



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

ANA CECÍLIA CASTRO CAVALCANTE

**O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E A PERCEPÇÃO DOS FATOS
POR MEIO DO SISTEMA DE CAPTAÇÃO AUDIOVISUAL DAS AUDIÊNCIAS
INSTRUTÓRIAS CRIMINAIS**

**CAMPINA GRANDE
2016**

ANA CECILIA CASTRO CAVALCANTE

**O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E A PERCEPÇÃO DOS FATOS
POR MEIO DO SISTEMA DE CAPTAÇÃO AUDIOVISUAL DAS AUDIÊNCIAS
INSTRUTÓRIAS CRIMINAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judiciante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista.

Área de concentração: Processo Penal.

Orientador: Prof. Dr. Félix Araújo Neto

**CAMPINA GRANDE
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C376p Cavalcante, Ana Cecília Castro.

O princípio da identidade física do juiz e a percepção dos fatos por meio do sistema de captação audiovisual das audiências instrutórias criminais [manuscrito] / Ana Cecília Castro Cavalcante. - 2016.

35 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

"Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito".

1. Direito Processual Civil. 2. Direito Processual Penal. 3. Princípio da Identidade Física do Juiz. 4. Audiência com Mediação Digital. I. Título.

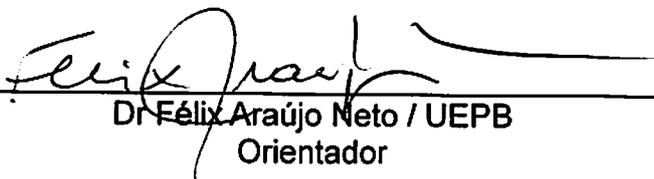
21. ed. CDD 345.05

ANA CECILIA CASTRO CAVALCANTE

O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E A PERCEPÇÃO DOS FATOS POR
MEIO DO SISTEMA DE CAPTAÇÃO AUDIOVISUAL DAS AUDIÊNCIAS INSTRUTÓRIAS
CRIMINAIS

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Prática Judicante da
Universidade Estadual da Paraíba em
cumprimento à exigência para obtenção do
grau de especialista.

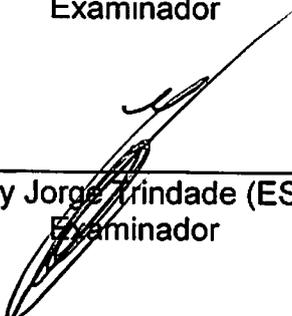
Aprovada em: 05/05/2016.



Dr Félix Araújo Neto / UEPB
Orientador



Ms Elis Formiga Lucena (UEPB)
Examinador



Ms Ely Jorge Trindade (ESMA)
Examinador

NOTA: 8,5

Ao meu pai e à minha mãe, por todo amor,
carinho e confiança, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Aos mestres e doutores que ao longo de um ano e meio de curso se dedicaram a nos transmitir conhecimentos.

Ao professor Félix Araújo Neto pela orientação no decorrer da elaboração deste trabalho.

Ao meu pai Abílio, a minha mãe, irmã e todos os familiares que, de uma forma ou de outra, contribuem para o meu crescimento profissional.

Aos meus colegas de classe da ESMA – CG por todos os momentos que dividimos durante este curso.

“A justiça é o vínculo das sociedades humanas; as leis emanadas da justiça são a alma de um povo.”

RESUMO

O princípio da identidade física do juiz no processo penal se trata de um postulado importante em um Estado Democrático de Direito, uma vez que garante ao réu o julgamento do feito pelo juiz que preside a instrução criminal, preservando, assim, a memória fática do que foi pronunciado oralmente por todos os participante da audiência. Mediante revisão bibliográfica e fundamentado em artigos publicados, o presente trabalho monográfico tem como objetivo verificar a aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz no processo penal a partir do método de captação audiovisual das audiências instrutórias criminais, uma vez que a gravação da instrução conserva a oralidade do ato processual e permite que qualquer magistrado disponha da prova produzida de modo idêntico ao juiz que o presidiu. A pesquisa verificou que está em discussão a tese da inconstitucionalidade progressiva do princípio da identidade física do juiz, uma vez que este não atende mais às garantias constitucionais. Por conseguinte, até que todas as comarcas do Estado Brasileiro adotarem a tecnologia da gravação audiovisual de audiência, o postulado em discussão estaria em trânsito para a inconstitucionalidade.

Palavras-Chave: Identidade. Juiz. Audiência

ABSTRACT

The principle of physical identity of the judge in the criminal process is an important principle in a democratic state of law, since it guarantees the defendant's trial made by the judge presiding over the criminal investigation, thus preserving the factual memory of what it was delivered orally by all participants of the hearing. Through literature and based on published review articles, this monographic study aims to verify the applicability of the physical identity of the judge in criminal proceedings from the audiovisual capture method of criminal instrutórias hearings, since the instruction of recording saves orality procedural act and allows any judge is given the evidence produced in the same way the judge who presided. The survey found that is being discussed the thesis of progressive unconstitutionality of the principle of physical identity of the judge, since it no longer meets the constitutional guarantees. Therefore, until all the regions of the Brazilian State adopt the audiovisual recording of the hearing technology, the postulate under discussion would be in transit to unconstitutionality.

Keywords: Identity. Judge. Court hearing

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. As origens da oralidade e do princípio da identidade física do juiz: o direito romano.....	03
1.1. O período da <i>ordo iudiciorum privatorum</i>	04
1.1.1. Período da <i>legis actiones</i>	04
1.1.2. Período do <i>per formulas</i>	06
1.2. <i>Cognitio extra ordinem</i>	07
2. Origem do princípio da identidade física do juiz no processo brasileiro.....	10
2.1. Origem do princípio da identidade física do juiz no direito processual civil brasileiro.....	10
2.2. Origem do princípio da identidade física do juiz no direito processual penal brasileiro.....	13
3. O princípio da identidade física do juiz e a percepção dos fatos por meio do sistema captação de voz e imagem em mídia digital das audiências instrutórias criminais.....	16
3.1. A percepção dos fatos pelo juiz nas audiências instrutórias criminais....	16
3.2. A percepção dos fatos em audiências instrutórias criminais e a captação de voz e imagem em mídia digital.....	19
4. Aplicação do princípio da identidade física do juiz em comarcas que detem da tecnologia de captação de audiências em mídia digital.....	23
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, sobretudo em seu art. 5º, abrange uma série de direitos e garantias de cunho processual a fim de ensejar a todos os cidadãos a paridade de arma para uma solução justa dos seus litígios e a satisfação plena dos direitos violados por meio de um processo judicial.

Dentre tantos princípios, podemos aqui destacar os postulados do devido processo legal e o do juiz natural, norteadores de tantos outros constantes na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. O primeiro se trata de uma garantia que assegura a todos a participação em um processo em que sejam verificadas todas as fases procedimentais previstas em lei, bem como garante aos cidadãos a paridade de armas para solucionar os conflitos com fim na satisfação dos seus direitos de forma justa. O segundo, por sua vez, visa garantir a todos os cidadãos a observância das regras de competência dos órgãos jurisdicionais, a fim de ensejar a independência e a imparcialidade do julgador na condução do processo judicial.

Com a finalidade de assegurar a observância dos postulados norteadores acima identificados, a legislação infraconstitucional, sobretudo o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, ainda estabelecem diversos princípios a fim de efetivar e por em prática todos os mandamentos constitucionais.

O princípio da identidade física do juiz trata-se de um deles. Tal princípio foi inicialmente introduzido no sistema processual brasileiro por meio do Código de Processo Civil, mais especificamente em seu artigo 132, onde prescreve que o juiz que concluir a audiência instrutória julgará o feito.

O direito processual penal, por sua vez, não reconhecia a aplicabilidade de tal postulado em seu sistema, tanto que o Código de Processo Penal inicialmente nada estabelecia a respeito. Entretanto, o advento da lei nº 11.719/08 trouxe ao direito processual penal o princípio da identidade física do juiz. O art. 399, § 2º do Código

de Processo Penal dispõe que o magistrado que preside a instrução deverá proferir a sentença.

Trata-se, o princípio da identidade física do juiz no processo penal, de um postulado o qual determina que o magistrado que preside a audiência instrutória deverá proferir a sentença, uma vez que a percepção dos fatos que este obteve durante a colheita oral de provas, o permite identificar com mais acerto a autoria delituosa e todos os pormenores da elucidação do crime.

O presente trabalho monográfico pretende discutir acerca dos rumos a serem tomados no tocante a aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz no processo penal em feitos cuja instrução probatória tenha sido gravada, registrada em mídia digital e anexada aos autos, uma vez que o sistema de captação audiovisual de toda a instrução probatória oportuniza hoje que qualquer magistrado que detenha o contato com a prova de forma posterior disponha da mesma concepção fática que obteve aquele juiz que presidiu a colheita dos testemunhos e dos interrogatórios oralmente.

O questionamento, portanto, a ser abordado é se o princípio em questão será extinguido do ordenamento jurídico com o advento da nova sistemática de captação de audiências instrutórias criminais ou, se for mantido, quais seriam os novos direcionamentos de sua aplicabilidade.

A presente monografia, destarte, tem como objetivo verificar a aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz no processo penal a partir do método de captação audiovisual das audiências instrutórias criminais, assim como, discutir a respeito da percepção fática do magistrado, além de levantar o questionamento acerca da aplicação do mencionado princípio em comarcas que detém da tecnologia de captação de audiências em mídia digital.

1. AS ORIGENS DA ORALIDADE E DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ: O DIREITO ROMANO

A origem do princípio da identidade física do juiz está diretamente relacionada com a evolução do sistema da oralidade no processo. Assim, discorrer acerca dos primórdios da identidade física do juiz é exatamente abordar as primícias do princípio da oralidade. Isto porque, o postulado em questão, na verdade, trata-se de um subprincípio vinculado ao preceito da oralidade.

O princípio da oralidade da forma como conhecemos hoje é resultante de uma concepção moderna que sustenta a ideia de um sistema processual mais célere, econômico e eficaz. No entanto, procedendo uma análise histórica do sistema, é fácil perceber que a oralidade em si não é uma característica exclusiva do processo contemporâneo.

Vê-se, na realidade; que, muito embora diante do surgimento da escrita, na antiguidade os atos processuais eram todos procedidos de forma oral. Assim, excetuando o Egito que detinha de uma fase inicial escrita; gregos, maias, pérsias e sumérios utilizavam-se plenamente da oralidade. “O processo escrito desenvolveu-se somente com a popularização do papel, que possibilitou o uso mais amplo e menos dispendioso de documentos e de manifestações escritas” (Guedes (2003) *apud* Cardoso (2012, p. 6).

Abstendo de discutir acerca das controvérsias que subsistem entre os estudiosos da matéria, se verá adiante que a oralidade foi característica predominante no processo civil romano mesmo após a origem da escrita e da técnica de documentação dos atos.

Analisando a história do sistema processual no direito romano, percebe-se que esta é decomposta em dois grandes regimes: *ordo iudiciorum privatorum* e *extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem*. Conforme será explanado a seguir, no transcurso desses dois regimes percebe-se uma transição de um sistema

processual exclusivamente oral para um predominantemente oral.

1.1. O período da *ordo iudiciorum privatorum*

O período da *ordo iudiciorum privatorum* determinava-se pela sua natureza privada, no qual imperava como elemento essencial a vontade das partes. Neste momento da história do direito romano, o magistrado dispunha apenas da qualidade de assistente e a sua função era autorizar o curso processual que, posteriormente, ocorria perante um árbitro pelas partes nomeado.

É importante destacar que tal período ainda se divide didaticamente em dois subperíodos, quais sejam: o da *legis actiones* (até 130 a.C) e o período formulário ou *per formulas* (130 a.C até 294 d.C), ressaltando que, tanto a fase *legis actiones* como a *per formulas* possuem características bastante similares no que diz respeito aos procedimentos por elas adotados. As dissemelhanças em relação a elas está basicamente na redução da formalidade exacerbada do primeiro período, na introdução da escrita e também em uma maior intervenção do Estado no processo.

1.1.1. Período da *legis actiones*

O tempo em que perdurou a fase *legis actiones* vai da fundação de Roma até o início da era cristã. Nesta era, a oralidade era a característica predominante do sistema processual romano, porquanto não existia ainda a prática da documentação de atos, ante o desconhecimento desta técnica e também em razão da ausência de recursos naquela época a facilitar a escrita dos atos processuais.

Na fase *legis actiones*, assim como também na fase *per formulas*, o processo tinha duas etapas. Na primeira, as partes expunham perante o magistrado, denominado de pretor, todo o objeto da lide, explanando os fatos e o seu direito.

Neste momento, o pretor apenas verificava a legalidade dos atos, remetendo-o, em seguida, a um juiz designado pelas próprias partes (o *iudex*) a fim de colher as provas e solucionar a contenda. Trata-se da etapa conhecida no direito romano como *in iure*. Preferencialmente, toda a explanação oral das partes e a definição da controvérsia deveria ocorrer no mesmo dia; o limite, segundo a lei das XII Tábuas, era o pôr do sol.

Conforme Gajardoni (2006, p. 83)

Presentes pessoalmente as partes, sem o que o processo não se iniciava, elas debatiam solenemente a causa, até com toques de magia (uso de varinha, *vindicta*), com emprego de palavras exatas (*verba certa*) constantes da lei (em especial da Lei das XII Tábuas). Note-se desde já a predominância absoluta da forma oral: nada era documentado.

Três dias após a nomeação do árbitro (denominado *iudex*), iniciava-se a etapa denominada *apud iudicem*, efetivada também de forma oral, onde as partes novamente compareciam só que desta vez perante o árbitro por si designado. Neste ínterim, novamente era a causa debatida perante o *iudex* e, logo em seguida, iniciava-se a colheita de provas que igualmente se realizava na presença do árbitro nomeado. O magistrado, assim, convencido a respeito da razão de uma das partes, proferia a imediatamente a sua decisão oralmente.

Procedendo-se uma análise dessas duas etapas, não hesita-se aduzir que o árbitro tinha contato direto com a prova (imediação). Esse mesmo árbitro que colhia a prova era o que proferia a decisão (identidade física do juiz). A audiência acontecia em um único dia, era assim concentrada, como na etapa anterior (*in iure*), além do que o árbitro era livre para examinar a prova e, desta forma, proferir o seu veredicto.

Ainda segundo Gajardoni (2006, p. 84)

Enfim, manifesta foi, no período das *legis actiones*, a adoção integral e irrestrita da oralidade pelo sistema processual romano: a palavra falada era absoluta; as audiências, tanto na fase *in iure* quanto *apud iudicem*, eram concentradas em curto espaço de tempo (30 dias, 03 dias); tanto o pretor quanto o árbitro ouviam diretamente as partes, e este último, inclusive, colhia as provas (imediação); e, sempre, o árbitro nomeado pelo pretor era quem julgava a *actio*.

Portanto, naquela época verificava-se o englobamento de elementos característicos que configuram atualmente o princípio da oralidade, como a imediação, a concentração e também o próprio princípio da identidade física do juiz, postulado a ser estudado nesta monografia.

1.1.2. Período do *per formulas*

No que diz respeito ao período que perdurou o *per formulas*, não existem diferenças quanto ao procedimento conforme descrito anteriormente (*legis actiones*), no entanto nesta fase é meritório destacar a introdução da escrita no processo, o que não retira o seu caractere de oralidade.

Na verdade, a escrita nesta fase ocorria unicamente após a definição de toda a controvérsia e a explanação oral das partes perante o pretor, quando, em seguida, este elaborava um documento escrito denominado *iudicium* encaminhando ao *iudex*. Tal documento, continha todos os limites da contenda entre as partes e também as regras para o julgamento.

Define Gajardoni (2006, p. 87)

era um provimento formal escrito diferente do período das *legis actiones*. Nela se continha a indicação do juiz singular ou colegiado, eleito em conjunto pelas partes e magistrado (*album iudicium*), que julgaria a causa, bem como a ordem para que julgasse com base nas circunstâncias enumeradas na fórmula (que eram aquelas deduzidas oralmente pelas partes ou ao menos, entre elas, as circunstâncias que o pretor, no seu poder discricionário, entendeu como sendo relevantes), condenando ou absolvendo o demandado.

Com relação a todos os demais atos processuais, eram realizados de forma oral. A explanação das partes perante o pretor, a colheita de provas diante do *iudex*. Nada era reduzido a termo. Destaca-se nesta fase a possibilidade de apresentação de provas documentais a serem analisadas pelo *iudex*, no entanto todas as demais provas eram colhidas de forma exclusivamente oral (confissão, testemunhas, etc).

Gajardoni *apud* Guedes (2006, p. 89), bem afirma que

na medida em que a maciça maioria dos atos processuais eram orais (salvo a fórmula e, talvez, a sentença); que o material probatório era produzido em prol do magistrado, que formava livremente seu convencimento (imediação); que os atos processuais, nas duas fases, eram praticados, preferencialmente, em oportunidade única (concentração); que o próprio juiz, indicado expressamente na fórmula (Octavius iudex esto), era o único autorizado a proferir sentença 61 (identidade física)

Portanto, a concentração dos atos era visível neste período, visto que, em regra tudo se realizava em uma única audiência. A imediação também era característica desta fase, ante o contato direto do *iudex* com as provas, bem como a identidade física do juiz, uma vez que o próprio *iudex*, aquele que colhia as provas, era o que proferia a sentença.

1.2. *Cognitio extra ordinem*

O período da *cognitio extra ordinem*, por sua vez, arraigou no direito romano algumas inovações que acarretaram controvérsias entre os estudiosos da matéria. Tais controvérsias não serão objeto de estudo neste trabalho, no entanto é ponderoso apontar que as modificações trazidas por este regime fomentou discussões acerca de se a oralidade no processo teria sido extinta, uma vez que os atos processuais passaram a ser documentados.

Neste regime, adota-se a forma procedimental única e se introduz um sistema processual publicista, erradicando-se, assim, a ideia de um processo onde se imperava a mera vontade das partes. Desta forma, a figura do *iudex* designado pelas partes para a condução e julgamento da lide é extinto e dá lugar a figura do magistrado como um funcionário estatal.

Os atos processuais praticados era todos reduzidos a termo, as audiências realizadas passaram a ser documentadas. As sentenças, não obstante serem publicadas verbalmente, eram todas escritas. Tais circunstâncias fizeram muitos

autores defenderem a abolição da oralidade no processo romano, introduzindo-se a primazia da escrita no seu sistema processual.

Conforme aduz Cardoso (2012, p. 257)

No período da *cognitio* (processo cognitório), juntamente com o fim da bipartição (o processo passou a ter suas etapas realizadas perante juízes funcionários públicos, delegados do Imperador) concretizou-se a primazia da escrita sobre a oralidade. Os atos praticados oralmente eram reduzidos a termo; por outro lado, determinados atos aparentemente orais eram precedidos da forma escrita, como as sentenças, escritas e em seguida publicadas verbalmente. Não se admitia o pedido oral; caso o autor não soubesse ou pudesse escrever, o *libellus* oralmente manifestado era reduzido a termo pelo tabulário. Em resumo, pedido, resposta e sentença eram escritos, e os atos praticados em audiência reduzidos a termo.

Todavia, é mister enfatizar que, embora com a introdução da escrita e a prática de documentação dos atos processuais, historiadores apontam a existência de um Edito publicado pelo Imperador Adriano, no qual este recomendava aos juízes ouvirem diretamente as testemunhas. Segundo ele, *alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent* (um é o valor do testemunho de pessoa presente, e outro é o testemunho apenas lido).

Em suma, o imperador afirmava que havia mais valor em uma oitiva realizada diretamente pelo magistrado, do que a análise da prova já documentada no processo. Tal Edito previa igualmente que o juiz, ao julgar a lide, não deveria se basear em atas e/ou termos, uma vez que ele próprio ouviu as testemunhas.

Ora, um sistema processual não se qualifica como escrito somente porque os atos são nele documentados. Conforme será visto em capítulo oportuno sobre o tema, é necessário analisar toda a conjuntura processual para afirmar se nele predomina a escrita ou a oralidade. Isto porque, o princípio da oralidade trata-se de um postulado cujo conteúdo abrange outros subprincípios, como: predominância da palavra falada sobre a escrita, concentração, imediação, irrecorribilidade das decisões interlocutórias e identidade física do juiz.

O Edito de Adriano, portanto, estabelecia na época alguns desses elementos

que caracterizam a oralidade, como a imediação e a identidade física do juiz, o que torna o sistema processual romano neste regime, ainda com a introdução da escrita, predominantemente oral.

Assim, embora a oralidade tenha sido praticamente extinta no sistema processual da idade média, deve-se ao direito romano toda a construção do princípio em questão e, conseqüentemente, da identidade física do juiz. Autores como Chiovenda ao resgatarem o tema a fim de implantar nos processos da modernidade, remete a teorias construídas com a experiência romana na condução da marcha processual.

2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO BRASILEIRO

Conforme explanado em capítulo anterior, não há possibilidade de discorrermos acerca do princípio da identidade física do juiz sem que não nos remetamos ao princípio da oralidade que se trata, na verdade, de um postulado maior do qual retiramos os subprincípios da predominância da palavra falada sobre a escrita, imediação, concentração, irrecorribilidade das decisões interlocutórias e identidade física do juiz.

Desta forma, no que diz respeito ao princípio da oralidade, após as invasões bárbaras muitos costumes e usos jurídicos foram inseridos no direito dos romanos. Além do que a propagação da utilização da escrita e da prática da documentação foi gradualmente extinguindo o uso exclusivo da palavra oral nos atos processuais, até que na idade média com a formação do *Ius Commune* (Direito Comum) na Europa, restou consolidado definitivamente o processo escrito.

Desta forma, ante a colonização portuguesa, o limiar do processo brasileiro está diretamente influenciado por esta doutrina europeia da consolidação de um processo escrito, conforme se verá adiante no decorrer deste capítulo.

1.1. Origem do princípio da identidade física do juiz no direito processual civil brasileiro

Colonizado por Portugal, a legislação que vigorava no nosso espaço territorial na época da colonização era logicamente o ordenamento jurídico português que seguia o padrão dos demais países europeus da época, consolidando um sistema processual escrito.

As legislações portuguesas que vigoraram no Brasil foram as Ordenações

Manoelinas, Afonsinas e Filipinas. Todas elas eram bem semelhantes ao ordenamento jurídico de toda a Europa, uma vez que estabeleciam um processo escrito.

No entanto, é de se ressaltar que nas legislações citadas encontrar-se-ão em seu bojo algumas características da oralidade. Durante a vigência das Ordenações Afonsinas (1446-1521), por exemplo, o pedido do autor era formulado oralmente e, após, reduzido a termo, a imediatidade e a identidade do juiz também eram adotados, uma vez que autor e réu se apresentavam diante do magistrado a fim de apresentar provas e arrolar testemunhas, cuja oitiva se realizava em audiência na presença do juiz.

As Ordenações Manoelinas (1521-1603), por sua vez, não adotou o princípio da identidade física do juiz, uma vez que a instrução não era acompanhada pelo magistrado, no entanto restou mantida a formulação de pedido inicial de forma oral, bem como a imediatidade, ante a obrigatoriedade de autor e réu comparecerem perante o juiz.

No que diz respeito às Ordenações Filipinas (1603-1890), esta igualmente não incluiu a identidade física do juiz, no entanto manteve a formulação do pedido oral com posterior redução a termo, o comparecimento pessoal das partes perante o magistrado e a imediatidade.

Entretanto, embora houvesse possibilidade de nos depararmos com alguns aspectos da oralidade nas ordenações acima mencionada, foi o Código de Processo Civil (CPC) de 1939 que consolidou definitivamente no nosso país um sistema processual oral, amparando a predominância da palavra oral sobre a escrita e, conseqüentemente, o princípio da identidade física do juiz.

O CPC de 1939 rompeu definitivamente com o excesso de formalismo admitido pelo sistema processual anterior consolidando um processo no qual a oralidade prevalece sobre a escrita, tornando-o mais célere, econômico e eficaz na solução dos litígios.

Conforme consta na exposição de motivos do CPC/39

“O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces”.

Desta forma, reconhece o CPC de 1939, a importância do juiz na condução da marcha processual que deixa de ser apenas um mero fiscalizador do cumprimento da lei pelas partes litigantes. Tal diploma legal, confere poderes ao magistrado que passa a dirigir e intervir diretamente no curso de todos os atos processuais.

A exposição de motivos do CPC de 1939, bem argumenta a respeito da importância do julgador na direção do sistema processual, quando afirma

Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se apresenta e personifica.

Desta forma, sendo o juiz a pessoa que irá solucionar a contenda entre as partes, a prova testemunhal, a confissão e outras provas orais devem ser colhidas na sua presença em uma instrução probatória que lhe permita estar em contato direto com todas as pessoas que irão contribuir para a busca da verdade real.

Esta ideia da importância do juiz estar diretamente envolvido na colheita de provas é demasiadamente significativo, uma vez que aquele que irá julgar o feito e desatar a controvérsia presenciará toda a produção da prova e dela extrairá os pormenores que irão auxiliá-lo na sua decisão.

É neste contexto, portanto, que ascende o princípio da identidade física do juiz, submetendo o magistrado que presenciou a instrução probatória à prolação da

sentença que deslinda o litígio, uma vez que é aquele que esteve em contato direto com a colheita de provas que terá melhores condições de decidir a solução da controvérsia entre as partes.

Assim, previa o art. 120 do CPC de 1939 que:

O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo.

É bem verdade que o Código de Processo Civil de 1973; sobretudo após a vigência da lei nº 8.637/93, que alterou alguns dispositivos do mencionado diploma legal, relativiza o princípio em questão e excepciona a sua aplicação nos casos em que o magistrado estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, quando, então, passará os autos ao juiz sucessor.

No entanto, a modificação não diminuiu a importância do postulado em questão. Nos casos em que não se verificam as exceções acima apontadas, o juiz que concluiu a audiência deverá proferir a sentença, uma vez que o magistrado que manteve o contato direto com a prova produzida oralmente e não apenas com o que foi reduzido a termo, é o único que detém de maiores informações para julgar definitivamente o caso.

1.2. Origem do princípio da identidade física do juiz no direito processual penal brasileiro

É sabido que a oralidade e o princípio da identidade física do juiz foram originalmente desenvolvidos no Brasil pelo processo civil, uma vez que o direito processual penal arraigou em seu sistema a predominância da palavra escrita, uma sistemática a qual não cabe a admissão do princípio em estudo.

Em relação ao direito processual penal, Silva (1993, p. 50) citado por Duarte (2006, p. 34) nos informa que o mencionado princípio em questão obteve vigor durante o período de vigência do ato institucional 2, de 27/10/1965. Tal ato dispunha sobre o procedimento nos casos de crime de imprensa, contudo, teve vida breve, ante a promulgação da lei nº 5.250/67 (nova Lei de Imprensa), que não mais contemplava o princípio da identidade física do juiz.

Silva (1993, p. 51) citado por Duarte (2006, p. 34), acredita também que o princípio da identidade física do juiz foi prevista na antiga redação do art. 77 do Código Penal, redação esta dada pela lei nº 6.416/77, no qual abrangia o fenômeno da periculosidade real. O mencionado dispositivo legal em seu parágrafo primeiro aludia que o juiz que presidiu a instrução deveria declarar na sentença a periculosidade do réu.

Assim previa o art. 77, § 1º, do Código Penal:

Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º do art. 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências

Entretanto, atualmente não mais se vislumbra o fenômeno da periculosidade real, tendo sido posteriormente revogado. Desta forma, a maioria dos juristas defendiam a tese de que não havia no sistema processual penal brasileiro o princípio da identidade física do juiz.

A partir da vigência da lei nº 11.719/08, o nosso Código de Processo Penal Brasileiro passa a admitir o princípio da oralidade em seu sistema, reconhecendo, assim, a importância do subprincípio da identidade física do juiz. Assim, permanece o juiz que preside a instrução vinculado a sentença a ser proferida.

Analisando a importância que dispõe o magistrado na condução de um processo criminal desde o seu nascedouro até o seu desfecho, vê-se que a implantação de um sistema oral no direito processual penal é extremamente ponderoso para a edificação de um processo cada vez mais justo e eficaz.

Um magistrado equidistante das partes e das provas jamais conseguirá auferir peculiaridades da percepção dos fatos da mesma forma que um juiz que presenciou toda a instrução probatória. O contato dos atos processuais apenas de forma reduzida a termo infelizmente não permite ao julgador desfrutar da mesma impressão que o teve aquele que esteve presente na produção probatória observando o falar, o balbuciar, os gestos, os olhares.

Neto e Ribeiro (2014, p. 4) argumenta

Desta forma, o Magistrado poderia valorar não somente o conteúdo formal das expressões transcritas pelo intérprete, mas também as emoções envolvidas na fala, as expressões corporais do orador, os olhares, ou seja, as impressões que a mera palavra expressa não capta. Assim, enriquecia-se o Juízo axiológico (valorativo) derramado sobre a prova. Garantia-se, desta forma, uma decisão mais justa sobre o objeto da causa.

A formação do convencimento acerca da autoria e materialidade delitiva necessita de um magistrado que esteja sempre em contato direto com as partes e com as provas a serem produzidas. A presença do juiz em todas as fases do procedimento permitirá que este possua elementos suficientes a integrar a sua convicção a respeito da existência ou não do crime, da autoria e da materialidade do delito.

Destarte, a admissão de um sistema oral no direito processual penal, o reconhecimento da importância do magistrado na condução do processo, sua presença na colheita de provas e, conseqüentemente, a vinculação do juiz que preside o ato instrutório à sentença (princípio da identidade física do juiz) são importantes, conforme já explanado anteriormente, para a construção de um processo penal cada vez mais eficiente.

3. O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E A PERCEPÇÃO DOS FATOS POR MEIO DO SISTEMA CAPTAÇÃO DE VOZ E IMAGEM EM MÍDIA DIGITAL DAS AUDIÊNCIAS INSTRUTÓRIAS CRIMINAIS

Bem sabemos que em um sistema oral, onde o magistrado deve estar presente em todos os atos processuais, em contato direto com as partes e participando ativamente na instrução probatória, a questão da percepção dos fatos pelo magistrado é um ponto relevante a ser levantado nesta temática.

Isto porque, sendo o magistrado aquele que conduzirá todos os atos processuais, inclusive a produção das provas, a impressão que ele obtém do interrogatório do réu, da oitiva das testemunhas e das demais provas colhidas oralmente, é crucial para a formação do seu convencimento e, conseqüentemente, para a prolação da sentença.

3.1. A percepção dos fatos pelo juiz nas audiências instrutórias criminais

Assim como toda e qualquer a audiência instrutória seja qual for o ramo de direito processual estudado, a instrução criminal possui um rito próprio previsto no Código de Processo Penal e que deverá ser observado pelo magistrado na condução do feito.

Conforme já explanado em capítulo anterior, a partir do advento da lei nº 11.719/08, o Código de Processo Penal brasileiro acolheu em seu sistema o princípio da oralidade. Logo, a instrução probatória criminal deve, logicamente, ser organizada com base naquele princípio em questão.

Por conseguinte, estabelece o art. 400 do diploma legal acima referido que a audiência de instrução e julgamento se realizará com a tomada de declarações do ofendido, a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, os esclarecimentos do

perito, acareações, reconhecimento de coisas e pessoas e, por último, o interrogatório do réu. É mister frisar que o magistrado que conduzirá a instrução deverá seguir exatamente a ordem estipulada pelo referido dispositivo legal.

Não é demais nos lembrarmos que O § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal também adverte que as provas serão produzidas em uma única audiência, exaltando nessa ocasião o subprincípio da concentração. Desta forma, o magistrado deverá efetivar toda a colheita probatória em um único ato processual, evitando, assim, que a fragmentação da instrução prejudique a percepção real dos fatos e o convencimento do julgador.

Da leitura do dispositivo legal acima mencionado, podemos constatar a dimensão do princípio da oralidade na instrução probatória criminal, desenvolvida a partir da vigência da lei nº 11.719/08. A audiência realizada de forma una e a tomada de todos os depoimentos e declarações pelo juiz, inclusive esclarecimento dos peritos, enaltece o sistema oral, permitindo ao magistrado uma percepção verdadeira dos fatos assim como lhes é apresentado.

Pereira (2010, p. 12), defende

Trata-se de forma que permite a avaliação precisa da sinceridade da testemunha em juízo. O depoimento escrito, por outro lado, "é impessoal, impossibilitando ao magistrado averiguar a sua fidelidade aos fatos, bem como inviabilizando as reperguntas das partes e, com isso, ferindo o princípio do contraditório

É indiscutível que a percepção dos fatos que um magistrado obterá a partir da análise de um depoimento na forma escrita de forma alguma se igualará àquela que terá o juiz que presenciou a oitiva de forma real, observando os olhares, a forma de falar, os gestos e os sentidos.

Isto porque, sabemos que é por intermédio da palavra falada que o magistrado percebe se a testemunha está sendo verdadeira, se o réu demonstra nervosismo diante de uma pergunta importante a respeito dos fatos, o comportamento da vítima diante da situação, entre outras percepções que apenas a

presença física do juiz em audiência é capaz de proporcionar.

Pereira *apud* Nucci (2010, p. 14), bem ressalta que

O convencimento do juiz pelo imediatismo é extraído na impressão pessoal, seja pela expressão corporal, facial ou no tom de voz. Segundo Guilherme Nucci, o princípio da imediação permite ao magistrado exercitar sua capacidade de observação e, por meio de sua sensibilidade, captar verdades e inverdades na linguagem utilizada pelo ofendido que pode, inclusive, se mostrar propositadamente distorcida.

O Código de Processo Penal tanto reconheceu a importância da predominância da palavra falada sobre a escrita para o convencimento do juiz, que até mesmo o perito pode ser convocado a prestar esclarecimentos a respeito da perícia documentada nos autos.

Desta forma, o laudo pericial acostado aos autos da ação penal poderá ser esclarecido pelo perito diante da presença do juiz, que terá a oportunidade de ficar frente a frente com aquele especialista que estudou a situação. É o momento de observar através da palavra falada toda a impressão que o *expert* obteve durante o realizar daquela perícia, enobrecendo ainda mais essa prova documental.

Destarte, ao final de toda a instrução criminal o magistrado, sem dúvida alguma, após a colheita de toda a prova de forma oral em audiência una, deterá de informações suficientes para a formação do seu convencimento acerca da autoria e da materialidade do delito, ou até mesmo da existência ou não de fato criminoso. Isto porque presenciou toda a audiência instrutória. Portanto, diante de tudo que foi apresentado acima se extrai a extensa relevância do princípio da identidade física do juiz no processo penal, posto que o único magistrado que dispõe de elementos informativos suficientes para elaborar uma sentença é de fato aquele que presidiu a audiência instrutória criminal.

3.2. A percepção dos fatos em audiências instrutórias criminais e a captação de voz e imagem em mídia digital

Não se trata de nenhuma novidade para nós que o princípio da oralidade é na verdade um postulado maior que abarca nele outros cinco subprincípios, quais sejam: predominância da palavra falada sobre a escrita, imediação, concentração, irrecorribilidade das decisões interlocutórias e identidade física do juiz.

Analisando as razões expostas em capítulo anterior, não se discute acerca da importância do princípio da identidade física do juiz no processo penal. O postulado em questão, atualmente previsto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, adveio consolidando um princípio maior, o da oralidade no direito processual penal brasileiro, um ramo onde se reconhecia a predominância da escrita.

Pereira *apud* Chiovenda (2010, p. 18) defende

É claro, com efeito, que tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas; pois a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito relativamente ao julgador.

A utilização da tecnologia de gravação audiovisual de audiências se trata de uma prática conjecturada no próprio Código de Processo Penal a partir da vigência da lei nº 11.719/08 que alterou a redação do art. 405 e ainda inseriu a ele mais dois parágrafos. Tais parágrafos prevêm a possibilidade de registro audiovisual de audiências sem necessidade alguma de transcrição.

No que diz respeito a gravação de audiência instrutória criminal, segue-se o mesmo rito estabelecido no art. 400 do Código de Processo Penal, com a diferença de que toda a instrução realizada será captada por meio de câmeras e microfones instalados nas salas de audiência e, posteriormente, gravadas em mídia digital que, logo após, será anexada aos autos.

A captação de voz e imagem nas audiências instrutórias criminais e seu registro em mídia digital tem sido uma prática contumaz nos fóruns da justiça brasileira atualmente. Trata-se do avanço da tecnologia sendo aplicado aos processos judiciais como forma de aprimorar a prestação jurisdicional.

A adoção de tal prática tem acarretado inúmeros benefícios para o nosso poder judiciário. As audiências ocorrem de forma mais célere, ante a desnecessidade de reduzir a termo todas as oitivas de testemunhas e interrogatórios dos réus. Desta forma, não há mais necessidade do magistrado interromper o curso da instrução para o técnico ou analista judiciário redigir os depoimentos.

Nabarro *apud* Toldo (2009, p. 6), revela

A vantagem é enorme na dinâmica do processo. Para se ter uma ideia, um depoimento que levava 20 minutos para ser tomado em sua inteireza com a redução a termo, impressão e assinatura, pode levar apenas cinco ou seis minutos com a gravação audiovisual

Por esta razão, é indiscutível que o método da tecnologia atende sem dúvida alguma a garantia constitucional da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal. Além do que o sistema está completamente consoante com os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, principalmente em razão da permanência da fidelidade dos depoimentos preservados em mídia digital.

Neste sentido, Neto e Ribeiro (2014, p. 7)

Porquanto, também em consonância com a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição da República). Evidente que a nova sistemática das audiências, quase que integralmente implementado, ao menos no Estado do Paraná, tem por objetivo assegurar a amplitude de defesa, o devido processo legal e contraditório da forma mais concreta possível. (grifo nosso)

Ademais, é indiscutível que o sistema de captação audiovisual de audiências aprimora a revisão dos julgados em segunda instância, uma vez que desembargadores e ministros poderão ter a mesma impressão fática do juiz de

primeiro grau ao analisar a prova acostada aos autos.

Nesta esteira, defende Neto e Ribeiro (2014, p. 6)

A modernização do sistema trouxe, sem prejuízo de outros, uma série de benefícios. Um primeiro (a) é permitir uma melhor revisão do julgado por meio do órgão revisor de Jurisdição. Muitas vezes, a Turma ou Câmara ficava a ratificar o entendimento do Juiz singular a respeito de um fato que envolvia a impressão pessoal do Magistrado singular sobre a pessoa do orador, por não haver elementos suficientes para reabrir a instrução em Segundo Grau de Jurisdição.

Igualmente, a gravação das audiências instrutórias criminais garante às partes e ao julgador uma maior segurança jurídica. Isto porque, sabemos que em razão do excesso de serviços e acúmulo de processos nas unidades jurisdicionais nos dias de hoje, muitas vezes o intervalo de tempo entre a audiência e a prolação da sentença prejudica a memória do julgador no que diz respeito a impressão dos fatos. A gravação da audiência permite que o magistrado desfrute novamente do contato com a prova oral, mantendo a mesma percepção fática de quando presidiu a instrução criminal.

Afirma Neto e Ribeiro (2014, p. 6)

Um segundo benefício da nova sistemática (b), é a de trazer maior segurança jurídica, tanto para pessoa a ser julgada, bem como para o Magistrado prolator da sentença que em razão do volume excessivo de serviço; similaridade de casos; fator de esquecimento, muitas vezes ao reaver a instrução em CD tem a impressão de estar assistindo pela primeira vez, novamente. O sistema, porquanto, auxilia na realização material da justiça.

É de se ter em vista também que tal prática permite que outros juízes que venham posteriormente a integrar a lide nos casos de aposentadoria, licença, promoção, férias e/ou afastamento do magistrado que concluiu a audiência possam preservar a impressão fática por meio da audiência gravada, como se tivessem presenciado de fato a colheita probatória.

Assim como defende Neto e Ribeiro (2014, p. 6)

Há ainda um terceiro benefício. (c) O de permitir que outros Magistrados que venham a incorporar a competência para o julgamento da causa em razão das próprias exceções do princípio da identidade física do Juiz (aposentadoria, licença, promoção, férias, afastamentos etc.), possam ter a mesma solidez de convicção daquele Magistrado que efetivamente presidiu a instrução, ao julgar a causa, sem necessidade de repetição do ato.

Ora, analisando esse terceiro benefício acima explanado, o questionamento a se implementar, na ocasião, é a seguinte: se há possibilidade de conservar a impressão fática das provas colhidas em audiência pelo juiz que integra a lide posteriormente a instrução sem a necessidade de se repetir o ato processual, será que se justificaria a manutenção do princípio da identidade física do juiz no nosso sistema processual penal?

4. O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ EM COMARCAS QUE DETEM DA TECNOLOGIA DE CAPTAÇÃO AUDIOVISUAL DE AUDIÊNCIAS EM MÍDIA DIGITAL: A TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA

No que diz respeito a tecnologia de captação audiovisual de audiências instrutórias criminais, vimos anteriormente que se trata de uma inovação trazida pela lei nº 11.719/08 que altera a redação ao art. 405 do Código de Processo Penal propiciando a prática em questão.

Assim prevê o art. 405 do Código de Processo Penal

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

Todavia, embora amparado pelo Código de Processo Penal apenas em 2008, podemos identificar a utilização da gravação audiovisual de audiência em mídia digital muito antes da vigência da lei nº 11.719/08. Fundamentando-se nos postulados da economia e celeridade processual, muitas comarcas já empregavam a técnica em questão.

À título de exemplo, há registro da prática de utilização da tecnologia de gravação audiovisual de audiência desde 2002 no Estado do Ceará, mais precisamente na comarca de Icó, onde a captação da instrução se dava mediante uma *webcam* a partir da instalação do programa *windows movie maker* que extraía a imagem e o áudio.

Ressalta Tavares (2009)

O juiz da 2ª Vara da Comarca de Sobral (CE) Ezequias da Silva Leite criou, em 2002, um sistema de captura do som e imagem dos depoimentos de testemunhas. Segundo ele, o novo sistema supera o tradicional, em que o escrivão vai digitando tudo o que é dito, trazendo praticidade, fidelidade ao que foi dito, agilidade e economia.

Portanto, não é de hoje que os tribunais do país têm se rendido às inovações tecnológicas, aplicando-as aos processos. A captação audiovisual de audiências instrutórias está pouco a pouco conquistando espaço nas comarcas em todo o Estado Brasileiro, não há mais como se esquivar desta realidade.

Em razão dessa prática cada dia mais contumaz no nosso Poder Judiciário, e tendo em vista ser a preservação da percepção fática pelo magistrado nas audiências instrutórias o principal fundamento da identidade física do juiz, como seria a sua aplicabilidade com a implantação do método de captação audiovisual das audiências instrutórias criminais?

O sistema de captação audiovisual de toda a instrução probatória oportuniza hoje que qualquer magistrado que detenha o contato com a prova de forma posterior disponha da mesma concepção fática que obteve aquele juiz que presidiu a colheita dos testemunhos e dos interrogatórios oralmente.

As imagens e os audios de toda a instrução probatória criminal quando perpetuados em mídia digital, preserva as manifestações orais e corporais de todos os indivíduos que participaram da audiência. O magistrado que não preside a instrução, mas tem acesso a ela posteriormente disporá de elementos suficientes a construir a sua percepção fática (as expressões faciais, os gestos, o falar, o balbuciar, etc).

À vista disto, a prova colhida outrora chegaria as mãos do juiz posterior também de forma oral, não havendo qualquer prejuízo para as partes o julgamento do feito por magistrado que não tenha presidido a audiência instrutória. Por conseguinte, a prolação de sentença deste magistrado estaria assim ferindo o princípio em questão?

Ora, sendo o princípio da identidade física do juiz fundamental para um Estado Democrático de direito e necessário a um processo acusatório moderno, é de se discutir atualmente se tal postulado atenderia às garantias constitucionais, sobretudo a da razoável duração do processo (art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal).

Isto porque, admitindo-se o sistema de captação audiovisual de audiências instrutórias criminais, a determinação da repetição dos atos por um outro magistrado que posteriormente integra a lide estaria a retardar o curso da marcha processual desnecessariamente, uma vez que não haveria qualquer prejuízo para as partes o julgamento do feito por outro juiz que terá acesso a prova da mesma maneira que o magistrado que presidiu a instrução.

Segundo Pereira (2012, p. 8)

se nos novos moldes virtuais do processo, a colheita da prova oral se dá por intermédio de meios eletrônicos de registro em áudio e vídeo, incabível a vinculação estrita do juiz ao julgamento da lide quando acompanha e encerra a instrução processual, visto que as provas colhidas permanecerão registradas de forma fiel, podendo ser facilmente consultadas e apreciadas por qualquer magistrado que receber os autos para resolução.

É de se discutir, igualmente, que o princípio em estudo adstringiria consideravelmente os postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ora, implantado o método de captação audiovisual de audiências instrutórias, pereniza-se em mídia digital a oralidade de todo o ato processual, conforme já explanado anteriormente.

Assim, a novidade tecnológica em questão dilata consideravelmente as oportunidades de defesa do denunciado, aperfeiçoando o contraditório. Esquivar-se dessa nova realidade a fim de manter o princípio da identidade física do juiz, portanto, é cercear ao réu todas as garantias constitucionais que lhes é concedida em uma ação penal.

Entretanto, no atual momento em que vivenciamos não podemos ainda defender a expurgação no princípio da identidade física do juiz do direito processual

penal, uma vez que a tecnologia da gravação audiovisual da instrução criminal não é a realidade de muitas comarcas do nosso país.

Prefacialmente, é mister reconhecer que o Brasil se trata de um país de larga extensão territorial, razão pela qual se torna impossível implantar de forma imediata uma inovação tecnológica em todas as comarcas do Estado Brasileiro. Assim, as cidades do interior, mais precisamente, aquelas de difícil acesso e de recursos escassos, os avanços tecnológicos retardam em se concretizar.

Além disso, não há como negar que existe uma certa resistência por parte de alguns magistrados e servidores em se adaptar às novidades tecnológicas que a informática nos proporciona. Na verdade, embora vivamos em uma sociedade cada vez mais moderna e informatizada, o certo é que a virtualização dos atos processuais ainda é causa de receio entre os sujeitos envolvidos no processo.

Destarte, há um impasse que necessita de solução, como atualmente podemos conciliar o princípio da identidade física do juiz sem ofendermos as garantias constitucionais que o sistema de gravação audiovisual de audiência promove?

Ao que tudo indica, a resposta para todos os questionamentos acima formulados está no art. 27 da lei nº 9.868/99 que aborda a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal. A inconstitucionalidade de uma determinada lei ou de um dispositivo legal estaria restrita ao trânsito em julgado da sentença ou a um momento posterior.

Fundamentado no dispositivo legal acima mencionado, surgiu a tese da inconstitucionalidade progressiva, também conhecida como inconstitucionalidade temporária, declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade ou norma ainda constitucional.

Tal tese trata-se igualmente de uma forma de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por meio dela se reconhece que a norma em discussão já não mais está em conformidade com a Constituição Federal, no entanto

ainda não há possibilidade de expurgá-la do ordenamento jurídico, uma vez que, diante das circunstâncias fáticas, a sua exclusão causaria mais prejuízos do que benefícios, pondo em risco a segurança jurídica. Trata-se de uma norma que estaria, portanto, em trânsito para a inconstitucionalidade.

Acerca da inconstitucionalidade progressiva, Neto e Ribeiro *apud* Novelino (2014, p. 5) define

Trata-se de uma técnica de decisão judicial utilizada para a manutenção de uma determinada norma no ordenamento jurídico em razão das circunstâncias fáticas existentes naquele momento. São “situações constitucionais imperfeitas” nas quais a norma se situa em um estágio intermediário entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. Enquanto permanecer uma determinada situação, a lei deve ser considerada ainda constitucional, seja por razões de segurança jurídica, seja porque os prejuízos causados pela sua invalidação poderão ser maiores que os benefícios decorrentes de sua manutenção temporária. Na verdade, ocorre uma modulação temporal dos efeitos da decisão, mas sem fixação do momento para o início da declaração de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já empregou esta técnica de decisão judicial no julgamento do Habeas Corpus nº 70.514/SP, onde se manteve a vigência do art. 5º, § 5º, da lei nº 1060/50 até que a defensoria pública esteja regularmente organizada.

No caso em questão, discutia-se a constitucionalidade do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 que estabelece ter a defensoria pública prazo em dobro em todas as suas manifestações nos autos. Ocorre que, no âmbito do processo penal o Ministério Público não detem de tal prerrogativa. Ferindo, assim, o princípio constitucional da isonomia, o dispositivo legal mencionado seria inconstitucional.

Porém, na época (23/03/1994) o STF resolveu manter o dispositivo citado, tendo em vista que na ocasião a defensoria pública não estaria devidamente estruturada assim como o Ministério Público e, portanto, a manutenção dos prazos em dobro era necessária diante daquela circunstância fática.

Conseqüentemente, a fim de evitar qualquer prejuízo e de manter a segurança jurídica, a inconstitucionalidade ocorreria de forma progressiva. À medida em que a

defensoria pública for adequadamente sistematizada nos Estados da federação é que se daria a inconstitucionalidade do dispositivo legal mencionado.

Vejam os um trecho da mencionada decisão

Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n^o 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n^o 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.

Idêntica situação encontramos no Recurso Extraordinário n^o 135.328, onde o STF legitimou o Ministério Público a promover ação de reparação de danos de vítimas desfavorecidas nas localidades em que inexistente a instituição da Defensoria Pública, pelo menos até que a instituição esteja plenamente organizada.

O dispositivo legal que legitima o Ministério Público na promoção desse tipo de ação (art. 68 do Código de Processo Penal) permanece constitucional até o momento em que a defensoria pública esteja satisfatoriamente aparelhada em todos os Estados da federação.

No caso em apreço, alegou o Supremo que restringir o Ministério Público nestas ações causaria sérios prejuízos aos hipossuficientes que ficariam impossibilitados de conquistar os seus direitos, ante a omissão do Estado no adimplemento de imposição da nova ordem Constitucional.

A inconstitucionalidade progressiva, dessa maneira, é o meio mais eficaz para solucionar problemáticas como essas acima apresentadas, ou seja, quando a realidade vivenciada no país não acompanha a ordem constitucional. É a técnica de decisão judicial que, conforme aponta Souza (2014, p. 2), transaciona, negocia com a supremacia da Constituição.

Acerda da importância da inconstitucionalidade progressiva, Lima (2014, p. 3) ressalta

A técnica da “inconstitucionalidade progressiva” constitui importante veículo de adequação da nova ordem constitucional à realidade do país, possibilitando que normas aparentemente inconstitucionais permaneçam válidas enquanto não sobrevierem as circunstâncias necessárias para concretizar seu caráter inconstitucional, e, assim, evitando que a insegurança jurídica se instale nas situações abrangidas pela norma.

Acreditamos que com relação ao princípio da identidade física do juiz no processo penal, positivado no art. 399, § 2º, a situação é similar. A emenda constitucional 45/2004 inseriu no art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVII que garante a todos no âmbito administrativo e judicial a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No intento de cumprir as demandas constitucionais exteriorizadas na emenda acima assinalada, algumas medidas têm sido adotadas pelos tribunais de justiça a fim de aprimorar a prestação jurisdicional, assegurando a todos um processo judicial mais célere.

A possibilidade de captação e gravação das audiências instrutórias criminais foi uma das providências adotadas, tornando a instrução criminal mais célere e eficaz. De mais a mais, conforme explanado anteriormente, o sistema amplia ainda mais as possibilidades de ampla defesa do réu, favorece o contraditório e, conseqüentemente, assevera o devido processo legal.

Destarte, ante os avanços tecnológicos que a sociedade moderna exige e que vem sendo aplicados atualmente ao sistema processual, o princípio da identidade física do juiz nas comarcas que já detém de tal tecnologia, pelos fundamentos já expostos precedentemente, seria um retrocesso e feriria os postulados constitucionais acima elencados.

No entanto, em lugares em que a tecnologia ainda não foi devidamente

empregada, o princípio em discussão deve ser conservado, a fim de que a memória dos fatos explanados na instrução não seja aniquilada pela substituição indevida de magistrados, afrontando o princípio da oralidade no processo penal e prejudicando seriamente o réu na ação penal.

Nesse sentido defende Neto e Ribeiro (2014, p. 7)

Nas Comarcas, Varas e Salas de Audiência em que já tiver sido implantado o sistema eletrônico de gravação de voz e imagem, pensamos que não mais se justifica a necessária vinculação entre o Magistrado que presidiu a audiência de colheita da prova à prolação da respectiva sentença. Isso, porque por meio do sistema eletrônico de captura de voz e imagem, permite-se a qualquer pessoa que assista ao Disco Compacto (CD) ter as mesmas impressões pessoais do interlocutor (receptor da mensagem), como se estivesse presente ao evento processual. Já, nas comarcas em que ainda não tiver sido implantado o sistema eletrônico, manter hígido o princípio da personalidade física do Juiz por meio da vinculação do Magistrado que presidiu a instrução à prolação da sentença parece ainda ser uma medida necessária.

Isto posto, não podemos ainda falar em desnecessidade do postulado em questão atualmente no processo penal. Reconhecendo a importância da tese da inconstitucionalidade progressiva para a solução do questionamento formulado, o princípio da identidade física do juiz está a caminho da inconstitucionalidade gradualmente, na medida em que as comarcas do Estado Brasileiro forem se adaptando ao sistema de gravação audiovisual de audiências instrutórias criminais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como problemática a aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz no processo penal diante da nova realidade de implantação do sistema de captação audiovisual de audiências instrutórias criminais. Destacou-se nesta monografia acerca da percepção fática do juiz nas audiências de instrução e a discussão a respeito da aplicabilidade do princípio em questão nas comarcas em que se detém a tecnologia de gravação audiovisual de audiências.

Igualmente foi abordado no tocante ao princípio da identidade física do juiz, a possibilidade de se aplicar a técnica de decisão judicial denominada de tese da inconstitucionalidade progressiva. Uma vez diante das dificuldades enfrentadas a fim de implementar o sistema de gravação audiovisual, sabe-se que nem todas as comarcas do Estado brasileiro estão adaptadas a esta recente inovação.

Assim, a inconstitucionalidade do princípio em estudo ocorreria de forma gradual na medida em que as comarcas do poder judiciário estiverem totalmente aparelhadas nesta recente sistemática.

No que diz respeito a inconstitucionalidade progressiva, sabe-se que se trata de uma tese que poderia se aplicar ao caso em questão. No entanto, por se tratar de uma temática contemporânea, não nos foi possível refinar a pesquisa com dados jurisprudenciais a respeito das estratégias empregadas pelos tribunais para a solução do problema.

Por conseguinte, seria interessante aos futuros pesquisadores da matéria que, sentindo-se seduzido pela temática, tiverem o desejo de dar continuidade as discussões expostas no presente trabalho, colher dados relativos às soluções oferecidas pelos nossos tribunais

Destarte, tendo em vista o que foi averiguado até o presente momento, vê-se que tal pesquisa contribuirá bastante para a comunidade jurídica e acadêmica, uma vez que estimulará o debate acerca dos possíveis direcionamentos a serem

delineados no que diz respeito a aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz no processo penal a partir do sistema de gravação de audiências instrutórias criminais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Ivone da Silva. **A identidade física do juiz no processo penal brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008.

CARDOSO, Oscar Valente. **A oralidade (e a escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. UFRGS. Rio Grande do Sul. Volume VIII, n. 1, 2013.

_____. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

DUARTE, Walter Antonio Dias. **Identidade do juiz e o processo penal brasileiro**. Curitiba. Juruá. 2006.

_____. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

FURMANN, Ivan. **Os limites da oralidade como forma ‘adequada’ de produzir verdade no direito**. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano**. Revista jurídica UNIJUS. Uberaba, V.9, n. 10, p.77-95, Mai. 2006.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

LENART, André. **Identidade física do Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <<https://reservadejustica.wordpress.com/2009/09/02/identidade-fisica-do-juiz-no-processo-penal/>> Acesso em 27/10/2015.

LIMA, Alynne Andrade. **A "inconstitucionalidade progressiva" no direito brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 19 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48179&seo=1>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

LIMA, Rafaella Souza. **Técnica da inconstitucionalidade progressiva evita insegurança jurídica**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-25/rafaella-lima-inconstitucionalidade-progressiva-necessaria>> Acesso em 26/10/2015.

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. **O Princípio Infraconstitucional da Oralidade**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 06 de set. de 2013. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9447/o_principio_infraconstitucional_da_oralidade>. Acesso em: 22 de fev. De 2016.

NABARRO, Ricardo Acebo. **Gravação de audiências em audiovisual**. Justiça em revista. São Paulo. Justiça Federal de São Paulo. 2009.

NETO, Max Paskin. RIBEIRO, Maria Danielle Rosa Padilha. **A desproporcionalidade progressiva do Princípio da Identidade Física do Juiz em face dos avanços tecnológicos e do processo eletrônico**. Disponível em: <<http://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679533/a-desproporcionalidade-progressiva-do-principio-da-identidade-fisica-do-juiz-em-face-dos-avancos-tecnologicos-e-do-processo-eletronico>> Acesso em 27/08/2015

PEREIRA, Fernando Ernesto Tiesca. **O princípio da identidade física do juiz e a nova realidade do processo judicial eletrônico**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-identidade-f%C3%ADsica-do-juiz-e-nova-realidade-do-processo-judicial-eletr%C3%B4nico>> Acesso em 27/08/2015

PEREIRA, Larissa Maria Galvão. **Princípio da oralidade no processo penal**. 2010. Artigo científico (especialização). EMERJ. Rio de Janeiro. 2010.

SOUZA, Cristiane Castro Carvalho de. **A Técnica da Lei "Ainda Constitucional" no Controle de Constitucionalidade Brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51720&seo=1>>. Acesso em: 02 jan. 2016.