruiu em sua antiga vara.

Propositadamente deixamos para o final a exceção mais emblemática e que, inclusive dispensaria as demais, que é o caso do juiz "afastado por qualquer motivo". Ora, esta exceção abarca todas as demais e qualquer outra que se possa imaginar e simplesmente desvincula o magistrado afastado do processo que instruiu.

Imaginemos, pois que além de todas as outras exceções, o juiz que finalizou a instrução mas está afastado por férias, recesso, compensatória ou "qualquer motivo" termo este da maior amplitude, também estará desvinculado do processo.

Em resumo, o próprio artigo 132 do CPC. que prevê o princípio da identidade física do juiz em nosso sistema processual, após sua última evolução legislativa, explicitou como exceções à regra de vinculação praticamente todas as situações possíveis em que um juiz pode se afastar do processo e não seria exagero afirmar que as exceções suprimiram a regra. Certamente haveria hoje grande dificuldade em se identificar uma situação em que um juiz afastado permanecesse vinculado ao feito que instruiu.

7. Substituição e vinculação em caso de Férias -

Embora a questão já tenha sido objeto de pinceladas nos tópicos anteriores, não há dúvidas de que se trata da hipótese mais corriqueira de substituição entre juízes e, talvez por isso a que gere mais controvérsias e assim demande maior estudo.

Lembre-mos de que não há e não pode haver um único fato, controvérsia ou lide que não esteja sob a competência de um determinado órgão jurisdicional em nosso sistema. Assim, por mais longínquo que seja o rincão em que ocorra o fato juridicamente relevante, sempre haverá um órgão jurisdicional competente que poderá ser provocado para a respectiva apreciação.

Igualmente sempre deverá haver um magistrado disponível respondendo por cada juízo, ainda que cumulativamente, o juiz legal.

Assim, a própria legislação federal estabelece as competências em termos amplos e a organização judiciária local distribui tal competência entre as diversas varas criadas, bem como define o regime ou escala de substituição entre os togados, de modo a que jamais um determinado órgão jurisdicional fique desassistido de magistrado. Destarte, o afastamento de um magistrado de sua vara implica na automática e imediata assunção do órgão por aquele outro juiz que o substitui legalmente.

E a substituição temporária entre magistrados sempre trouxe discussões envolvendo o princípio da identidade física do juiz.

É absolutamente comum um juiz em substituição a um colega em férias receber em seu gabinete processos instruídos para sentenciar, assim como é comum receber processos para instruir.

Isso gera duas situações, sendo a primeira delas a possibilidade de o juiz substituto julgar processos instruídos pelo magistrado titular ora em férias, que em tese seria o magistrado vinculado para o julgamento por ter encerrado a instrução oral.

Tal hipótese não deixa margem para questionamentos, haja vista a taxativa e expressa previsão legal desvinculando o magistrado do julgamento do processo por estar "afastado por qualquer motivo", no caso, férias (art. 132 do CPC).

A segunda hipótese demanda um estudo mais apurado. É que o magistrado substituto, ao acumular as funções do colega em férias, poderá também vir a instruir algum processo na

vara pela qual responde transitoriamente, sem que haja tempo hábil para julgá-lo, se antes disso findar o período de substituição.

Então surge o questionamento: o juiz substituto ficará vinculado aos processos que instruiu naquela outra vara durante as férias do juiz titular, mesmo após o seu retorno?

A uma primeira vista ficaríamos tentados a dizer que tal hipótese não se enquadra nas exceções do art. 132 do CPC, já que o juiz substituto não foi convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado.

Sim, o juiz titular ao sair de férias estava "afastado por qualquer motivo", no caso as férias, mas o substituto em tese não foi afastado, tendo continuado o seu trabalho em sua vara, cessando apenas a substituição.

Com a devida vênia este entendimento não parece o mais acertado. Se é verdadeira a afirmação de que o juiz substituto assume automaticamente as funções do titular afastado por férias, também o é a de que o retorno do titular às funções ordinárias afasta automaticamente o substituto daquela competência, não permanecendo dois magistrados na vara, já que isso feriria o princípio do juiz legal.

Juiz natural é o competente para presidir e julgar o processo dentro daquela parcela de competência. O juiz substituto só é o juiz natural daqueles processos contidos na vara em que substituiu durante o período de substituição. Cessada a substituição, torna o juiz titular a tal condição - de juiz legal - perdendo-a o substituto.

Sob esta premissa, deve-se entender que quando a lei excepciona a vinculação do juiz "afastado por qualquer motivo", está se referindo a afastamento da competência da vara e não das funções judicantes. Aliás, é exatamente este o critério utilizado pelo legislador em outra exceção ao princípio da identidade física do juiz, que é o caso do magistrado promovido. Daí a necessidade de se proceder a uma interpretação extensiva e não meramente literal da norma.

Assim como o juiz promovido fica desvinculado dos processos que instruiu em sua antiga vara somente por se afastar daquela competência, mesmo sem se afastar das funções judicantes, também o juiz substituto se desvincula dos processos da vara em que substituiu, ao se afastar daquela competência e isto se dá com a volta do titular, que assume por inteiro, tornando à condição de único juiz natural de todos os feitos ali tramitando.

Conclui-se, pois, que cessada a substituição, perde o magistrado substituto o *status* de juiz natural daquela vara em que atuou nas férias do titular e não poderia permanecer vinculado ao julgamento daqueles processos em afronta à tal garantia constitucional do cidadão.

Assim, da mesma forma que as férias do juiz titular o desvinculou do julgamento dos processos em que havia encerrado a instrução, seu retorno às atividades desvincula o seu substituto do julgamento daqueles outros feitos que também instruiu em razão de substituição legal.

Entendimento contrário implica numa indevida sobreposição do princípio infraconstitucional da identidade física do juiz, ao princípio constitucional do juiz natural (garantia fundamental), o que se revela desarrazoado.

8. Exceções pretorianas ao princípio da identidade física do juiz.

Não bastassem as exceções legais, frise-se, já bastante avantajadas, os tribunais tem também dado sua contribuição para o esvaziamento do princípio da identidade física do juiz.

É absolutamente comum nos depararmos com julgados que contribuem para a mitigação de tal princípio, com redações diversas, tais como: *No intuito de se conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural.* 3- Agravo regimental desprovido. (STJ – c-AI 1.159.240 – (2009/0016792-4) – 4ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJe 15/08/2011 – p. 858); ou *O afastamento do juiz que colheu a prova oral não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas, não se revestindo de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.* (...) (STJ – REsp 547.662 – AC – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 01/02/2005).

Existem ainda julgados mais emblemáticos, como por exemplo o julgamento de um agravo regimental que assim decidiu: *Para que se configure a violação ao Princípio da Identidade Física do Juiz, a ensejar a nulidade da sentença, a parte recorrente deve veicular e demonstrar, em suas razões de recurso, de forma inequívoca, qual o prejuízo concreto que a prolação da sentença, por magistrado diverso daquele que instruiu o processo, ter-lhe-ia causado.* 3- Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – c-d 249.894 – (2000/0020921-0) – 3ª T – Rel. Min. Vasco Della Giustina – DJe 01/12/2009 – p. 664).

Não se pode negar a dificuldade que teria a parte em demonstrar tal prejuízo. Como se poderia afirmar ou provar que aquele outro juiz decidiria diferentemente, de forma mais benevolente?

Há ainda outro entendimento já esposado por gigantes de nossos Tribunais: O Min. Moreira Alves, ao relatar junto ao STF o HC 74.131/MG, entendeu que na aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo penal, “sob a perspectiva da instrumentalidade das formas, deveria ser reconhecida a nulidade apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas”.

Entendimento similar teve o Min. Ricardo Lewandowski, ao relatar o RHC 116.205/SP (Segunda Turma do STF), onde afirmou: *...tenho aplicado esse princípio com temperamento. Ou seja, conforme o caso concreto. Se houver um prejuízo flagrante para o réu, uma incompatibilidade entre aquilo que foi colhido na instrução e a sentença de primeiro grau, seria, em tese, o caso de anulação.*

Ora, então para a análise de eventual nulidade decorrente da não observância do princípio da identidade física do juiz, há de se fazer uma análise das provas! Se o juiz sentenciante analisou-as corretamente, não há nulidade.

Mas se o tribunal fizer uma análise da prova e entende-la mal aplicada pelo juiz, não seria mais producente já reformar a sentença, ao invés de anulá-la?

É o que determina o art. 249, § 2º do Código de Processo Civil, que pode ser importado para o Processo Penal por força igualmente de seu art. 3º, sendo aquele artigo assim redigido:

Art. 249. ...

§ 2º. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Então, não seria de todo engano afirmar que, se eventualmente, num caso extremo, um tribunal verificasse que o juiz que não instruiu o feito, porém julgou-o, analisando mal a prova angariada pelo colega (que deveria ter ficado vinculado ao julgamento), e proferiu uma decisão injusta, deveria reformar a sentença e não declarar a nulidade pela não observância do princípio da identidade física do juiz.

9. Princípio ou orientação?

E o que se deve questionar a esta altura é se há acerto ou desacerto com a mitigação da aplicação do princípio da identidade física do juiz.

E há argumentos férteis para ambos os lados.

Lembremo-nos do âmago do princípio da identidade física do juiz.

Edilson Mougenot Bonfim elucida: "Ademais, analisando-se teleologicamente o referido princípio e aplicando-se analogicamente o dispositivo processual pertinente à questão, pode-se afirmar que apenas o juiz que tiver contato com a prova oral - e não com as demais provas de outra natureza - é que estará vinculado a julgar a causa. Isto porque é ele quem terá tido contato com a reação pessoal das partes, a credibilidade em seus relatos, a veracidade em suas manifestações etc., tornando-o mais próximo dos fatos narrados, o que justifica a inclusão do referido princípio no âmbito processual penal."^{iv}

A uma primeira vista realmente nos afigura lógico que o juiz que teve contato com a prova tenha mais elementos para julgar. Muitas vezes o juiz viu reações adversas nas testemunhas, nervosismos, medos, ou firmeza e isso ficou gravado em seu íntimo.

Entretanto, este mesmo argumento também poderia ser utilizado contra a utilização de tal princípio.

Uma visão interessante nos é dada por Rogério Montai de Lima em um artigo na WEB:

Identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz não convive harmonicamente com a Constituição Federal, em especial porque as decisões judiciais são públicas e fundamentadas, esta última sim característica absoluta, cuja inobservância acarreta nulidade do processo. O artigo 93, IX, da CF/88, ao exigir que as decisões judiciais deverão ser fundamentadas não recepcionou o princípio da identidade física do juiz como regra de competência funcional.

Diante deste quadro, pelo menos no sistema do direito processual brasileiro, perdeu vida a observância da identidade física do juiz. Explico.

Se é verdade (e, é) que as partes não podem ser surpreendidas com simples impressões pessoais do julgador, não existe qualquer razão em vincular obrigatoriamente o juiz que presidiu, concluiu ou participou da audiência e colheu a prova, ao dever de sentenciar o processo (embora isso possa ser “recomendável”, não como regra), tudo porque as razões do livre convencimento do magistrado deverão constar expressamente na sua decisão. A mera subjetividade do julgador como fator preponderante da decisão viola o devido processo legal, garantia constitucional estrutural.

Por interpretação conforme a Constituição, sobretudo em prestígio a razoável duração do processo, motivação das decisões, celeridade, economia processual, razoabilidade, proporcionalidade, vedação de subjetivismo e escassez de juízes, entre outros, não seria impertinente concluir que o artigo 132 do CPC, diante de tantas situações que o excepcionam, está mais para mera recomendação legal, do que para regramento de competência (quanto mais absoluta).^v

E os argumentos de ambos os lados são consistentes.

Se por um lado é sedutora e até bucólica a afirmação de que o juiz que teve contato direto com a prova, que viu a reação das testemunhas e delas tem suas próprias impressões, teria maiores condições de julgar acertadamente o processo, por outro lado, poderíamos afirmar que o juiz ao julgar deve ater-se ao que há nos autos e o que há fora deles, inclusive seu subjetivismo, não existe no mundo jurídico, salvo se consignou suas impressões em ata, mas neste caso, o substituto terá também tais elementos para julgar.

10. Futuro do princípio da identidade física do juiz.

No projeto inicial do novo código de processo civil encaminhado ao senado federal, Projeto 166/2010, vinha previsto com certa similaridade ao modelo atual o princípio da identidade física do juiz em seu art. 112, com a seguinte redação:

Art. 112. O Juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento resolverá a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.^{vi}

Ao que consta, porém, tal previsão teria sido retirada do novo código e, se assim permanecer, tal princípio não mais será contemplado em nossa legislação processual civil.^{vii}

Se realmente o princípio for extirpado da legislação civil, o fato indicará que realmente o esvaziamento que sofreu nos últimos anos tornou insustentável sua manutenção, o que é plenamente compreensível.

Entretanto, há de se estranhar que tal princípio, após perder força e estar prestes a ser extirpado do processo civil, tenha sido incluído no processo penal.

Confirmando-se a previsão de exclusão do princípio em questão no novo código de processo civil, o fato, por certo, redundará em infundáveis questionamentos no processo penal.

E tal conclusão é bastante óbvia, já que como mencionado linhas acima, a redação do princípio no processo penal é ampla, irrestrita e sem exceções. As exceções e mitigações foram buscadas justamente no processo civil e, à falta destas, ou seja, revogando-se o artigo de lei que as prevê, o interprete da norma processual penal não mais terá fonte subsidiária em que se socorrer, a fim de minimizar os efeitos onerosos de tal princípio em sede processual penal, o que parece um retrocesso.

Em tal hipotético cenário, deverão juízes e tribunais, acomodar a determinação do resguardo da identidade física do juiz, com os princípios constitucionais (celeridade e juiz natural), os quais devem ser priorizados, a fim de que nulidades sejam evitadas.

11. Conclusão.

Após tais considerações observamos que realmente a identidade física do juiz é uma forte orientação legal destinada aos magistrados, mas não tem força de princípio.

Parece evidentemente desejável que o juiz da instrução seja o mesmo juiz do julgamento e isso, frise-se, já é garantido na imensa maioria dos processos pelo próprio princípio do juiz natural. Entretanto, em caso de efetiva e real necessidade de afastamento do juiz da prova do julgamento do processo, resta a orientação legal de que seria desejável que o mesmo promovesse o julgamento, mas se não houver tal possibilidade, o julgamento célere pelo juiz legal é prioridade e não gera prejuízos ou nulidades.

Ademais, diante das modernidades da coleta de prova oral, agora obtida por meio de mídias eletrônicas, míngua ainda mais o argumento da necessidade de contato direto entre o juiz e tal prova, já que, por meio das imagens e sons obtidos em audiência, mesmo outro magistrado poderá se aproximar muito mais das expressões, entonações e emoções reveladas em sua coleta.

Então nos afigura que identidade física do juiz é a orientação, direção, conselho e até interesse do legislador, mas da forma como está hoje posta em nosso sistema jurídico, não se trata efetivamente de um princípio.

-
- ⁱ Ovídio Batista. Curso de Processo Civil, RT - 4ª Edição Volume 1, pg. 64, 65 e 66.
- ⁱⁱ Ovídio Batista. Curso de Processo Civil, RT - 4ª Edição Volume 1, pg. 66.
- ⁱⁱⁱ José Frederico Marques. Da competência em matéria criminal, p. 67-8. Citação na Web por Sandro D'Amato Nogueira (<http://www.ambito-juridico.com.br/site>).
- ^{iv} Mougnot Bonfim, Edilson, Código de Processo Penal Anotado, 4ª edição, Saraiva, pág. 761.
- ^v Lima, Rogério Montai, artigo na WEB pesquisado em 29.10.2014 (<http://www.conjur.com.br/2012-jul-03/rogerio-montaiprincipio-identidade-fisica-juiz-nao-absoluto>)
- ^{vi} Senado Federal, Projeto 166/2010.
- ^{vii} Lima, Rogério Montai, artigo na WEB pesquisado em 29.10.2014 (<http://www.conjur.com.br/2012-jul-03/rogerio-montaiprincipio-identidade-fisica-juiz-nao-absoluto>)