

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

ISABELLA MUNIKE APARECIDA CÂNDIDO

**ATIVISMO JUDICIAL E A PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO* PELO JUIZ:
aspectos constitucionais.**

Três Pontas

2018

ISABELLA MUNIKE APARECIDA CÂNDIDO

**ATIVISMO JUDICIAL E A PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO* PELO JUIZ:
aspectos constitucionais.**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel sobre a orientação do Prof. Me. Evandro Marcelo dos Santos.

Três Pontas

2018

ISABELLA MUNIKE APARECIDA CANDIDO

**ATIVISMO JUDICIAL E A PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO* PELO JUIZ:
aspectos constitucionais.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros

Aprovado em / /

Prof. Me. Evandro Marcelo dos Santos

Prof. ^a. Esp. Julia Domingues de Brito

Prof. Esp. Wallace de Souza Paiva Gomes

Dedico este trabalho a todos aqueles que
Contribuíram para sua realização.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus colegas, professores e especialmente ao meu orientador, e a minha família por terem ajudado na construção deste trabalho.

“Não me envergonho de mudar de opinião,
porque não me envergonho de pensar.”
Sigmund Freud

RESUMO

Este trabalho aborda a questão da atividade do Poder Judiciário e os limites estabelecidos a este pela Constituição Federal. A atuação do magistrado imparcial é fundamental para que tenhamos um processo justo e todos os nossos direitos constitucionais garantidos.

Demonstraremos o que vem acontecendo na prática dentro do Poder judiciário voltando os olhos para o direito processual penal, e quais as consequências que uma condenação injusta, um julgamento arbitrário poderá acarretar para a sociedade, e para o indivíduo no caso concreto.

Para isto é necessário abordar sobre os sistemas processuais penais existentes e o sistema adotado pelo Brasil, os princípios norteadores da atividade processual penal, as garantias constitucionais prevista na nossa Lei maior, também falaremos sobre a inconstitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Nos dias atuais, é possível notar a atuação ativa do Poder Judiciário frente aos outros poderes, rompendo as barreiras de sua competência imposta pelo texto Constitucional, portanto se faz necessário discutir sobre tal tema. O judiciário está ou não extrapolando as suas competências? O intuito é justamente mostrar como tem feito o Judiciário e como as suas decisões nenhum pouco racional tem influenciado no princípio da separação dos poderes.

A preocupação diante desta postura ativa do Judiciário se dá pelo fato de que este é o responsável pela resolução de conflitos de toda a sociedade, mas se ele está em conflito com seus próprios princípios, com sua competência e com os demais poderes da república, Executivo e Legislativo, é possível afirmar que ele será imparcial e cuidadoso se em dada ocasião você necessite recorrer aos meios legais para garantir seus direitos? Muito provável que não.

O poder judiciário é o guardião da Constituição Federal e deve zelar pela aplicação eficaz da Lei maior, sendo este o primeiro a agir conforme os preceitos ali estabelecidos.

Palavras-chave: Processo Penal, Inconstitucionalidades, Ativismo Judicial, Constituição.

ABSTRACT

This work addresses the issue of the activity of the Judiciary and the limits established by the Federal Constitution. The performance of the impartial magistrate is fundamental for us to have a fair trial and all our constitutional rights guaranteed.

We will demonstrate what has been happening in practice within the judiciary that is focused on criminal procedural law, and what are the consequences that an unjust conviction, an arbitrary judgment, can have on society and on the individual in the particular case.

In order to do this, it is necessary to address the existing criminal procedure systems and the one adopted by Brazil, the guiding principles of criminal procedural activity, the constitutional guarantees provided for in our major law, and the unconstitutionality of Article 156 of the Criminal Procedure Code.

Nowadays, it is possible to notice the active action of the Judiciary in front of the other powers, breaking the barriers of its competence imposed by the Constitutional text, so it is necessary to discuss about this subject. Is the judiciary extrapolating its powers? The purpose is precisely to show how the Judiciary has done and how its no-rational decisions have influenced the principle of separation of powers.

The concern with this active position of the Judiciary is due to the fact that it is responsible for the resolution of conflicts of the whole society, but if it is in conflict with its own principles, competence and with the other powers of the republic, Executive and Legislative, is it possible to say that he will be impartial and careful if at any time you need to use legal means to guarantee your rights? Most likely not.

The judiciary is the guardian of the Federal Constitution and must ensure the effective application of the larger law, which is the first to act according to the precepts established therein.

Keywords: Criminal Procedure, Unconstitutionality, Judicial Activism, Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
1.1 Considerações iniciais.....	12
1.2 Sistema acusatório.....	12
1.3 Sistema inquisitivo.....	13
1.4 Sistema misto.....	15
1.5 Sistema adotado pelo Brasil.....	15
2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	19
2.1 Considerações iniciais.....	19
2.2 Objeto da prova	19
2.3 Sistema de avaliação da prova.....	21
2.3.1 Sistema da prova legal ou tarifada.....	21
2.3.2 Sistema da íntima convicção do juiz.....	22
2.3.3 Sistema do livre convencimento motivado.....	23
2.4 Ônus da prova.....	24
2.5 Princípios relativos à prova no processo penal.....	24
2.5.1 Princípio do contraditório.....	27
2.5.2 Princípio da comunhão dos meios de provas.....	28
2.5.3 Princípio da imediatidade e identidade física do juiz.....	28
2.5.4 Princípio da oralidade.....	28
2.5.5 Princípio da publicidade	29
2.5.6 Princípio do privilégio contra a autoincriminação publicidade.....	29
2.5.7 Princípio da autoresponsabilidade	29
2.5.8 Princípio da imparcialidade	29
2.6 Espécies probatórias	30
2.6.1 Provas ilícitas	32
2.6.2 Provas <i>ex officio</i> pelo Juiz	34
3 INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA EX OFFICIO	36
3.1 Considerações sobre o controle de constitucionalidade	36
3.1.2 Sistemas de controle de Constitucionalidade	38
3.2 Controles de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	39
3.2.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade	43
3.3 Inconstitucionalidades do artigo 156 do CPP	43
3.3.1 Considerações iniciais	43
3.4 Contradições com o sistema acusatório	49
3.5 Princípios constitucionais infringidos.....	50
4 ATIVISMO JUDICIAL	53
4.1 Ativismo Judicial e pós-positivismo	55
5 Poder Legislativo, Executivo e Judiciário e a fragilidade do princípio da separação dos poderes.....	58
6 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a abordar acerca do tema Ativismo judicial e a inconstitucionalidade da produção de provas *ex officio* pelo juiz; Entretanto, o objetivo do trabalho não é esgotar o tema, pois seria muita audácia para uma monografia em sede de Graduação, pois além de ser um tema árduo, é relativamente novo, tendo tido um destaque maior nos últimos anos em relação à crise política instalada no País e a grande atuação do Judiciário, mais especificadamente do Supremo Tribunal Federal em tais casos.

Destaca-se a importância do papel do Poder Judiciário, quando da separação dos poderes esse ficou responsável por interpretar as leis e pela resolução de conflitos, dotado de autonomia este restabelece os direitos contestados e violados, de acordo com a Constituição Federal e com as leis elaboradas pelo Legislativo.

Entretanto, vem se observando um Poder Judiciário falho o que não pode ser admitido em um Estado democrático de direito, uma vez que este julga e decide todos os dias sobre o futuro de cidadãos, decidindo sobre o direito desses, sobre a liberdade, o direito de ir e vir, e com este efeito não pode ser admitido um Magistrado que não atua conforme os fundamentos estabelecidos pela nossa Carta Magna.

Podemos perceber que o grande problema da sociedade atual talvez não seja a falta de Lei ou a incompetência desta, mas sim a humanidade e sua capacidade de corromper o meio em que vive, espalhando a corrupção em todos os cantos, e se engana quem acredita que a corrupção vem de cima, de nossos governantes, a corrupção começa bem mais embaixo, dentro de casa quando os pais educam os filhos, e com essa justificativa de que vivemos em um País corrupto seguimos de mão atadas e assistindo nossos governantes e operadores de direito agir da mesma forma.

A cultura da corrupção foi instalada e hoje reside dentro do Poder Judiciário em razão disso cabe abordar sobre o ativismo judiciário, pois acredito se tratar de corrupção quando um juiz extrapola a competência atribuída a este pela Constituição Federal, alias qualquer norma da Constituição Federal que seja violada é uma afronta contra um Estado Democrático de direito.

Ademais, será ainda abordado sobre o sistema processual penal adotado pelo Brasil, qual sejam sistema acusatório, os princípios constitucionais, pois como será demonstrado este também sofrera uma afronta, dado que foi estabelecido pelo Código de Processo Penal que o magistrado poderá antes mesmo de iniciada a ação penal ordenar a produção de provas, o que seria de responsabilidade das partes em provocar o judiciário e não aquele agir de ofício.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 Considerações iniciais

Antes de explicar os tipos de sistemas penais existentes é necessário entender o significado da palavra Sistema e o objetivo deste dentro do processo penal. O sistema processual penal funciona como uma estrutura organizada dentro do ordenamento jurídico, um conjunto de regras e princípios que vai de encontro com a forma de governo que o Estado adota e ajudara a regular cada caso concreto.

Portanto, o sistema penal está intimamente ligado com o modelo político de um Estado, se deparamos com um Estado ditador, o sistema penal não garantira tantos direitos ao réu, se o Estado é mais democrático, o sistema garantirá direitos ao réu, como, por exemplo, direito a defesa e garantia do princípio de presunção de inocência.

Neste sentido, um sistema penal é adotado a partir da forma de determinado governo, mas em qualquer espécie de sistema, a sua principal função é regular as garantias e os direitos ditados no código de penal e processual penal, servira de parâmetro para julgar o caso concreto, as regras e garantias processuais alteram de acordo com o sistema processual adotado.

Neste mesmo sentido aduz Aury lopes:

Nessa linha de raciocínio, constata-se que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em contrapartida, o sistema inquisitório aparece historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, reduzindo as garantias individuais em face da hegemonia estatal. (LOPES JUNIOR,2008, p. 56 apud ARRUDA, 2014).

A doutrina estabelece três espécies de sistema processual penal, qual sejam sistema inquisitório, acusatório e sistema misto. Abordaremos sobre as principais características desses sistemas e qual é adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

1.2 Sistema Acusatório

O Sistema Acusatório é um dos tipos processuais penais que se destaca pela defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir

No sistema acusatório há uma separação entre órgãos responsáveis de realizar a acusação e o julgamento, garantindo assim a imparcialidade do julgador e a plenitude da igualdade entre as partes.

As principais características deste sistema são garantia do direito ao réu ao contraditório e ampla defesa, o réu é declarado inocente até que se prove o contrário, a produção de provas é incumbência das partes, há publicidade dos atos do processo salvo exceções legais, o réu é um sujeito de direito e não um mero objeto do processo.

O sistema acusatório garante um processo mais célere, onde o juiz deve ser provocado e as partes devem provar o que alegam, garantindo assim a imparcialidade do julgador, pois esse se mantém inerte até que uma das partes o provoque. As funções de acusar cabem ao Ministério público nos crimes de ações públicas (no caso do ordenamento jurídico-penal do Brasil) e cabe ao magistrado julgar.

O processo penal acusatório deriva de um estado democrático e seu destaque é a separação de funções que possui a mesma finalidade do princípio separação dos poderes, para impedir que o poder se concentre em um só, impedindo o abuso deste poder.

Conforme os dizeres de Wesley Rodrigues Arruda, a Constituição Federal adotou o sistema acusatório como sendo a forma que o processo deve obedecer, senão vejamos:

No Brasil foi adotado, com a Constituição Federal de 1988, o sistema acusatório, ficando definidas as funções de acusar e julgar em órgãos distintos. São inúmeros os princípios e garantias previstos na Carta Maior ratificando tal sistema, entre eles há a ação penal pública promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I); A autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz natural (art. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX). (ARRUDA, 2014).

Para Paulo Rangel (2008, p.49 apud ARRUDA), no processo penal brasileiro, vige o sistema acusatório, “pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular”.

Como dito anteriormente, cada estado adota um determinado sistema, o sistema acusatório não é comum a todos, vai depender da forma de governo adotada e as necessidades de cada Estado. O sistema acusatório é um sistema dotado de garantias e direitos ao acusado.

1.3 Sistema inquisitivo

O processo inquisitivo surge com os problemas trazidos pelo sistema acusatório e diferentemente deste, tem como objetivo acumular as funções de acusar, julgar e defender em uma só pessoa.

Neste processo, os juízes não poderiam ser recusados, uma vez que este iniciava a ação penal, eram responsáveis por investigar a materialidade do crime bem como sua autoria, os atos do processo não era público, sendo que nem mesmo as partes tinham acesso aos autos. Trata-se de um processo extremamente sigiloso e parcial, admitiam-se ainda denúncias anônimas, na qual estas influenciavam no desenrolar da ação penal.

Em relação à produção de provas no sistema inquisitivo, também eram realizadas pelo juiz, decidindo este qual espécie de provas usarem como base para fundamentar sua decisão, sendo as principais as provas testemunhais e a confissão, sendo que estas tinham um valor maior em relação aos outros tipos de provas como a documental, por exemplo, e para conseguir uma possível confissão do réu eram admitidas **práticas de torturas**, usando de todos os meios lícitos e ilícitos para embasar a convicção do juiz.

No sistema inquisitivo inexistem garantias constitucionais, uma vez que o réu é um objeto da investigação e não um sujeito de direitos, aqui inexistente o princípio da presunção de inocência, o réu é considerado culpado até que se prove o contrário e como dito anteriormente para que se comprove determinado fato eram usados todos os meios possíveis de provas, inclusive a prática de tortura e tudo isto com fundamento na busca da verdade real do processo.

Resta claro que este sistema é típico de um estado e de uma sociedade autoritária, era mais comum na antiguidade, um pouco depois da época em que o poder de punir ficava nas mãos do particular, a famosa lei de talião “olho por olho e dente por dente”. Porém, nos dias atuais existem muitos códigos de processo penal que ainda trazem resquícios de um sistema inquisitivo que vai de acordo com a forma de governo e da necessidade deste.

No código de processo penal Brasileiro, possui resquícios de um sistema inquisitivo, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, que alude sobre inúmeras garantias constitucionais ao acusado dentro do processo penal como discutiremos mais adiante, o maior exemplo de um sistema inquisitório é a possibilidade da produção de provas *ex officio* pelo Juiz, concedido pelo artigo 156 deste, vejamos:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida [...] (BRASIL, 1941).

Como podemos observar houve um grande retrocesso com relação a esse dispositivo, que foi inserido no código processual penal após a redação da Lei nº 11.690 de 2008. Mas o

vestígio de um sistema inquisitivo não para por aí, o próprio inquérito policial é retrato deste sistema, pois se trata de um procedimento sigiloso e não garante o contraditório e a ampla defesa e depois do advento da lei nº 11.690 de 2008, o magistrado pode participar deste procedimento.

1.4 Sistema Misto

Como já aduz o próprio nome, é uma junção do sistema acusatório e inquisitivo, é uma tentativa de garantir os direitos individuais e ao mesmo tempo ter um processo penal mais autoritário voltado para a punição. O sistema misto enquadra dentro do processo todas as características do sistema acusatório e inquisitivo.

Como bem coloca Gilmaro Geraldino da Silva (2010, p.19), “o sistema misto caracteriza-se por dividir o processo em três fases: a investigação criminal; a instrução preparatória e inicial que é secreta e inquisitiva, a cargo do juiz; finalmente se procede ao julgamento com as garantias do processo acusatório”.

A primeira fase, investigatória é feita pelo magistrado, ou seja, é ele quem faz a colheita de provas, os indícios do crime, sua materialidade e autoria, para no final embasar a sua convicção, nesta primeira fase inexistem garantias constitucionais, tão pouco o princípio da presunção de inocência, para sustentar o que acredita em relação ao crime o magistrado embasa sua convicção tão somente no princípio da busca da verdade real.

A terceira fase que se procede ao julgamento, temos a presença da acusação que pode ser tanto o Ministério Público ou particular, diferente da figura do julgador (magistrado), mas ainda que exista as características do sistema acusatório, o gestor da prova dentro do processo reside no juiz.

Alguns doutrinadores defendem que no Brasil vigora o sistema misto, com fundamento na produção de provas *ex officio* pelo magistrado garantido pelo código processual penal em seu artigo 156, conforme já mencionado, e também sustentam que a própria instrução criminal é inquisitiva, o que não pode se dar como verdade, pois ainda que inexistam garantias constitucionais no curso da investigação criminal, o inquérito policial não está ligado diretamente ao processo e é presidido pela polícia conforme previsto no artigo 144 e seus parágrafos, da constituição Federal, portanto não pode o sistema processual penal Brasileiro ser taxado como misto.

1.5 Sistema adotado no Brasil

Atualmente no Brasil vigora o sistema acusatório, ainda que a constituição não traga em sua redação explicitamente veremos alguns artigos, como por exemplo o artigo 5º da Carta Magna, que trazem em suas redações garantias constitucionais e princípios que norteiam o sistema acusatório e que mostram que mesmo implicitamente a Constituição Federal recepcionou o processo acusatório.

A ação penal parte de uma denúncia que é a peça da acusação que dará início ao processo penal que pode ser feita por um particular em caso de ação penal privada, mas é de cunho obrigatório em casos de ação penal pública, caso em que o Ministério Público é o titular da ação penal e tem a obrigação de agir, neste sentido é o que aduz o artigo 129 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) “são funções institucionais do Ministério Público: I-promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. [...]

Portanto, podemos perceber que a função de acusar não fica nas mãos de uma só pessoa, o que configura um sistema acusatório puro; Ademais a Constituição Federal garante igualdade entre as partes do processo conforme caput do Artigo 5º da CF veja:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (BRASIL, 1988).

A constituição Federal também garante o contraditório e ampla defesa do acusado dentro do processo o que em um sistema inquisitivo não é admitido em hipótese alguma, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;.(BRASIL, 1988).

Ademais, o processo é público e perdura o princípio da presunção de inocência:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

LX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (BRASIL, 1988).

Além do mais, em relação ao inquérito policial, é presidido pela polícia como citado anteriormente e é um procedimento que é distinto do processo, anterior ao processo, in verbis:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I- polícia federal; § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (BRASIL, 1988).

Portanto, mesmo que implicitamente a Constituição Federal recepcionou o sistema acusatório, e diante da interpretação destes dispositivos supracitado, entende-se que qualquer norma que aduz ao contrário do que foi estabelecido é inconstitucional, pois nossa carta magna está acima que qualquer lei, e é a que rege todos os nossos direitos e garantias.

Para ficar ainda mais claro em relação às características do sistema acusatório e como ele se encaixa dentro dos dispositivos da Constituição Federal e porque os dispositivos que aludem ao contrário devem ser considerados inconstitucional, como por exemplo, a colheita de provas **ex officio** pelo magistrado, Geraldo Prado aborda bem esse ponto de vista:

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de provas que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual nessas circunstâncias, acaba por substituir. Mas do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida que o juiz se fundamentará, normalmente, nos

elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 2006. P. 137 apud ARUUDA, 2014).

Portanto, fica claro a importância de um magistrado imparcial e como sua neutralidade dentro do processo colabora para uma justiça melhor, a qual somente se aplicando sistema acusatório é que pode ser obtida, pois este garante uma estrutura dialética garantindo também o princípio da paridade de armas e da isonomia das partes e o que vai de encontro com a forma de governo do Brasil, um país Democrático, impedindo a concentração de poder em uma única pessoa, conforme o próprio princípio de separação de poderes.

Neste sentido, aduz Afrânio Silva Jardim:

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes. (SOUZA NETTO, 2003, p. 34 apud ARRUDA, 2014).

Contudo, ratificando que a constituição adotou o sistema acusatório e todo o processo penal deve assim agir, Geraldo Prado faz menção ao artigo 129 da CF e que devemos fazer uma interpretação com plenitude do que ali foi escrito, chegaremos a conclusão de que hoje vigora tal sistema, portanto vejamos:

Se aceitarmos que a norma Constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. (PRADO, 1999, p. 171 apud ARRUDA, 2014).

Por fim, o então sistema acusatório é dotado de garantias e princípios a fim de retirar de dentro do processo todo resquício de um sistema inquisitivo, obviamente que depois da Constituição Federal houve leis sancionadas que retrocederam e hoje prevê questões que passam longe do sistema acusatório, o que não pode ser permitido e deveria ao nosso

entendimento ser considerada inconstitucionalidade de tais dispositivos, logicamente qualquer progresso nesse sentido requer muito esforço e discussão.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

2.1 Considerações iniciais

A persecução penal começa com a denúncia de um fato e pressupõe a prática de determinado crime por uma pessoa, por tanto esta acusação deverá esta fundada em fatos, ou seja, a prova propriamente dita. Só assim o juiz fundamentara a sua convicção, pois este não pode julgar com base no achismo, este necessita em verificar a veracidade da acusação sobre tais fatos onde a princípio não se tem certeza.

Conforme Alexandre Cebrian Araújo (2014, pag.247) “a convicção do julgador, contudo, não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir, necessariamente, de construção lógica, o que reclama a análise de elementos aptos a transmitir informação relativa a um fato”.

Portanto, a esses elementos é o que se denomina provas, e a partir dela é que se conclui a materialidade do crime e sua autoria o que a propósito deve ser provado através do inquérito policial, só através da produção de provas é que se pode restringir a liberdade de ir e vir de um cidadão de direitos, pois consequentemente com a produção de provas indicando que tal denúncia tem fundamento a sua condenação se torna um fato e o seu direito de ir e vir será retirado, e com os direitos de outrem não se brinca, e esse é o objetivo principal da colheita de provas evitar condenações injustas, pois é melhor manter livre um culpado do que condenar um inocente.

2.2 Objeto da prova

Como dito anteriormente o objetivo da produção de provas é apurar a veracidade dos fatos alegados na denúncia e a materialidade do crime e sua autoria é buscada dentro do inquérito policial e depois de apurada todas as diligências o inquérito será à base da ação penal, mas só ele não pode servir para uma futura condenação, portanto a instrução probatória se faz necessária.

No entanto, nem todos os fatos necessitam de provas, pois se presume que o magistrado está instruído de todo o direito, porém pode o juiz requisitar que a parte do

processo faça prova de vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme prevê o artigo 376 do CPC aplicado por analogia ao processo penal (BRASIL, 2015) “ a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

Como mencionado, nem todos os fatos relacionados a causa necessitam de provas, exemplos destes são os fatos impertinentes, que são fatos alheios à causa, hora se não tem nada a ver com a causa não cabe as partes levar pra dentro do processo, tais fatos, seria uma perda de tempo e sabemos que o processo necessita da duração razoável para não retardar a entrega do provimento jurisdicional.

Outros fatos que não necessitam de provas são os chamados fatos irrelevantes, que como o próprio nome induz, não agrega em nada no processo, ainda que guarde uma relação com a causa, mas este não influencia na decisão do magistrado.

Os fatos notórios, que são os fatos de conhecimento geral, também não necessitam de provas, portanto entende-se pela desnecessidade da prova do mesmo, o doutrinador Guilherme Nucci (9º ed. p.348) classifica os fatos notórios como aqueles “nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade esmaieça, levando a parte à produção da prova”.

Neste sentido, leciona Alexandre Cebrian Araújo (2014, p.248) “Há, todavia, uma ressalva importantíssima em relação a esse tema: o fato criminoso que constitui objeto da imputação jamais pode ser tido como notório, de modo a dispensar a prova de sua ocorrência, daí por que somente os fatos notórios **acidentais** dispensam comprovação”.

Os fatos impossíveis também não precisam ser provados, pois se mostram contrários as leis naturais da ciência; Também não necessitam de provas os fatos que são cobertos por presunções legais, ou seja, os fatos típicos, como por exemplo, a inimputabilidade do menor de 18 anos, basta sua idade para que se comprove que esse não responderá por eventual crime que venha a ter cometido.

No processo civil a falta de controvérsia sobre determinado fato pelas partes não necessitam de provas, o que não acontece no processo penal, pois a decisão do magistrado não pode se fundar em erros, portanto mesmo que não haja controvérsia pode o juiz decidir sobre a produção de provas em relação a este fato para que não haja dúvidas em relação a este.

Neste raciocínio, vejamos:

Assim, se o juiz criminal não está obrigado a admitir como verdadeiro um fato apenas porque as partes não divergem sobre ele, é certo também que poderá, em hipóteses, formar sua convicção apenas com base na confissão do acusado desde que, por seu teor, mostre-se apta a afastar a incerteza que paira sobre o espírito do julgador. (REIS, 2014, p.249).

Se, algumas das partes propuserem que se faça prova de algum fato, impertinente, irrelevante ou protelatória, o magistrado poderá indeferir tal pedido, conforme o que se estabelece o artigo 400,§1º, do Código de Processo Penal, que se segue:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. [...] (BRASIL, 1941).

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Obviamente, que o indeferimento de tal pedido, não acarretara no impedimento da defesa das partes, pois no processo é garantido o contraditório e a ampla defesa.

2.3 Sistemas de avaliação da prova

2.3.1 Sistema da prova legal ou tarifada

Neste sistema, as provas no processo penal eram previamente tarifadas, ou seja, o magistrado não agregava nem um valor a determinado tipo de prova, o valor de cada prova era tipificado em lei, sendo que a confissão do acusado era a rainha das provas e a prova testemunhal também tinha um valor significativo, ou seja, cada prova tinha um valor pré-estabelecido em cada caso concreto e o juiz com base no valor desta devia fazer seu juízo da causa.

Portanto, a confissão, tendo em vista seu dado valor, podia por si só condenar o acusado, mesmo que essa estivesse em desacordo com as demais evidências e provas colhidas dentro do processo, a confissão era usada para fundamentar a condenação do réu, ou seja, havia uma hierarquização das provas no processo penal e limitava o juiz a julgar cada caso concreto de acordo com as provas tarifadas.

Neste sentido, leciona Alexandre Cebrian Araújo:

Esse sistema afirmou-se, historicamente, como tentativa de limitar o arbítrio das decisões imotivadas, por meio do estabelecimento de valores predeterminados para cada modalidade de prova ou exigência de que determinados fatos fossem provados por certos meios específicos. Tal sistema retirava do juiz a possibilidade de valorar a prova, pois os critérios de validade ou de preponderância de um elemento de

convicção sobre outro eram previamente estabelecidos (ou tarifados) pela lei. (Id., 2014, p. 251)

As provas tarifadas derivam de um sistema inquisitivo, onde a confissão e a prova testemunhal serviam de base para uma futura condenação.

O principal problema deste sistema de valorar as provas, é que afastava a possibilidade do magistrado valorar cada prova de acordo com o caso concreto, ele tinha que se filiar ao valor probatório tipificado em lei, mesmo estando certo de que não estava convencido sobre os fatos que aquela determinada prova (por exemplo, a confissão) lhe impunha e que os fatos trazidos por essa prova não era a verdade real do processo.

Ainda há resquícios de prova tarifada no processo penal atualmente, como por exemplo, o artigo 158 do CPP, que impede que a confissão do acusado supra a falta de exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, neste sentido (BRASIL, 1941) “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

O artigo 232, §1º do Código de Processo Penal, também traz resquício de um sistema de prova tarifada, quando condiciona que a fotografia de documento só terá valor e só superará o documento original se está for devidamente autenticada.

Contudo, este sistema foi superado, pois era incompatível com a estrutura de um Estado democrático e ainda impossibilitava a chegar à verdade real do processo, pois, o magistrado tinha que se ater a verdade que determinada prova trazia aos atos devido ao valor agregado a esta, mesmo que só ela não fosse suficiente na visão do julgador, para a condenação do acusado.

2.3.2 Sistema da íntima convicção do juiz

Diferentemente do sistema da prova legal, que atribuía um valor as provas e condicionava o magistrado julgar de acordo com as provas pré-estabelecidas em lei para cada caso, no sistema da íntima convicção do juiz, este julga de acordo com a sua consciência, atribuindo ou não valor as provas, podendo utilizar ou não destas, sem nem mesmo precisar fundamentar suas decisões.

As decisões eram tomadas basicamente pelo que o magistrado julgava ser certo ou não analisando o caso concreto, aqui o Juiz possuía total liberdade de julgar como bem entender, o

que brutalmente “assassinava” o contraditório e ampla defesa, pois, o juiz podia muito bem fundamentar tal decisão sem mesmo ouvir o testemunho do acusado.

As únicas decisões que são aplicáveis a esse sistema são as decisões do tribunal do júri, que não precisam fundamentar sua decisão, o porquê absolveu ou condenou o acusado o que na prática pode se dar em injustiças e arbitrariedades. Nota-se que tal fato é contraditório, pois a Constituição Federal no artigo 93, inciso IX, dispõe que todas as decisões do poder judiciário devam ser fundamentadas, mas atribui total liberdade de julgamento ao tribunal do júri.

Em relação à ampla liberdade de julgamento do tribunal do júri, ensina Alexandre Cebrian Araújo Reis:

No tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, todavia, vigora o **sistema da íntima convicção** do juiz(ou da **certeza moral do juiz**), que confere ampla liberdade aos juízes leigos para avaliação das provas, dispensando-os de fundamentar a decisão. Fala-se que, em tal hipótese, há valoração *secundum conscientiam* da prova, pois o julgador decide de acordo com sua íntima convicção, pouco importando sobre quais fatores ela se sustenta. Ainda assim, o artigo 593,§3º do CPP prevê a possibilidade de o tribunal anular, por sua vez, a decisão dos jurados, por entendê-la **manifestamente contrária à prova dos autos**. (Id., 2014, p.251.)

Ademais, somente as decisões do tribunal do júri ainda admitem o sistema da íntima convicção, qualquer decisão do magistrado deve ser fundamentada e complementada com a instrução probatória, como estudaremos mais adiante.

2.3.3 Sistema do livre convencimento motivado

O nosso ordenamento jurídico-processual penal adota o sistema do livre convencimento motivado o qual se mantém fiel e a única exceção são as decisões do tribunal do júri como vimos anteriormente. Aqui o magistrado detém de liberdade para formar seu convencimento de acordo com as provas apresentadas aos autos, sem a necessidade de se subordinar a nenhuma delas.

O artigo 155 do Código de Processo Penal, trás em sua redação que o magistrado formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida pelo crivo do contraditório e ampla defesa, não podendo formar seu convencimento e fundamentar sua decisão tão somente com base nos elementos produzidos na investigação criminal, ou seja, o inquérito policial,

pois este não serve para, tão somente, condenar o acusado, como também demonstrado anteriormente.

A constituição Federal recepcionou tal sistema, que se trata também do princípio da motivação das decisões judiciais, em seu artigo 93, inciso IX, in verbis:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) .(BRASIL, 1988).

Portanto, o sistema do livre convencimento motivado, não admite valoração de nenhuma prova, nenhuma prova se sobrepõe a outra, como no sistema da prova legal ou tarifada, também não permite discricionariedade do julgador como no sistema da íntima convicção do magistrado, aqui o julgador precisa fundamentar suas decisões, o porquê absolveu ou condenou, tudo sobre o crivo do contraditório.

O livre convencimento do juiz, porém, não é ilimitado, pois como mencionado ele não pode fundamentar sua decisão nos elementos formados no inquérito policial, pois é uma fase que se antecede ao processo e não possui o contraditório, porém, nos dizeres de Alexandre Cebrian Araújo Reis (2014, p.250), “essa limitação não atinge o objeto das provas **cautelares, não repetíveis e antecipadas**, em relação às quais o contraditório é exercido, de modo diferido, por meio do **exame** das referidas provas durante a instrução”.

Tais provas são colhidas durante a instrução, demonstrada a necessidade de sua produção, pois em decorrência de seu perdimento, pode acarretar danos graves à situação do acusado e do processo, como bem dispõe o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, mas mesmo que determinada o acolhimento de tais provas antecipadamente não se permite que estas sejam colhidas sem o devido contraditório.

Há mitigações ao sistema do livre convencimento motivado dentro do processo penal em alguns dispositivos, como já mencionado anteriormente, o CPP possui resquícios do sistema de provas tarifadas, ou seja, condiciona o juiz a decidir de acordo com determinada prova, como por exemplo, o artigo 158, que determina que as infrações que deixam vestígios

não se provam somente com a confissão do acusado, são necessários o exame de corpo de delito.

2.4 Ônus da prova

Trata-se da responsabilidade de quem alega provar os fatos narrados, se encaixa dentro das garantias do devido processo legal estabelecido na Constituição Federal, no entanto, o ônus da prova não se trata de uma obrigação, vez que, caso a parte não prove os fatos alegados, não lhe será direcionada nem uma sanção ou pena por isso.

É de suma relevância falar sobre a quem é destinado o ônus da prova, pois, uma vez que estamos descrevendo sobre os elementos da prova e suas particularidades devemos saber a quem o processo penal destinou esse encargo, por assim dizer.

Portanto, como mencionado, o ônus probatório não é uma obrigação das partes, uma vez que não haverá pena caso não seja provado tais fatos, o que acontece é que, a parte interessada não provando a materialidade do crime e a autoria do delito sofre prejuízos em decorrência de sua inercia.

Mantendo-se a parte interessada no desfecho da ação penal em total inercia, perderá a demanda para o seu desiderato, pois a sentença será favorável à parte que sofreu as acusações, no qual estas não foram provadas. Observe que o prejuízo da inercia em relação ao ônus probatório é estritamente processual.

O Código de processo penal prevê o ônus probatório no artigo 156, no qual se reduziu somente a este dispositivo, ou seja, o CPP não vai afundo na questão probatória e em sua redação prevê que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Com o advento da lei nº11.690 de 2008, algumas questões foram acrescentadas ao dispositivo mencionado, a segunda parte do dispositivo, prevê que é facultado ao magistrado de ofício determinar a produção de provas antecipadas, ou seja, o dispositivo incumbe o ônus probatório não só as partes que são as reais interessadas no processo como também dá legitimidade para o juiz, de ofício, determinar a instrução probatória antes mesmo de iniciada a ação penal.

Não cabe a nós neste momento julgar sobre a constitucionalidade do dispositivo citado, esta análise será feita mais adiante, vamos nos atentar apenas aos sujeitos que receberam o encargo probatório, e entender essa necessidade de definir os sujeitos do ônus da prova.

Neste sentido, explica Alexandre Cebrian Araújo Reis:

A necessidade de existência de regras de distribuição do ônus da prova deriva da constatação de que nem sempre o juiz consegue superar o estado de dúvida em relação a determinado fato ou circunstância relevante para a causa e, ainda, da proibição de que, nessa situação de incerteza, opte por não julgar a lide (*non liquet*). (Id.,... 2014, p. 253)

Ainda explica o doutrinador, que são essas regras que ajudarão o magistrado na hora de julgar os casos que ainda não estejam totalmente elucidados, e se, ainda assim o magistrado não estiver convencido diante do que foi exposto pelas provas este deve julgar sobre o princípio do *in dubio pro réu*, ou seja, na dúvida, deve sempre considerar a inocência do réu.

E é considerando o princípio do *in dubio pro réu*, que o ônus da prova é de responsabilidade plena do autor no que se refere a demonstrar a materialidade do crime e sua autoria e conforme as palavras do doutrinador Alexandre Cebrian Araújo Reis (2014, p.254) “não basta para o desfecho condenatório, pois, que a acusação comprove a existência material do fato, o nexo de causalidade e que a conduta foi praticada pelo réu, incumbindo-lhe, também, a demonstração do elemento subjetivo e da reprovabilidade da conduta”.

Contudo, não é necessário a acusação provar fatos negativos, como, por exemplo, que o réu não agiu em legítima defesa ou que este não apresente qualquer outra excludente de ilicitude, basta que o Ministério Público ou querelante demonstrem os fatos positivos, o qual evidencia a conduta dolosa ou culposa do acusado e que tal conduta esteja tipificada no código penal.

E nesta premissa, cabe o acusado a demonstrar que todos os fatos provados pela acusação não se sustentam, e obviamente caso alegue alguma circunstância que venha a derrubar a tese da acusação, caberá a defesa o ônus probatório, podemos citar a título de exemplo dessas circunstâncias, a alegação por parte da defesa de existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Em proteção ao princípio do *in dubio pro réu*, ainda que este não faça prova de nenhuma das circunstâncias mencionadas acima (excludente de ilicitude e culpabilidade) se o juiz entender que ainda haja dúvidas a cerca da materialidade do crime e a sua autoria, este deve optar pela absolvição do mesmo, neste sentido é o que preceitua o artigo 386, inciso VI, do CPP, *in verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; .(BRASIL, 1941).

Portanto, o ônus probatório não se trata de uma obrigação e sim de um encargo, uma responsabilidade das partes de provar os fatos alegados, não incorrendo em nenhuma sanção penal em face do não cumprimento de provar o que foi alegado, pois, acarretara tão somente em um prejuízo processual decorrente da perda da causa, conclui-se, também, pela leitura do artigo 156 do CPP que as gestoras das provas no processo penal são as partes que são as reais interessadas no processo, ficando legitimado ao juiz determinar, mesmo que antes de iniciada a ação penal, a realização de provas antecipadas.

2.5 Princípios relativos à prova no processo penal

Trata-se de uma premissa que deverá ser seguida dentro do processo penal para garantir os princípios constitucionais referentes à aplicabilidade das leis.

2.5.1 Princípio do contraditório

Estabelece sobre a garantia das partes de influenciar no convencimento do juiz, usando como meio a produção de provas. Garante que as partes produzem provas para a sua defesa, bem como garante que essas façam parte da instrução probatória tendo acesso livre a estas, podendo manifestar sobre o teor destas.

Foi recepcionado pela nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, estabelecendo que é assegurado as partes o contraditório e ampla defesa dentro do processo, com os meios e recursos a elas inerentes, tanto em processo judicial quanto em processo administrativo, portanto, trata-se de um direito a manifestação das partes antes que qualquer decisão seja tomada pelo órgão julgador. Argumentando uma das partes do processo, este ato deve ser comunicado a outra parte, para que, querendo exerça seu direito de defesa com argumentos contrários à aqueles, e isso é o que se denomina “contraditório”.

No contraditório, é assegurado as partes a possibilidade de recorrer da decisão caso não concorde com que foi decidido pelo juiz singular, para que a sentença seja reexaminada. Em decorrência desse princípio, não é admitido processos secretos ou sigilosos contra quem quer que seja, pois as pessoas possuem o direito de obter informações ao teor do processo.

O contraditório é um desdobramento do princípio do devido processo legal, também recepcionado pela nossa carta magna, pois, uma vez que não são ouvidas as partes dentro processo pelo crivo do contraditório, não podemos dizer que ouve o devido processo legal.

Neste mesmo sentido, ensina Alexandre Cebrian Araújo Reis:

Estabelece a necessidade de garantir a ambas as partes o direito de presenciar a produção das provas ou de conhecer o seu teor, de manifestar-se sobre elas e, ainda, de influir no convencimento do juiz por meio da produção de contraprova. Tem como corolário o princípio da igualdade de armas, que garante aos litigantes a paridade de instrumentos processuais para a defesa de seus interesses. (Id., 2014, p. 254.)

2.5.2 Princípio da comunhão dos meios de provas

O processo penal visando ser igualitário e sendo pratico quando da resolução de conflitos, pois aqui o bem discutido é a liberdade de locomoção e que, portanto o processo deve ser ágil, estabelece por meio do princípio da comunhão dos meios de prova, que a prova feita por uma das partes se aproveita a outra quando assim for possível.

Assim ocorre também dentro da seara recursal no processo penal, que no caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros, como bem dispõe o artigo 580 do Código de processo penal, esta definição legal trata-se do efeito extensivo do recurso.

Portanto, o que se vê no processo penal é que ele tende ser um processo mais prático, visando o melhor para as partes e visando cumprir com as garantias constitucionais, garantindo assim um processo célere e rápido.

Neste sentido, acerca do princípio da comunhão das provas e seu efeito extensivo, aduz Alexandre Cebrian Araújo (2014, p. 255) que “estabelece que, uma vez produzida, a prova pode socorrer qualquer das partes, independentemente de qual dos litigantes a indicou ou a introduziu no processo”.

2.5.3 Princípio da imediatidade e identidade física do juiz

O princípio da imediatidade estabelece que o juiz deva ter contato direto com as provas produzida nos autos do processo. Já o princípio da identidade física do juiz determina que a decisão seja proferida, salvo exceções, pelo juiz que teve contato direto com os autos e a colheita de provas e tem por objetivo afastar a parcialidade do juiz dentro do processo.

O princípio da identidade física do juiz está estabelecido no artigo 399, §2º do código de processo penal.

2.5.4 Princípio da oralidade

Conforme Alexandre Cebrian Araújo reis, in verbis:

Consagra a preponderância da linguagem falada sobre a escrita em relação aos atos destinados a formar o convencimento do juiz. Decorre desse princípio a opção pela qual os depoimentos de testemunhas são prestados oralmente, salvo em casos excepcionais, em que a forma escrita é expressamente admitida (art. 221,§1º, do CPP). (Id., 2014, p.255)

Ligado ao princípio da imediatidade, o princípio da oralidade estabelecendo que a maioria dos atos dentro do processo penal seja feito por meio de depoimentos, interrogatórios e debates, permite ao juiz ter contato direto com as partes e com as provas.

2.5.5 Princípio da publicidade

Consagrado pela Constituição Federal, permite que os atos do processo sejam acompanhados não só pelas partes, mas como também pelo público, não podendo nenhum ato do processo ser secreto, conforme assim dispõe o artigo 93, IX, da nossa carta magna.

Pelas breves palavras de Alexandre Cebrian de Araújo Reis, in verbis:

Quando o interesse público ou a tutela da intimidade exigir a restrição à presença popular, no entanto, a lei pode estabelecer a publicidade restrita dos atos instrutórios(art. 5º, LX, da CF) (Id., 2014, p.255)

2.5.6 Princípio do privilégio contra a autoincriminação

Permite ao investigado ou acusado o direito de abster-se de praticar qualquer conduta que possa acarretar a obtenção em seu desfavor...

2.5.7 Princípio da autoresponsabilidade

Permite ao magistrado, baseado na busca da verdade real do processo, que não fique limitado as provas trazidas aos autos pelas partes, visto que sua função na ação penal é zelar pela obtenção de provas para que essas permitam o esclarecimento quanto aos fatos submetido a julgamento.

2.5.8 Princípio da imparcialidade

Será abordado mais adiante com profundidade, mas cabe a nós citarmos tal princípio aqui na produção probatória, visto que um juiz, ao analisar as provas dos autos, estando seu convencimento viciado, não teremos o devido processo legal e isso pode acarretar em prejuízo para as partes, pois quando estas procuram o judiciário é para obter justiça e um magistrado parcial não faz justiça só colaborará para mais injustiça dentro do processo.

Um juiz imparcial é aquele que esteja livre de influências, seja por uma pessoa seja por um órgão, já que este vai usar o seu convencimento para julgar determinado ato, não poderá sofrer influência, uma vez que o Estado chama para si a responsabilidade de dar a cada o que é seu de direito, esta tarefa não seria cumprida com êxito caso houvesse um magistrado parcial.

Para que este haja com imparcialidade, a Constituição Federal estabelece garantias para que nada interfira no seu julgamento, tais é vitaliciedade, inamovibilidade e redutibilidade de subsídio.

Contudo, esses foram os princípios relativos as provas dentro do processo penal, os princípios têm força normativa e serve como base para o deslinde da ação penal, todos eles garantem um processo célere, ágil, e tem o mesmo objetivo que é a busca da verdade real do processo.

2.6 Espécies probatórias

Em nosso ordenamento jurídico não há um rol taxativo de espécies probatórias, pois além dos tipos de provas previstos no código de processo penal, existem leis esparsas que estabelecem a produção de determinadas provas para se chegar à verdade real daquele determinado fato, exemplo disso é a delação premiada prevista na Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, quando o réu admite participação no crime e delata sobre outros participantes do crime, sendo possível nesse caso à redução de sua pena tendo em vista a sua colaboração:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013).

A Lei 12.850/2013 que rege sobre crimes organizados em seu artigo 3º da lei trás em sua redação mecanismos de obtenção de provas, como a delação premiada mencionada anteriormente, em qualquer fase da persecução penal, sem prejuízo de outros já previstos em lei e são eles, in verbis:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (BRASIL, Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. Rege sobre crimes organizados).

Sendo assim, não cumpre aqui falarmos de todas as espécies de provas previstas no ordenamento jurídico, pois o objeto deste trabalho é analisar a constitucionalidade da prova *ex officio* pelo juiz e sua conduta ativista, mas já deixando claro dá existência de outros meios de

provas, que não sendo ilegais e ilícitas poderão ser utilizadas para o crivo do contraditório e ampla defesa.

Numa classificação doutrinária e mais genérica, as provas são taxadas como documentais materiais e testemunhais. Tais provas vêm elencadas nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal.

As provas documentais são aquelas que provam através de documentos os fatos trazidos à ação penal, como fotos, escrito e até mesmo e-mail.

Ilustríssimo doutrinador Guilherme de Souza Nucci nos trás o conceito de documento, in verbis:

É toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros. (NUCCI, 2014, p.444)

Em relação à prova testemunhal, trata-se de pessoas, terceiros, que falam sobre algo que ouviu ou viu sobre os fatos referentes ao processo, são os fatos narrados por um terceiro ao Juiz com o compromisso de dizer a verdade e não agindo como tal sob pena de falso testemunho disposto no artigo 342 do Código de Processo Penal;

A prova testemunhal possui o mesmo valor probatório que qualquer outra prova e possui o mesmo objetivo, qual seja a busca da verdade real do processo.

No que se prezem as provas materiais, é tudo aquilo que possa ser provado através de exames, perícias, vistorias, instrumentos do crime, entre outras, de forma concreta os fatos narrados na ação penal. As provas materiais serão produzidas pelas partes e excepcionalmente pelo Juiz, como será abordado mais adiante.

Em relação às provas inominadas, que se tratam das provas não previstas no Código de Processo Penal, deixamos a seguinte observação:

O código de processo penal aponta e indica diversos meios de provas no título VII, capítulos I à XI, dos artigos 158 ao 250, que são as chamadas provas nominadas. Entretanto, não há limitação dos meios de provas, uma vez que a lei não as esgota, sendo que os outros meios probatórios podem ser usados, desde suscetíveis de obter a certeza no caso concreto, são as chamadas provas inominadas, isto é, aquelas que não constam no rol do CPP, tais como o croqui, a fotografia, a filmagem e as interceptações telefônicas. (TOZADORI, 2006 apud. SILVA, 2010 p. 28).

Assim sendo, as provas inominadas possui uma liberdade maior que é dada as partes para que estas possam escolher o meio probatório que convier para produzir o contraditório e ampla defesa, provando assim os fatos narrados na ação penal.

2.6.1 Provas ilícitas

As provas obtidas por meio ilícito são expressamente vedadas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

A lei 11.690/2008 trouxe uma nova redação ao artigo 157 do Código de Processo penal, trazendo importantes modificações sobre a valorização para o sistema de avaliação das provas ilícitas, de acordo com a nova redação provas ilícitas se tornou gênero das quais são espécies as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Portanto, além de serem consideradas provas ilícitas as provas que contrariam a Constituição e o Código penal, também serão consideradas provas ilícitas as que foram obtidas por meios não estabelecidos pelo Código processual penal, como por exemplo, o laudo produzido por um só perito não oficial, sendo assim, obtida a prova por meio ilícito deverá ser desentranhada dos autos.

Neste sentido preceitua o doutrinador, Guilherme Nucci:

Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à normal penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos. (NUCCI, 2014, p.338)

Alguns doutrinadores discordam da ilicitude das provas produzidas que violam a norma processual penal, pois entendem ser o caso de nulidade e não de ilicitude, sendo o mais correto neste caso a prova ser renovada e não desentranhada do processo. É o que considera o doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho, citado pelo ilustríssimo Guilherme Nucci:

Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o artigo 573, caput, do CPP. (GOMES FILHO, p.266 apud. NUCCI, 2014, p.338).

Em defesa da redação do artigo 157 do CPP dada pela lei 11.690/2008, o mencionado doutrinador Guilherme Nucci, entende pela ilicitude das prova produzidas que violam a norma processual, lecionando neste sentido:

A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arpejo da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é o quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas.” (NUCCI, 2014, p.338).

São consideradas também ilícitas as provas derivada de prova ilícita, mesmo que esta ultima seja considerada pelo ordenamento jurídico como prova licita, será inadmissível, uma vez que não foi obtida pelo meio legal, chamamos este “fenômeno” no processo penal como frutos da arvore envenenada, a única exceção cabível é aquela que foi produzida de forma independente.

Ilustríssimo doutrinador, Guilherme Nucci exemplifica a prova originária de fonte independente, in verbis:

A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagina-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regularmente, também indicou a policia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova licita. (Id., 2014, p. 339).

O artigo 157,§2º do CPP conceitua como fonte independente “aquela que por si só, seguindo os tramites típico e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Ao final, se o Juiz proferindo a decisão, entender pela ilicitude da prova, este determinará o desentranhamento desta do processo, sendo esta decisão cabível impugnação por meio de apelação. Findo a questão, a prova será inutilizada e as partes poderão acompanhar este incidente.

2.6.2 Provas *ex officio* pelo Juiz

O sistema processual penal adotado implicitamente pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal é o sistema acusatório, onde admite o contraditório e ampla defesa, as funções de acusar e julgar não se concentra em uma mesma pessoa, qual seja o Juiz.

No entanto, a prova *ex officio* pelo Juiz é um espelho de um resquício do Sistema inquisitivo que ainda assombra o nosso Código de Processo Penal onde, diferentemente do Sistema acusatório as funções de julgar e acusar concentra-se no magistrado.

A prova determinada de ofício pelo Magistrado surgiu com a nova redação dada ao artigo 156 do CPP, alteração feita pela lei 11.690/2008, que determina o seguinte:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Portanto, o artigo citado propõe a faculdade para o Juiz determinar a produção antecipada de provas, ordenando ainda qual meio de provas será utilizado para dirimir suas dúvidas, sem nem mesmo as partes que são as reais interessadas no deslinde do processo ter solicitado a produção probatória, tornando-se assim o Magistrado como parte interessada no processo.

O objetivo do processo penal é a busca da verdade real do processo para que não cometa injustiças às pessoas interessadas no processo e é nessa linha de raciocínio e por esse mesmo motivo que se admitiu a produção probatória pelo Magistrado, acreditando que é

improvável chegar à verdade real dos fatos narrados na ação penal, admitindo-se, portanto que as partes exerçam o contraditório, mas querendo o Juiz poderá exercê-lo também.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA EX OFFICIO

3.1 Considerações sobre o controle de constitucionalidade

A ideia do controle de constitucionalidade é manter a supremacia formal da Constituição Federal em detrimento a outras normas, atribuição dada ao poder judiciário em face do seu poder jurisdicional, como guardião da nossa carta magna.

A supremacia formal é realizada pela análise de conteúdo/tema da norma constitucional, assuntos estes relacionados a direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, como organização do Estado, estrutura dos poderes.

Acerca da supremacia da Constituição Federal, orienta José Afonso:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só nela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. (SILVA, 2014, p.48).

O que garante a supremacia da Constituição Federal, a supremacia formal é o fato de ela ser rígida, pois de todas as normas existentes no ordenamento jurídico, a Carta Magna é aquela que possui o processo mais rigoroso e dificultoso de alteração, isso porque no momento de reformar o texto constitucional o processo é mais formal do que as demais normas, podendo ser alterada pelo chamado poder constituinte, portanto, as demais Leis deve guardar compatibilidade com o texto Constitucional.

Neste sentido, aborda ilustríssimo doutrinador Jose Afonso da Silva:

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legitimados na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (Id., 2014 p. 45)

A inconstitucionalidade das normas em detrimento ao texto Constitucional acontece de duas formas, por omissão ou ação, portanto acontece de forma negativa e positiva. A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando a Constituição Federal estabelece uma determinada ação e o agente público se mantém inerte.

E em relação à inconstitucionalidade por omissão, leciona Jose Afonso da Silva:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na pratica. (Id., 2014 p. 47)

Portanto a inconstitucionalidade por omissão vai ocorrer quando o poder público se manter inerte diante de uma determinação do texto constitucional. A nossa carta magna determina, por exemplo, que a saúde e educação são direito de todos e dever do Estado, e neste caso não propondo atos legislativos que garantem o determinado será configurado a inconstitucionalidade e, portanto isto servirá de pressuposto para a propositura da ação de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade por ação é caracterizada pela conduta do agente público que esta em desacordo com a norma Constitucional ou até mesmo quando impõe uma conduta totalmente contrária a carta magna.

A respeito da inconstitucionalidade por ação nos dizeres de José Afonso:

Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. (Id., 2014, p. 49)

Em relação ao vício da norma inconstitucional, pode ser estes formais ou material, formal quando atinge a forma, o procedimento estabelecido pela Constituição Federal ou ainda quando é elaborado de maneira diferente da determinada.

Vício material da norma é quando esta atinge o próprio texto Constitucional, o seu conteúdo é totalmente contrário ao estabelecido na carta magna, podendo ainda, o vício de a norma ser total ou parcial, como os próprios nomes sugerem, total quando a lei é totalmente contrária a nossa carta magna, parcial quando apenas parte do texto está em desacordo com a lei suprema do Estado.

3.1.2 Sistemas de controle de Constitucionalidade

Para garantir que as normas estejam em conformidade com a Lei maior, a doutrina nos trás três espécies de sistemas de controle da constitucionalidade, são técnicas que garante a supremacia da Constituição Federal perante as inconstitucionalidades presentes no ordenamento jurídico.

Nesta linha, os sistemas de controle de constitucionalidade são: o político, jurisdicional e o misto. O sistema político designa ao Legislativo a função de fiscalizar as leis inconstitucionais, tal sistema foi preponderante na Europa durante o século XIX.

No que tange ao sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, ensina Jose Afonso da Silva:

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da America do Norte, é a faculdade de que as constituições outorgam ao Poder judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. (Id., 2014 p.51)

O controle misto, se caracteriza na aplicação dos dois sistemas abordados acima, aplicando-se a algumas leis o controle político e a outras leis ao controle jurisdicional, e nos dizeres de Jose Afonso (2014, p.49), este fenômeno ocorre na Suíça “onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional”.

O sistema do controle de constitucionalidade estabelece critérios e modos de exercício do controle jurisdicional, que são eles o controle difuso ou jurisdição constitucional difusa e o controle concentrado ou jurisdição constitucional concentrada.

O controle difuso se caracteriza quando atribui o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o controle concentrado, quando só for atribuído ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial, admitindo-se neste último o controle de iniciativa do juiz e por iniciativa popular.

Segundo José Afonso (2014, p. 52), no Direito Constitucional Comparado reconhece três modos de exercício do controle de constitucionalidade, são eles:

- A) Por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso também chamado controle concreto;
- B) Por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular);
- C) Por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes.

Portanto, se verifica que o exercício por via de exceção se caracteriza como controle difuso e os demais no controle concentrado.

3.2 Controles de constitucionalidade na Constituição de 1988

Sobre influência do Constitucionalismo norte-americano, a constituição de 1891 acolheu o critério de controle difuso por via de exceção explicado anteriormente, o qual permaneceu nos textos constitucionais seguintes e continua a vigorar na Carta magna em vigência.

Porém ao longo dos anos, as constituições foram ampliando os mecanismos de controle de constitucionalidade e se distanciando cada vez mais do controle difuso puro e simplesmente, introduzindo critérios que se aproximaram do controle concentrado.

A constituição de 1934, fazendo permanecer o critério de controle difuso trouxe importantes modificações, que segundo José Afonso, essas modificações se incorporaram definitivamente no Direito Constitucional Brasileiro, a saber:

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art.7º , I, a e b), a regra de que só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva. (Id., 2014, p. 53)

Já a constituição de 1946, também trouxe modificações relevantes por meio da Emenda Constitucional 16 de 06/12/65, criando a modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, legitimando o STF para julgar e processar originariamente e deu mais providências, in verbis:

Estatuiu que a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do tribunal de justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a constituição estadual(art. 19). Esta última inovação não prosperou como previsto, mas a Constituição de 1969 instituiu a ação direta interventiva para a defesa de princípios da constituição estadual, promovida pelo Chefe do Ministério Público do Estado e de competência do Tribunal de Justiça (art. 15, §3º, d). (Id., 2014, p. 53)

A constituição de 1988 inseriu em seu texto constitucional a inconstitucionalidade por omissão prevista no artigo 103, §2º e estendeu a legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão.

Anteriormente, a legitimidade só era cabível ao Procurador-Geral da República. Portanto, hoje é legitimado o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da câmara dos deputados das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara dos Deputados das Assembleias legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, governador de estado e do Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O artigo 103 da Constituição Federal teve a sua redação dada pela emenda constitucional nº 45/2004, in verbis:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. (BRASIL, 1988).

Contudo, a emenda constitucional nº 3 de 1993 inovou com a ação declaratória de constitucionalidade conferindo ao STF a legitimidade para processá-la e julgá-la, alterando assim o artigo 102, vigorando com a seguinte redação:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL, 1988).

Contudo, o controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico é jurisdicional e misto, mesclando critérios de controle difuso e controle concentrado mantendo o mesmo padrão adotado pelas constituições de 1967 e 1969. A carta magna manteve, portanto a estrutura das constituições anteriores, porém acrescentou institutos como o mandado de segurança coletivo e ação civil pública usado para o controle difuso.

Neste sentido, aborda José Afonso:

À vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. A Constituição mantém a regra segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (artigo 97). (Id., 2014, p. 54)

O artigo mencionado por José Afonso alude que (BRASIL, 1998) “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

3.2.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

A grande discussão em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é que se determinada norma for declarada incompatível ela deverá ser considerada inexistente, nula ou anulável? A inconstitucionalidade por via indireta não irá anular e nem revogar a lei, esta continuará em vigor, até que o Senado Federal suspenda a execução no todo ou em parte desta lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, nos termos do artigo 52, X.

A declaração por via direta se comporta diferentemente da anterior, terá efeito de suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato.

3.3 Inconstitucionalidades do artigo 156 do CPP

3.3.1 Considerações iniciais

A lei 11.690/2008 trouxe uma nova redação ao artigo 156 do CPP, mas em virtude da leitura do artigo percebe-se que tal redação não trouxe nada de novo e sim contradições e retrocesso ao nosso processo, portanto vejamos a redação anterior e a nova redação do texto legal:

Art. 156. A prova da alegação **incumbirá a quem a fizer**; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (redação anterior) (negrito nosso)

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690 de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Analisando a redação do artigo verifica-se desde logo a contradição existente no próprio caput do artigo, pois este determina que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer mas facultando ao Juiz a produção de provas. Como bem se sabe a Constituição Federal atribui a função de acusação ao Ministério Público (Art. 129, I) e não ao Juiz, sendo a função deste último de julgar e resolver a lide de acordo com as provas produzidas nos autos, valorando cada uma delas.

A redação do artigo 129, inciso I, da Carta Magna e o artigo 257 do CPP é clara quanto às funções do Ministério Público, vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (BRASIL, 1988).

Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II - fiscalizar a execução da lei. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Portanto, verifica-se que o Magistrado, no dia a dia tem “furtado” a função do Ministério Público de acusador e tal premissa é confirmada com a redação do inciso II do

artigo 156 que como dito anteriormente não trouxe nada de novo e somente repetiu a redação anterior.

Nessa lógica, determinou o STF, atentemos:

O poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. (RIO DE JANEIRO, 1996)

Analisando o inciso I do referido artigo, podemos notar que também possui contradições, pois permite ao Magistrado “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.”. Primeira questão a ser levantada é como pode um Juiz aceitar uma denúncia com base em um inquérito em que ele participou e produziu provas? Segunda questão, é que a produção de provas deve ser feita nos autos sobre o crivo do contraditório e ampla defesa, justamente para permitir ao acusado de fazer a sua defesa, o que não acontece no inquérito policial, pois é um procedimento totalmente inquisitório onde o acusado é mero objeto do processo, portanto fere as garantias constitucionais do acusado.

A terceira questão a ser analisada é que o Juiz faz somente a função do Ministério Público como órgão acusador do processo penal como também se apropriou da função constitucional dada à polícia, vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988).

Neste mesmo sentido, no mesmo julgado do STF HC 73338/96:

Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. (RIO DE JANEIRO, 1996).

O sistema processual penal adotado pelo processo penal e pela Constituição Federal é acusatório, portanto as funções de julgar, acusar e defender são dadas a órgãos distintos, e diante dessa redação, desse retrocesso o Juiz tem administrado todas essas funções, como se ele já não tivesse trabalho suficiente julgando e resolvendo os conflitos presentes na ação penal. Ademais, o inquérito policial serve como base para proposição de uma futura ação penal, são os elementos colhidos para fundamentar o indiciamento e o aceite da denúncia pelo Magistrado.

Embasando esta premissa:

Os elementos probatórios colhidos na investigação prévia servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorado como provas; O exercício da jurisdição depende da acusação formulada por órgão diverso do juiz; Todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.(GRINOVER, Apud Sant' Anna, 2008).

Formando uma análise histórica do referido dispositivo, o Código de Processo Penal que vigora desde 03 de outubro de 1941 teve influência do Estado Novo, possuindo vestígios de um sistema ditatorial e inquisitório. Portanto em inúmeros dispositivos do CPP, e não tão somente no dispositivo supracitado objeto de estudo deste trabalho, possui resquícios de um sistema inquisitório onde o réu, acusado, indiciado ou investigado é mero objeto do processo

e permite uma da liberdade e discricionariiedade às autoridades judiciárias e policcias dentro do processo penal.

Contudo, analisando o caput do artigo 156 do CPP no qual diz que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, não achamos justo que o acusado tenha o encargo de provar as circunstâncias criminosas alegadas na ação penal, esta função cabe à acusação, é o Ministério Público em casos de ação penal pública ou ao querelante em ação penal privada, que possui o encargo de provar os fatos que iram ensejar em uma condenação criminal convencendo o Juiz da ilicitude e da culpabilidade do acusado. Cabe a defesa, em álibi dado pela acusação, alegar se houver, excludentes de ilicitude ou ausência da materialidade do crime e até mesmo ausência de culpabilidade. Seria um tanto contraditório se a acusação e a defesa fizessem o mesmo papel, o de provar as circunstâncias do crime.

Nesta linha de raciocínio, o mesmo julgado do STF:

Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). (RIO DE JANEIRO, 1996)

Conforme já mencionamos, a redação do artigo objeto de estudo deste trabalho não trouxe nada de novo além de contradições e retrocesso ao nosso Código de processo penal, o legislador perdeu a oportunidade de resolver as questões levantadas sobre este dispositivo muito antes da sua alteração, ele já era considerado inconstitucional tendo em vista a atuação ativa do Magistrado na produção de provas e a incompatibilidade deste dispositivo com a Constituição Federal e o sistema acusatório por ela adotado.

Se ao menos a justificativa da produção de provas antecipada julgadas como urgentes e relevantes produzidas antes mesmo da ação penal se desse pelo fato de que aquela determinada prova se não feita naquele momento pudesse desaparecer comprometendo assim o deslinde do processo e a busca da verdade real dentro do processo, seria viável tal alteração, mas ainda assim o Magistrado estaria praticando as funções do Ministério Público e da polícia judiciária.

O que se percebe com esse dispositivo é que ele foi afetado pelo sistema inquisitivo que o processo penal sofreu na época em que foi sancionado, o nosso Código de Processo Penal é de 1941 tendo 47 anos a mais que nossa Lei maior, que irá completar os seus 30 anos de vigência, portanto isso explica o fato do processo penal ser inquisitório e ser incompatível em vários aspectos com a Constituição Federal.

Alguns doutrinadores defendem tal conduta ativa do magistrado no processo penal, pois ele está apenas garantindo uns dos princípios basilares na ação penal, a busca da verdade real do processo.

Portanto, verifiquemos o entendimento do doutrinador Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves que defende o sistema misto, acusatório e inquisitório:

No sistema acusatório puro, a absolvição seria inevitável, isto é, por um mero engano do órgão acusador a sociedade ficaria a mercê de um criminoso de alta periculosidade. Em nosso sistema, entretanto, o magistrado, ao perceber a falha pode, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a oitiva de testemunha imprescindível. (REIS, 2014, p. 34).

Ora, se o Magistrado diante do inquérito policial, diante do interrogatório do acusado, da vítima e das testemunhas arroladas não conseguiu formar o seu convencimento sobre as circunstâncias do fato, deve este optar pela absolvição pela falta de indícios necessários, é o que determina o artigo 386, inciso VI do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência. (BRASIL, 1941).

Por outro lado, defendem a produção de provas pelo Juiz, pois se por ventura o Ministério Público esqueça-se de arrolar a própria vítima, e que por não ser arrolada não compareceu a audiência para ser inquirida e o Juiz poderá absolver o réu por não poder condenar este com base no descrito no inquérito policial. Com a devida vênia, mas o Ministério Público não necessita de arrolar a vítima pois esta não é uma testemunha, ela é

parte no processo e por isso pode ser ouvida sempre que possível para dirimir dúvidas sobre os fatos, nos termos do artigo 201 também do Código de processo penal, in verbis:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (Negrito nosso).

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Contudo, não há porque defender uma conduta ativa do Magistrado dentro do processo, pois a lei te dá inúmeras brechas para que possa corrigir qualquer erro que tenha por ventura cometido o órgão acusador, sendo totalmente incompatível tal redação.

3.4 Contradições com o sistema acusatório

Sistema acusatório adotado pela Constituição Federal implicitamente é o que vige no nosso ordenamento jurídico, o qual já foi falado anteriormente sobre como funciona e suas características, mas cabe aqui lembrar as mais importantes, como por exemplo, as funções de julgar, acusar e defender que não se acumula em uma única pessoa, cada órgão tem a sua

função o que garante a imparcialidade no processo. No sistema acusatório se admite ainda o contraditório e ampla defesa, e na ação penal o acusado não é tratado como um mero objeto da lide, as partes possuem direitos iguais, sem nenhum tratamento diferente.

Diante das características expostas do sistema acusatório é nítida a incompatibilidade do sistema acusatório com a produção de provas exercida pelo Juiz. A produção antecipada de provas e produção de provas ordenada pelo Juiz dentro da ação penal trouxe a figura do Juiz-inquisidor, e com ele a violação do princípio da imparcialidade como também do sistema adotado pela Lei maior.

O artigo 156 do CPP sempre foi objeto de discussões sobre sua inconstitucionalidade ou não, e o Legislador perdeu uma grande oportunidade quando realizou sua alteração em 2008 de resolver todos os conflitos que permeavam tal dispositivo.

Uma parcela da doutrina defende a instrução probatória pelo Juiz, fundamentando nos princípios da verdade real do processo e do impulso oficial, alegando ainda que em eventual erro do órgão acusador poderia o Juiz agir de ofício para sanar o vício, o que com a devida vênia, se trata de um equívoco, pois como já demonstrado o Magistrado possui inúmeros mecanismos para dirimir qualquer dúvida que ocorra sobre as circunstâncias do crime e erros cometidos pelo a acusação, não necessitando o Magistrado agir de forma ativa dentro do processo e fazendo leis entre as partes.

Por outro lado, tem os doutrinadores fielmente defensores do sistema acusatório adotado pela Constituição, e resguardam que qualquer norma, princípio, ato ou lei que contrarie o sistema acusatório é incompatível com a Lei maior e trata-se de um ato atentatório contra os preceitos, direitos e garantias fundamentais dispostas na Carta Magna.

3.5 Princípios constitucionais infringidos

A constituição Federal em seu artigo 5º determina que o acusado em ação penal seja inocente até que se prove o contrário, tal preceito se caracteriza como a presunção de inocência, principio basilar do direito constitucional e penal.

Pelo princípio da presunção de inocência o acusado é inocente até a condenação transitada em julgada, neste sentido é a redação do artigo 5º, inciso LVII da Lei maior:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; .(BRASIL, 1988).

Entretanto, se o Juiz de forma ativa dentro do processo produz provas no próprio inquérito policial, antes mesmo que aja um processo para julgar as circunstâncias do crime, sua materialidade e autoria, não estaria ferindo o princípio da presunção de inocência? Acreditamos que sim. Primeiramente, o Juiz não é um órgão acusador, não é ele quem deve provar que o réu é culpado. Segundo, que não pode o magistrado, tendo dúvidas sobre a autoria do delito produzir provas no próprio inquérito policial, procedimento este totalmente inquisitório, com a única justificativa da busca da verdade real do processo.

Nesta linha de raciocínio, vejamos:

Verdade é que vemos na prática do foro muitos magistrados que atuam de forma a suprir a deficiência probatória das partes. Isso provoca na doutrina diferentes reações, que variam desde a proposta de inconstitucionalidade do dispositivo, na parte em que autoriza tais diligências pelo juízo, até a essencialidade do texto para que se assegure um julgamento justo ao réu. (AMORIM, 2008.)

Como justificar a conduta de um magistrado, que sabendo que no processo penal vigora o princípio do *in dubio pro réu*, que na dúvida sobre a autoria do crime e a materialidade do crime, deve absolver o acusado como prevê a redação do artigo 386, inciso IV do Código de Processo Penal, mas determina a produção de provas? Não há dúvidas, que este é totalmente parcial.

E em se tratando de parcialidade, não precisamos aqui esclarecer que o magistrado indo totalmente ao contrário do princípio do *in dubio pro réu*, está sendo parcial e neste sentido está ferindo o princípio da imparcialidade do Juiz? Diante de tais circunstâncias, ficou claro a violação de tal disposição.

Portanto, o Magistrado na ação penal, deve analisar todas as provas nos autos disponíveis, valora-las e com muito cuidado, afim de que resolva a lide, e se assim entenda este que as provas não são suficientes para uma condenação, absolva o réu, pois agindo de forma diversa estará ferindo o princípio da presunção de inocência. O que deve ficar claro aqui, é que excepcionalmente, o Magistrado criminal está decidindo sobre a vida de alguém, sobre seu direito à liberdade, seu direito de ir e vir, e por ventura, se ele condenar um inocente, indenização nenhuma será capaz de resgatar o tempo que este cidadão perdeu.

O princípio da oficialidade ou do promotor natural, também é violado, pois assim dispõe o artigo 129, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988) “são funções institucionais do Ministério Público: I- promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei”. [...]

Portanto, cabe à acusação demonstrar a culpabilidade do acusado e não ao Juiz, portanto o magistrado tem se apossado da função do Ministério público e não só a deste órgão como também da polícia judiciária, quando este produz prova no próprio inquérito policial de competência desta.

A vista disso é o entendimento do STJ proferido em um HC pelo Min. Paulo Medina:

O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica **inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação**, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal. (BRASÍLIA, 2007)

Portanto, conforme o entendimento do STJ verifica-se que o processo penal é instrumento de garantias de uso do poder do Estado. A conduta ativa do magistrado estaria por corromper todas essas garantias e os princípios da imparcialidade, do juiz natural e do promotor natural, da presunção de inocência, da iniciativa das partes, o princípio do contraditório e ampla defesa, tendo em vista seu comportamento inquisitivo, violando ainda o sistema penal acusatório, afrontando ainda o Estado democrático de Direito.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente é importante ressaltar que um magistrado que se comporta de maneira positiva ao que é disposto ao artigo 156 do Código de Processo Penal, está praticando o ativismo judicial, pois este se comporta de maneira ativa dentro do processo, ele deixa de ser provocado pelas partes e começa a fazer Leis dentro do processo penal, ultrapassando as funções estabelecidas para o poder judiciário dado pela Constituição Federal.

O nosso código de processo penal, por ser um código antigo e arriscamos a dizer até ultrapassado, possui muitos resquícios de um sistema inquisitório onde o Juiz é a peça principal do quebra cabeça, é ele quem julga, é ele quem acusa, é ele quem produz prova, é ele quem condena, portanto o CPP permite essa conduta ativa do magistrado no processo penal. Abordamos aqui o disposto no artigo 156, mas podemos citar inúmeros dispositivos que confirma esta premissa, como por exemplo, os artigos 385, 28, 265, 383, 384 do Código de Processo Penal:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941).

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (BRASIL, 1941).

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). (BRASIL, 1941).

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (BRASIL, 1941).

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo ao órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719 de 2008)

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719 de 2008)

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. (BRASIL, 1941).

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. (Incluído pela Lei nº 11.719 de 2008)

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (BRASIL, 1941).

Esses dispositivos são só alguns dos vários que permite uma conduta ativa e inquisitória do Magistrado, fica claro, portanto que o Código de Processo Penal, é também um processo inquisitório, (o que é inadmissível) e por isso justifica tantas incompatibilidades com o sistema acusatório, o que não significa que por ser justificável seja aceitável, pois deve o Código de Processo Penal adequar-se e amoldar-se junto a Constituição de 1988, a nossa carta magna cidadã.

Ressalta-se que o conceito de Ativismo Judicial não se limita a uma conduta ativa dentro do processo penal, o ativismo judicial surge quando o Poder Judiciário extrapola os limites estabelecidos a ele pela Lei maior. Nos dias atuais, além de ter um Poder Judiciário que decide, julga e resolve lides, temos um Poder Judiciário que **legisla**.

Não é estranho a todos nós vermos decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal irracionais, que mais parece o Poder Legislativo editando leis e fazendo leis entre as partes, causando até uma insegurança frente à população que não confiam no Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos, e é comum ver expressões populares no sentido de que o STF se tornou o quarto poder do Estado democrático de Direito.

No conceito de Elival da Silva Ramos “ativismo judicial reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa [...]” (2010, p.107 apud SILVA, 2018, p.6)”. Reporta-se de uma incompatibilidade com o princípio da separação de poderes, pois o Poder judiciário extrapola seus limites indo em direção ao governo e suas funções.

Segundo André Garcia Xerez Silva (2018, p.6) “sua origem é atribuída aos Estados Unidos, a partir do emblemático caso de *Marbury vs Mandison*, inaugurando a doutrina do *judicial review*, ou seja, a possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário dos atos abusivos dos outros Poderes”

Portanto, o poder judiciário tem se valido de uma postura ativa, não só em relação ao que de fato é da sua competência, mas interferindo em atos de outros poderes com a justificativa de ser guardião da carta magna.

4.1 Ativismo Judicial e pós-positivismo

O pós-positivismo surgiu com o fracasso do jusnaturalismo e do positivismo que adotavam uma teoria na qual deveria se levar em conta somente a norma, o texto de lei em si, sem espaços para interpretações, jurisprudências e hermenêutica. Os cientistas eram presos ao texto da lei e a partir dela que se resolviam os conflitos existentes, pois para eles moral, lei e ética não se confundiam.

Neste sentido, preceitua André Garcia Xerez Silva:

O advento da teoria pós-positivista na academia e nos tribunais, muito embora amplamente anunciado como realidade, ainda carece de um maior debate acadêmico. Consistiria, supostamente, na superação do positivismo cujas premissas agrilhoavam os julgadores a uma análise rigorosamente formal da lei, sem espaço para maiores reflexões axiológicas, uma vez que o direito e a moral não se confundiam. Como resposta ao jusnaturalismo até então relegado ao discurso dos

mais românticos, o positivismo adquiriria uma nova dimensão, que, por sua vez, buscava aliar tanto a norma como os valores morais como fontes do direito para pautar a atividade jurisdicional. (SILVA, 2018, p.7).

Portanto, o pós-positivismo se trata da junção da norma, do direito com a moral, surgindo daí a força normativa existente nos princípios. A teoria do pós-positivismo se atenta em dar caráter normativo aos princípios existentes no nosso ordenamento jurídico, neste sentido, princípio e norma tem o mesmo peso dentro do Direito. Toda conduta deve ser avaliada considerando não somente a norma como também sobre o crivo dos princípios.

Se antes o Magistrado ao julgar um caso concreto se restringia somente a legalidade do fato, nos dias atuais ele também deve analisar a sua juridicidade. Nesta linha de raciocínio afirma André Garcia Xerez Silva que “a constitucionalização dos demais ramos do direito e a encampação da doutrina pós-positivista implica em mudança do paradigma até então vigente, pois doravante uma ilicitude estaria configurada também por desrespeitar princípios da ordem jurídica.” (2018, p. 7). O que seria até pior do que infringir uma norma, pois infringindo um princípio estaria agindo contra todo um sistema de aplicação das normas.

A grande questão do pós-positivismo é a abertura dada aos princípios, pois nos dias de hoje os princípios tem mais força normativa do que a própria lei. Acontece que dentro do ordenamento jurídico temos uma vasta gama de princípios que são usados para fundamentar decisões tomadas pelo Judiciário, princípios até descobertos pelos próprios magistrados quando da análise do caso concreto, o que dá uma margem maior de interpretações e de aplicabilidade da lei.

Nessa linha, ilustríssimo doutrinador Humberto Ávila, ensina:

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos pelo caráter hipotético-condicional, pois, para eles, as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predetermina uma decisão, sendo aplicadas ao modo se, então; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto. (AVILA, 2005, p.40)

Daí o porquê de grande parte de doutrinadores criticarem o uso irracional dos princípios, pois estes dá uma abertura maior para a aplicação da lei. Não existe um limite imposto para o uso dos princípios dentro do direito, fazendo com que o Magistrado venha a criar leis, com a justificativa de que as leis postas a disposição deste para julgar o caso concreto são insuficientes e cheia de lacunas.

Nessa perspectiva, aborda Dworkin:

Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. (...) É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. (DWORKIN, 2010, p. 55 apud SILVA, 2018 p.9).

E é aqui que nasce o Ativismo Judicial, na discricionariedade que Poder Judiciário possui quanto ao uso demasiado e irracional dos princípios existentes no ordenamento jurídico, com a única justificativa de que as leis dispostas são insuficientes para conseguir com base nelas julgar o caso concreto. Deve haver um limite quanto ao uso desses princípios, pois é evidente que os princípios são importantíssimos para garantir os nossos direitos, principalmente os direitos estabelecidos pela Constituição Federal, o que não deve acontecer é o uso desvairado dos princípios normativos para justificar uma conduta ativa dentro do processo e justificando ainda as decisões prematuras do Supremo Tribunal Federal.

E a maior consequência do uso desvairado dos princípios é a vulnerabilidade exposta ao direito e a insegurança jurídica das leis, e sobre a aplicabilidade dos princípios aduz Dworkin:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos, cada um deles podendo ser, em princípio elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. (DWORKIN, 2010, p. 60 Apud SILVA, 2018, p. 10).

Neste mesmo sentido, aborda André Garcia Xerez Silva:

A necessidade de racionalizar tal modalidade de discricionariedade em um modelo de regras e princípios se faz premente a fim de garantir a sobrevivência da autonomia científica do direito e de encontrar limites para a interpretação judicial. O uso retórico de princípios e a anarquia interpretativa resulta no abalo da separação dos poderes e na tirania do Judiciário. (Id., 2018, p. 10)

Se a conduta ativa do Poder Judiciário for admitida, de nada adianta ter disposto na Constituição Federal o controle de constitucionalidade, pois a determinação deste na lei maior se justifica segundo Ely porque “quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo” (ELY, 2010, p. 13 apud SILVA, 2018, p. 10)

Por fim, se este controle é feito pelos Juízes, sem a égide da Constituição Federal, com o uso irracional e demasiado dos princípios, será necessário que se faça uma análise da conduta jurisdicional para que esta não traga problemas maiores ao Estado Democrático de Direito.

5 PODER LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E A FRAGILIDADE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Em 2012 a Comissão de Constituição e Justiça da câmara aprovaram a PEC 03/2011 que dá ao Congresso Nacional autonomia para sustar os atos normativos do Poder Judiciário. Um ano depois, a mesma Comissão de Constituição e Justiça aprovaram a PEC de nº 33 que dá ao Congresso Nacional o poder de derrubar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre emendas constitucionais.

A PEC de nº 03 tem como objetivo dar nova redação ao artigo 49 da Constituição Federal, determinando a competência exclusiva ao Congresso Nacional de sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Tal previsão já existe nesse mesmo artigo, no inciso V, mas se limita somente ao Poder Executivo.

A justificativa dessa alteração no texto constitucional tem se dado pela conduta ativa do Poder Judiciário e em razão do mencionado artigo 49 da Carta Magna ter previsto que é de

competência do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes.

Vejamos a previsão legal do artigo 49 e seus incisos:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneça temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - **sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (Negrito nosso)**

VI - mudar temporariamente sua sede;

VII - fixar idêntica remuneração para os Deputados Federais e os Senadores, em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VIII - fixar para cada exercício financeiro a remuneração do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - **zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; (negrito nosso)**

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Já a proposta da PEC de nº 33 tem o objetivo de reduzir os poderes do Supremo Tribunal Federal, alterando assim três artigos da Constituição Federal, como por exemplo, o artigo 97, exigindo que para o Supremo Tribunal Federal determine a inconstitucionalidade de uma lei necessários os votos de quatro quintos dos membros dos tribunais e também em ações que diz respeito à legalidade de emendas à Constituição Federal, a decisão do Supremo não será mais decisiva, e, portanto depois do julgamento do STF remeteria os autos ao Congresso Nacional para decidir se concorda ou não com a decisão e não concordando o assunto irá a plebiscito.

Trata-se, portanto de um limite imposto à atuação do Poder Judiciário quanto ao seu exercício, por meio do controle de constitucionalidade que é exercido por este. Ficando o poder judiciário, totalmente a mercê das decisões do Congresso Nacional. Fica evidente a fragilidade do principio da separação dos poderes, e o embate que tem tido os três poderes da república numa tentativa de controlar os atos de uns aos outros, que certamente irá se restar em frustração.

Diante mão, é necessário deixar claro que não aprovamos a conduta ativa do Poder Judiciário, mas com a aprovação das PECS 03 e 33 no sentido de mudar este cenário só ira reverter os papeis, pois será o Poder Legislativo que irá interferir na atuação dos outros poderes. O que não resolve a crise enfrentada destes e só agrava a afronta ao principio da separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito, visto que o principio da separação dos poderes tem o objetivo de equilibrar a atuação de cada um para que nenhum se sobreponha ao outro e para que o poder não se concentre em um só.

Neste sentido aborda Ferreira Filho:

À luz da experiência, porém, essa concentração aparece inconveniente para a segurança do indivíduo, por dar a alguém a possibilidade de fazer de todos os outros o que lhe parecer melhor, segundo o capricho do momento. Embora tenha ela a vantagem da prontidão, da presteza de decisões e de sua firmeza, jamais pode servir à liberdade individual, valor básico da democracia representativa. (FILHO FERREIRA, 2009, p. 134 apud WORM; VIEIRA, 2018, p.3)

Esse equilíbrio dos três poderes é justamente o fato de que cada um tenha a sua função típica e atípica pré-determinada pela Constituição Federal. A separação dos poderes é prevista no artigo 2º da Lei maior e é caracterizado como clausula pétrea no artigo 60, §4º, inciso III. Na pratica isso não tem funcionado bem, pois é um poder tentando se sobressair ao outro. Não será através de um poder político que irá se restabelecer a harmonia entre estes. Não é

fazendo inúmeras emendas a sido usadas justamente para interesses particulares dos próprios poderes para antepor um poder em detrimento do outro.

Nesta linha de raciocínio André Garcia Xerez Silva, aduz:

“Todavia, o controle que há de existir deve ser hermenêutico-científico e não político. O controle e a fiscalização dos atos do Supremo deve ocorrer no âmbito doutrinário e acadêmico por meio de uma sólida construção científica de uma teoria do direito adequada à realidade brasileira a fim de determinar os limites da interpretação e uma rigorosa fundamentação. Uma primeira baliza que deve ser absorvida pelos intérpretes da Constituição é a necessária conexão entre texto e norma. (Id., 2018, p.13)

Portanto é necessário que se faça um controle hermenêutico, tendo em vista que dar competência ao Congresso Nacional para regular os atos do Poder Judiciário não é a melhor saída, visto que esse também goza de autonomia na sua atuação normativa, e permitindo este controle por parte do Congresso Nacional só estaria invertendo os papéis, continuaríamos a vislumbrar condutas ativas dentro do ordenamento jurídico, o cenário seria catastrófico.

Neste mesmo sentido ainda:

“Por outro lado, é evidente que nenhum Poder da República deve escapar de critérios de controle, inclusive o próprio órgão responsável pelo controle. Por isso, a defesa em favor da independência do Poder Judiciário não deve significar a possibilidade de decisões judiciais arbitrárias e amparadas apenas em convicções pessoais do Magistrado. (Id., 2018, p. 17)

Vale ressaltar que as PECS de nº 03 e 33 hoje se encontram arquivadas no Congresso Nacional, pois de acordo com o regimento interno da Câmara dos Deputados em seu artigo 202, o Presidente “designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição”, ocorre que ainda não foi designada tal comissão e a tramitação da PEC está suspensa.

Contudo, a teoria do pós-positivismo ainda é prematura e necessita de discussões a cerca dela, mas é evidente que tal teoria é a medida exata para restabelecer a harmonia entre os poderes, a sua autonomia e para que ainda impeça uma conduta ativa de ambos, impedindo o ativismo jurisdicional. Portanto, deve haver um controle hermenêutico e princípio lógico. Não se devem usar os princípios de forma desvairadas para fundamentar decisões equivocadas, deve haver uma harmonia entre norma e princípio, e toda aplicação da lei deve antes passar pelo crivo da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o objetivo deste trabalho foi abordar a conduta ativa do Poder Judiciário, desde Magistrado até ao Supremo Tribunal Federal e as consequências desse ativismo na democracia, no Estado Democrático de Direito. Analisando esse ativismo da perspectiva do Código de Processo Penal e da Constituição Federal.

O Código de Processo Penal está em desconformidade com a Lei maior, tendo em vista que o Código vigora desde 1941, de lá pra cá houve mudanças, saímos de um cenário ditatorial para uma democracia, em virtude disto criou-se a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, prevendo direitos e garantias jamais vistas anteriormente.

Portanto se faz necessário a discussão sobre as inconstitucionalidades nele prevista sobre a nuance da Carta Magna.

Vivemos em uma era onde a democracia está fragilizada e sofre grandes ameaças, por isso se faz necessário à discussão acerca dos princípios estabelecidos pela Lei maior e sobre a supremacia desta perante qualquer outra norma. Parece loucura dizer, mas se não frisarmos a importância em seguir os preceitos estabelecidos pela Carta Magna será a mesma coisa que da abertura para um sistema inquisitivo e até ditatorial. A Constituição Federal completa seus trinta anos, e parece muito tempo, mas não é, a ditadura imposta a sociedade antes da Constituição de 1988 ainda é recente, não é um cenário difícil de imaginar. E admitir condutas ativas dos representantes dos poderes da república é entregar a Constituição para estes rasgarem e fazer o que bem entenderem.

Faz-se necessário que mostrem que a Constituição Federal é a voz do povo, os direitos ali estabelecidos são frutos de lutas e mais lutas deste povo. Se hoje podemos discutir diversos temas e expor nossas contrariedades em face destes é porque há democracia e se há democracia é porque houve um povo que saiu as ruas e através de suas lutas construíram uma Constituição cidadã.

Seria triste depois de tantos anos para se conseguir o mínimo de direitos a todos os cidadãos, deixar que, numa briga acirrada entre os três poderes pra saber quem manda mais, rasguem a Carta Magna e sapateiem no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto**. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>> Acesso em: 05 de outubro. 2018.

AMORIM, Pierre Maior Coutinho de. **O novo art. 156 do Código de Processo Penal**. Um museu com grandes novidades. Jus navegandi, Teresina, ano 13, n 1960, 12 nov. 2008.) disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/11955/o-novo-art-156-do-codigo-de-processo-penal>> Acesso em: 30 de setembro de 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3807026/humberto-avila---teoria-dos-principios---da-definicao-a-aplicacao-dos-principios>> Acesso em 04 de outubro de 2018.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 27.684. Rel. Paulo Medina. Distrito Federal, Brasília, 15 de março de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300488230&dt_publicacao=09/04/2007> Acesso: 30 de Setembro de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre o juiz e Ministério Público - Seus limites**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 40, p. 91-104, out./dez. 2002. Apud ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema Processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?**2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em: 05 de outubro.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9ª Ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11ª Ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Apud SILVA, André Garcia Xerez. 2018. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ce5193a069bea027>> Acesso em: 04 de outubro de 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73.338. Rel. Celso de Mello. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 13 de agosto de 1996. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28O+PODER+DE+ACUSAR+SUPOE+UM+DEVER+ESTATAL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd6ucjte>> Acesso em: 30 de setembro de 2018.

SANT'ANNA, Giselle Maria Santos Pombal. **Crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1755, 21 abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11155>>. Acesso em: 5 out. 2018.

SILVA, Gilmaro Geraldino. **Inconstitucionalidades das provas ex officio pelo juiz**. 2010. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5750/1/PDF%20-%20Gilmaro%20Geraldino%20da%20Silva.pdf>> . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

WORM, Naíma; VIEIRA, Murilo Braz. **Separação dos poderes e o impacto da PEC 33/2011 nas relações entre poderes Legislativo e Judiciário**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b0d8489c8695e1b8>> Acesso em: 05 de outubro de 2018.