

**O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO
JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA¹**
*THE JUDICIAL CONTRADITORY AND THE PRODUCTION OF CRIMINAL EVIDENCE
BY THE JUDGE IN SUPRAINDIVIDUAL/ECONOMIC CRIMINALITY*

Luciano Santos Lopes

Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Advogado e Conselheiro Efetivo da OAB/MG; Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG. Minas Gerais (Brasil).

E-mail: luciano@lucianolopes.adv.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3868466550046504>.

Luiz Felipe Paschoal Prudente

Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos (2022). Especialista em Ministério Público Constitucional: estrutura e atuação efetiva, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG). Bacharel em direito pela Faculdade Milton Campos (2019). Advogado. Minas Gerais (Brasil).

E-mail: luizfelipe.paschoal96@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2524341735216014>.

Submissão: 07.05.2021.

Aprovação: 02.04.2024.

RESUMO

O objetivo precípua desse trabalho é analisar a (im) possibilidade da produção probatória pelo julgador, levando em consideração a opção Constitucional do Sistema Processual Acusatório, dentro de um estudo específico do Direito Penal Econômico e a subjacente criminalidade supraindividual. Para tanto, será realizada uma reflexão sobre as complexidades desse novo modelo de Direito Penal correlacionado à atividade econômica e a consequente dificuldade probatória. Em seguida, será estudada a finalidade do processo penal com supedâneo na sua concepção constitucional que fundamenta a eleição do sistema acusatório e, ainda, possibilita uma melhor cognição acerca da importância do contraditório na formação da convicção (imparcial) do juiz. Para além de conceituações, serão apontadas as consequências dessa noção de processo para a atuação do magistrado na instrução criminal, especialmente no tocante à mencionada criminalidade econômica, nunca perdendo de vista os ideais do Estado Democrático de Direito de forma que, somente assim, vislumbra-se um papel constitucionalmente harmonioso para o julgador, garantindo às partes todos os direitos e garantias que lhes são inerentes.

¹ Este texto é produto parcial da investigação desenvolvida pelos autores (Orientador e Orientando) no Grupo de Pesquisa “A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção punitiva”, desenvolvido na Faculdade de Direito Milton Campos – MG (que envolve pesquisadores do Programa de Mestrado e da Iniciação Científica na Graduação).

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade Supraindividual/Econômica; Produção Probatória; Sistema Processual Acusatório.

ABSTRACT

This work's main goal is to analyze the (im) possibility of criminal evidence production by the judge, taking into account the Constitutional option of the Accusatory Procedural System (adversarial system), within a specific study of the Criminal Economic Law and the underlying supraindividual criminality. To do so, a reflection will be carried out on the complexities of this new type of criminal law correlated to economical activities and the consequent difficulty in producing evidence. Then, the purpose of the criminal procedure will be studied with support in its constitutional conception that bases the election of the accusatory (adversarial) system and, also, allows a better cognition about the importance of contradictory (adversary) in the formation of the judge's (impartial) conviction. Beyond conceptualizations, the consequences of this procedure notion for the magistrate's performance in criminal instruction will be pointed out, especially regarding the mentioned economical criminality, never losing sight of the Democratic State of Law (democratic rule of law) in a way that, only so, a constitutionally harmonious role for the judge is envisaged, guaranteeing to the parties all the rights and guarantees inherent to them.

KEYWORDS: *Supraindividual/Economic Criminality; Production of Criminal Evidence; Accusatory Procedural System.*

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende analisar a produção probatória, possível e desejável, no contexto da criminalidade supraindividual. Este é o tema central a ser enfrentado, em resumo.

Nesse sentido, é preciso definir o recorte epistêmico escolhido.

O caminho argumentativo se inicia com a definição, e contextualização político-criminal, da criminalidade supraindividual. Isto, porque a abordagem processual que seguirá terá como limite a produção da prova especificamente neste modelo de criminalização.

Certo é que, devido às suas específicas características conceituais, esta moderna criminalidade apresenta algumas dificuldades probatórias, no cenário procedimental penal.

Em seguida, e como premissa necessária, será necessário compreender qual é a finalidade do processo penal e a importância do princípio do contraditório, analisados sob a perspectiva do devido processo legal, em um estado democrático de direito.

A partir destas necessárias definições, passa-se a refletir sobre as limitações ao poder probatório do magistrado, face ao seu papel no sistema de justiça penal. Certo é que, pelo viés do sistema processual penal acusatório adotado pela constituição, faz-se necessário respeitar o contraditório judicial, como parte inseparável do argumento conceitual do sistema acusatório.

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

Assim, algumas perguntas (entre outras tantas) precisam de respostas mais coerentes: qual o valor e a finalidade da produção probatória, em um procedimento respeitador do sistema acusatório? E, neste sentido, como deve agir o magistrado, no que diz respeito à possibilidade de produção de provas de ofício?

As respostas, ou antes, as reflexões e problematizações a serem apresentadas serão condicionadas pelo objeto de apuração judicial, antes destacado: a criminalidade supraindividual.

Discute-se, portanto, a função da prova como método de convencimento e como sua análise deve ser feita pelo juiz que conduz o processo. Mais ainda, analisam-se as possibilidades, necessidade e limites à produção da prova no que concerne à criminalidade supraindividual.

A perspectiva teórico-metodológica que se utiliza neste ensaio é aquela denominada jurídico-dogmática (Gustin; Dias, 2006). Será aplicada, portanto, a metodologia lógico-dedutiva, com exame da doutrina especializada e da legislação pertinente.

É o estudo que se segue.

2 UMA PREMISSE: A CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL, SUAS COMPLEXIDADES E A DIFICULDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA

A contemporaneidade apresenta cenários complexos quando se tenta definir os limites da intervenção penal, face à criminalidade supraindividual. Trata-se de uma difícil abordagem político-crimal, com variáveis ontológicas e axiológicas de diversas matizes.

E, pode-se inclusive aceitar a premissa que, de início, já é complicada a conceituação do que venha a ser essa criminalidade supraindividual. Isto, porque a problematização parte de uma definição essencial, acerca da transição da “modernización de la tradición” para a “modernización de la sociedad industrial” (Beck, 1998, p. 17)².

Neste contexto, conforme Lopes e Barbosa interpretam a obra de Beck, pode-se afirmar que:

² “Este concepto no implica (como el adjetivo «reflexivo» podría sugerir) reflexión sino (en primer lugar) autoconfrontación. La transición desde el período industrial de la modernidad al período de riesgo ocurre de forma no deseada, no percebida y compulsiva, como consecuencia del dinamismo autonomizado de la modernización, siguiendo la pauta de los efectos colaterales latentes. Prácticamente puede decirse que las constelaciones de la sociedad del riesgo se producen debido a que las certezas de la sociedad industrial (el consenso para el progreso o la abstracción de los efectos y peligros ecológicos) dominan el pensamiento y las acciones de personas e instituciones en la sociedad industrial” (Beck, 2001, p. 19)

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

[...] a globalização e a complexidade das relações interpessoais influenciam a construção de um modelo sociológico de sociedade. Como afirma Beck, ‘estar en riesgo es la manera de estar y de gobernar en el mundo de la modernidad; estar en riesgo global es la condición humana del comienzo del siglo XXI (Beck, 2007, p. 6 Apud Lopes, Barbosa, 2015, p. 306).

A recepção desta denominada sociedade de riscos implica em igualmente admitir a necessidade de um redimensionamento de riscos, que podem ser endógenos (produzidos pelos seres humanos), ou exógenos (fenômenos naturais).

Riscos que, a cada vez mais, tornam-se imensuráveis, posto que imensuráveis também são as possibilidades deste modelo globalizado de relações socioeconômicas. Conforme Silveira (2003), há algumas características que condicionam esse modelo social pensado por Beck, a partir da percepção de riscos verificáveis: há a antecipação da atuação social para a prevenção do risco; percepção de insegurança endêmica; pânico midiático; sociedade que flerta com o individualismo; entre outras características.³

E há mais.

Conforme Beck, não se trata de uma escolha a adesão à sociedade de riscos. Trata-se de um automático processo de adaptação ao modelo global de relações sociais. Contudo, “[...], estos procesos producen amenazas que cuestionan y, finalmente, destruyen los fundamentos de la sociedad industrial” (2007, p. 20).

Adiante, esta sociedade ansiosa, insegura, individualista e altamente preventista, tende a buscar a solução do sistema de justiça penal, para a resolução dos problemas oriundos deste modelo social aqui apresentado.

O direito penal passa, portanto, e de forma inadequada, a perder gradativamente a sua característica de *ultima ratio*, com aplicação subsidiária.

Há uma sua adaptação ao contexto social contemporâneo. E, neste movimento continuamente realizado, percebe-se claramente a migração da tutela penal, antes focada predominantemente na proteção de valores individuais, em uma concepção ligada à teoria pessoal do bem jurídico (Hassemer, 1989).⁴

Certo é que a teoria do bem jurídico precisou se reorganizar diante destas novas premissas sociais que solicitam intervenções penais (Lopes, Barbosa, 2015). A tutela penal

³ Giddens (2001) trabalha também com a ideia de que pode haver uma compulsão que tende a reduzir a autonomia das decisões tomadas; entre outras tantas consequências, diretas e implícitas.

⁴ “A teoria de Hassemer parte do pressuposto de que, se pessoal é a responsabilidade penal do réu, pessoal também deve ser a violação produzida pela conduta penalmente proibida, sendo esse o critério a que está condicionada a admissão de bens jurídicos” (Badaró, 2017, p. 71).

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

passa a ganhar (mesmo que, em parte considerável das vezes, de forma inadequada) ares prevencionistas e antecipadora da proteção requisitada.

E, “neste contexto social, surgem as tutelas penais especiais: economia, meio ambiente, consumidor, tributária, etc” (Lopes, Barbosa, 2015, p. 307).

Portanto, é perceptível que o Estado procurou se adequar às mudanças sociais, atualizando as estratégias de enfrentamentos a que se presta, como é o caso da criminalidade correlacionada à ordem econômica.⁵

Pode-se afirmar que o cenário de intervencionismo econômico, por parte do Estado, trouxe junto a tutela penal com caráter de supraindividualidade (Jordace, 2017). E a proteção da ordem econômica ganha destaque neste novo cenário.

Segundo Silveira, o Direito Penal Econômico, em sentido estrito, é “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, tida como regulação jurídica do intervencionismo estatal” (2006, p. 25).⁶

E, diante desse novo cenário da tutela penal, surge a necessidade de reestruturação do aparato probatório estatal, em face da maior complexidade encontrada no âmbito da criminalidade econômica.

Tais reestruturações impactam de forma ainda mais intensa na reflexão acerca da demanda por transformação nas estruturas processuais, que tratam de organizar a dialética entre a atuação punitiva estatal e a necessária garantia dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

Certo é que o processo penal deve operar as garantias do exercício de cidadania, sendo este um paradigma constitucional intransponível.

Mas, pensa-se, esta transformação não pode causar rupturas nas estruturas principiológicas do processo penal, que a passos lentos busca se amparar na necessária constitucionalização da justificativa de intervenção punitiva.

Em outras palavras, as conquistas garantistas históricas não podem ser desprezadas, ao argumento de que o contexto social não mais admite a proteção humanisticamente conduzida (que, por vezes e equivocadamente, é confundida com impunidade).

⁵ Que surge a partir da função regulatória, e mesmo interventora, do Estado na Economia (migração do Estado Liberal para o *Welfare State*).

⁶ Uma advertência. Neste ensaio parte-se da concepção de que o Direito Penal Supraindividual (e, portanto, também o Direito Penal Econômico – este é espécie daquele) não tem plena autonomia principiológica em relação à tutela penal clássica. Há mudanças dogmáticas relevantes, e mesmo político-criminais. Mas a ordem principiológica que inspira ambas intervenções punitivas é única e respeitadora da ordem constitucional. Neste sentido: “E estas alterações de premissas protetivas acarretaram uma nova estruturação normativa da tutela penal. Ressalte-se, todavia, que se toma como premissa a opinião de que o Direito Penal Econômico não tem uma plena autonomia principiológica em relação à matriz liberal da intervenção punitiva (RIGHI, 2000, p 41 e ss.)” (Lopes; Franco, 2013, p. 5).

Contudo, a estrutura processual penal, em determinadas situações caminha rumo a um claro estado policaiesco.

A proposta hermenêutica aqui apresentada passa por compreender as necessidades protetivas desta dita sociedade de riscos (com a tutela da supraindividualidade), bem como por entender as dificuldades probatórias que este modelo de criminalidade apresenta.

3 AS FINALIDADE DO PROCESSO PENAL, O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A CONVICÇÃO DO JULGADOR

Continuando o argumento com que se finalizou o tópico anterior, é necessária a determinação de limites procedimentais na produção da prova almejada. Tudo isso baseado na concepção de processo penal constitucional, oriundo de um estado democrático de direito.

Então, é importante pensar sobre a finalidade do processo penal, antes de apresentar definições conceituais outras. Isso, porque estes conceitos (contraditório, etc.) recebem tonalidades argumentativas um tanto distintas quando se determina o afastamento da perspectiva instrumentalista (do processo penal)⁷.

Fica claro, portanto, que se entende o processo penal como garantia dialética das partes, a partir de um modelo constitucional de processo.⁸

Certo é que partilha-se desta forma, os princípios constitucionais passam a funcionar como coordenadores, e limitadores, da intervenção punitiva do Estado, com vistas a eleger o sistema acusatório (e os demais princípios que os ordena) como necessário marco da intervenção punitiva estatal.⁹

⁷ Para ilustrar a fundamentação instrumentalista no processo penal, veja-se: “O Processo Penal é o meio pelo qual se chega à pena, condicionando o poder punitivo estatal “à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal” (Lopes Junior, 2019, p. 35).

⁸ “Importante notar que o processo não visa a consecução de maior justiça ou paz social, nem mesmo pode ser visto como mero instrumento da aplicação da pena. O processo, segundo aponta Marcelo Cunha de Araújo (ARAÚJO, 2003, p. 105), tem por escopo garantir um espaço de discurso ao cidadão que, no Estado Democrático de Direito, tem o direito de influir ativamente na construção da decisão que aplicará o direito no caso concreto. Dessa forma, a função do processo, também não é buscar a verdade ou a justiça, mas garantir que aqueles que serão afetados pela decisão participem de sua construção, controlando e fiscalizando a função jurisdicional (OMMATI, 2014^a, p. 156)” (Santiago Neto, 2020, p. 25).

Nesta perspectiva (modelo constitucional de processo), a verdade deixa de ser um objetivo e funciona como uma consequência oriunda da atuação compartilhada dos atores processuais.

⁹ É evidente que os princípios exercem, também na perspectiva instrumentalista de processo, funções relevantes. É incabível pensar na intervenção estatal, por via do processo, sem respeito às garantias fundamentais.

O que muda, quando se adota um modelo constitucional, é o escopo do processo. As garantias deixam de ser apenas balizas limitadores da atuação estatal (definindo espaços de atuação, e proibindo outros tantos), e passam a ser centrais nas justificativas da intervenção punitiva. Passam a compor, não mais um limite ao processo, mas agora o objetivo dele (processo).

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

A finalidade do processo penal, portanto, desloca-se de uma metajurídico argumento instrumental de paz social, para a fundamentação de oferecimento de garantia às partes, em um procedimento dialético e compartilhado por elas, destinado à formação do convencimento judicial (e da aplicação do direito consequente).

Assim, a função do julgador, na perspectiva do sistema acusatório, deve ser reorganizada necessariamente. Isto, porque um outro modelo de contraditório judicial, efetivo e que não parte de uma relação jurídica instrumentalista, precisa ser equacionado e introjetado na cultura jurídica.

Há a necessidade de reorganização dos atores processuais, tirando esse julgador do protagonismo probatório. As funções de acusação e de defesa precisam ser revitalizadas em suas autonomias, ônus e faculdades.

Este esperado redimensionamento dos papéis processuais, ao contrário de fragilizar a atividade julgadora, aumenta sua capacidade de imparcialidade e de convencimento do magistrado. Livra-se de pré-conceitos obtidos a partir de uma atuação judicante como se parte fosse (e que não é).

O provimento judicial que dali surge, com estas características aqui apresentadas (partes efetivamente participantes da decisão), faz com que o contraditório deixe de legitimar apenas formal e retoricamente o provimento judicial, tornando-se efetivo de fato.

Nesse sentido, e com os recortes epistêmicos colocados, pode-se afirmar os princípios processuais e constitucionais possuem um papel fundamental na regularidade processual. Cumpre aqui ressaltar, novamente, a imprescindibilidade da efetivação do princípio do contraditório, sem o qual não há processo.¹⁰

Referido princípio (inscrito na Constituição) trata, portanto da garantia de que as partes irão efetivamente participar e influenciar na formação da convicção do magistrado. Dessa forma, sem a presença de tais princípios não existe o devido processo legal.

Ademais, conforme se verifica, o próprio Código de Processo Penal (CPP) prevê expressamente, em seu art. 155, a necessidade da existência do contraditório para o desenrolar do procedimento. É o que se verifica:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Brasil, 1941).

¹⁰ O princípio do contraditório e ampla defesa encontram-se previstos no art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988 que dispõe que: “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”.

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

Contudo, é de se lembrar (nunca é demais) que o contraditório que interessa aqui sustentar é aquele no qual as partes efetivamente participem da decisão judicial a ser proferida. E é com esta advertência que se encaixa a questão probatória junto a este argumento principiológico apresentado.

Importante, então, ressaltar aqui que a apreciação da prova concedida ao juiz pelo livre convencimento motivado, mencionada no artigo 155 do CPP, diz respeito à apreciação e não produção da prova.

Pode parecer sutil a diferença, ou mesmo mera questão semântica, mas a relevância dessa diferença (apreciação/valoração e produção da prova) é fundamental ao argumento de imparcialidade do magistrado.

Adiante, e com base na diferença mencionada, o contraditório, como garantia das partes influírem sobre a convicção do julgador, perde sua validade e significância quando diante de um julgador que perde sua imparcialidade, ainda que não intencionalmente.

E mais ainda, essa convicção a ser formada para o julgamento deve ser obtida através de procedimentos judiciais realizados em contraditório, com iniciativa das partes e com a fiscalização de seu destinatário (o juiz).

E é por isso que, a norma processual antes mencionada (artigo 155 do CPP) afirma que apenas poderá estar contida na fundamentação a prova que tenha sido produzida sob a égide do contraditório judicial.

Portanto, a efetividade desse princípio deve nortear todo o processo, estando o convencimento do juiz restrito à operatividade das partes, ou seja, à efetivação do princípio do contraditório.¹¹

¹¹ Neste sentido, apresenta-se crítica à constitucionalidade do artigo 265 do CPP. Isso, porque o citado artigo afirma que o Magistrado, ainda que o órgão acusatório tenha opinado pela absolvição, pode condenar o réu. Contudo, no sistema acusatório as funções dos atores processuais devem estar bem delimitadas. Assim, ao Ministério Público, titular da pretensão acusatória, cabe dar início e continuidade à ação penal. Já o juiz é titular do poder de punir, que somente poderá ser exercido após o desenvolvimento do processo penal com um resultado exitoso para a acusação. Nesse sentido:

“E por que, então, o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?

Exatamente porque o poder punitivo estatal — nas mãos do juiz — está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra do fundante do sistema acusatório que é o ne *procedat iudex ex officio*. Também é rasgar o Princípio da Correlação, na medida em que o espaço decisório vem demarcado pelo espaço acusatório e, por decorrência, do espaço ocupado pelo contraditório, na medida em que a decisão deve ser construída em contraditório (Fazzalari)” (Lopes Junior, 2014, n.p.).

4 AS POSSIBILIDADES, NECESSIDADES E LIMITES NA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA, EM ESPECIAL NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL

A reflexão central deste ensaio, sobre a participação do magistrado na produção da prova, e as dificuldades de reconstrução fática nos crimes supraindividuais (e contra a economia), pressupõe o resgate dos conceitos antes apresentados.

Em especial, precisa-se assimilar os limites e as orientações do sistema acusatório. Isto, porque ninguém será submetido a juízo, senão em virtude de acusação que outrem lhe mova, o que reafirma o princípio da iniciativa das partes, bem como impede que o Estado-juiz dê início ao procedimento penal, ou mesmo tenha protagonismo probatório.

O julgador, por não ser parte, precisa se afastar das tentações eticizantes típicas do sistema inquisitório.

O sistema acusatório¹² tem como traços marcantes o contraditório como uma garantia de todos os cidadãos; a igualdade processual, já que as partes têm os mesmos direitos e obrigações de ordem processual; a publicidade, ainda que possa em alguns momentos ser limitada; e a distribuição das funções processuais, de forma que quem acusa, quem defende e quem julga são pessoas diferentes.¹³

No que releva à produção da prova, e em vista da divisão de funções entre os sujeitos processuais, é de se considerar que o sistema acusatório determina que o magistrado não tenha iniciativa de produção de provas, quando da instrução do processo. Tal situação, potencialmente, pode violar a sua imparcialidade.

Para melhor adentrar no tema, cumpre observar o art. 251 do Código de Processo Penal¹⁴, que trata do Juiz e traz suas funções processuais.

Da leitura do referido artigo, podemos extrair funções de ordem processual, por uma conduta positiva, devendo agir inclusive por iniciativa própria, para regular o processo, ou seja, para que os procedimentos sejam respeitados. Deve buscar a regularidade formal e, também

¹² A Constituição da República define o sistema processual a ser aplicado à legislação brasileira. Para tanto, em seus princípios e garantias, afirma sobre o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), além da titularidade privativa, ao Ministério Público, da ação penal pública (art. 129).

¹³ Pacelli afirma que “inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o *acusatório* seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos” (2011, p. 09).

¹⁴ Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública (Brasil, 1941).

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

para alcançar a finalidade do processo que é uma sentença obtida a partir da comparticipação das partes na argumentação dialética do processo.

Referida norma atribui, ainda, ao juiz a função de conduzir/presidir o processo zelando pela solenidade, respeito e ordem dos procedimentos. Por fim, traz, também, o chamado poder de polícia que pode ser utilizado pelo magistrado para possibilitar o cumprimento de suas funções, sendo esse um dos poderes conferidos ao julgador pelo Código de Processo Penal.

Além do poder de polícia anteriormente mencionado, o Código de Processo Penal confere ao juiz poderes probatórios, disciplinares, de coerção, relativos à economia processual, de nomeação, decisórios e anômalos, sendo que cada um desses poderes existe para que o julgador consiga cumprir todas as suas funções, já tratadas.

Vale ressaltar, no entanto, que tais prerrogativas servem também para limitar a atuação do Magistrado àquilo que se encontra previsto em Lei.

Para a finalidade a que se pretende com o presente ensaio, repete-se que é preciso destacar os poderes probatórios do julgador, constantes dos artigos 156 e 209¹⁵ do Código de Processo Penal e que assim dispõem:

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 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.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa (Brasil, 1941).

¹⁵ Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, em decisão de abril de 2021, ratifica a necessidade de o sistema acusatório ser respeitado na produção da prova. Assim:

“A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que o juiz não pode ser protagonista na inquirição de testemunhas em um processo penal. Por maioria de votos, o colegiado deferiu o pedido feito em Habeas Corpus, anulando os atos processuais feitos a partir da audiência de inquirição de testemunhas, pois entenderam que a postura de uma juíza teria induzido respostas e prejudicado o réu.

[...]

Em seu voto-vista, a ministra Rosa Weber observou que a Lei 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do CPP, modificou o procedimento de inquirição de testemunhas, estabelecendo que as partes, em primeiro lugar, formularão perguntas diretamente às testemunhas. De acordo com a ministra, a regra possibilita ao juiz atuar de forma a sanar dúvidas e esclarecer aspectos relevantes, mas sem que seja o protagonista da audiência ou o primeiro questionador” (Conjur, 2021, n.p.).

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

Nesse ponto é possível extrair algum resquício advindo do sistema processual inquisitório, sustentado na figura do juiz investigador, unindo, em um só sujeito do processo, mais de uma função. O que ocorre é que, com a possibilidade da produção de prova pelo julgador, sua imparcialidade é comprometida, mormente em razão da benéfica ausência de provas em relação ao réu, pelo princípio do *favor rei*.

É inegável que existe certa incompatibilidade da produção de prova de ofício trazida pelo princípio da livre investigação das provas quando colocada em conflito com a noção de imparcialidade.¹⁶

Portanto, é possível afirmar que a atuação do Magistrado é ampla e, em que pese envolva a (incoerente) produção de provas de ofício, encontra limite nos demais princípios constitucionais.

No entanto, como visto, no que diz respeito ao direito penal econômico, a problemática é ainda mais extensa, uma vez que em se tratando de crimes econômicos, tem-se um processo (e antes uma investigação) complexa e baseada em dados históricos (dos fatos) de difícil acesso.

E há ainda o apelo metajurídico em torno da figura mítica do magistrado, como um “combatente do crime”. não é demais lembrar que as funções dos atores processuais precisam ser respeitadas e respeitadoras do sistema jurídico no qual eles estão presentes. É, sem sombra de dúvida, contra majoritária qualquer participação (das partes, do julgador, etc.) no sistema de justiça penal.

Não raras as vezes há a confusão de papéis dentro do sistema de justiça penal. O agir ideológico (legítimo, frise-se), quando se encontra com a perspectiva racionalizante do argumento jurídico, traduz-se em decisões baseadas em fundamentos metajurídicos. E tais contornos hermenêuticos afastam a racionalidade do julgamento e, assim, a perspectiva de um contraditório efetivo.

E, com esta complexidade probatória anunciada (dificuldade probatória e tendência eticizante do processo) conduz a uma maior preocupação com a forma da produção da prova nesses casos.

¹⁶ “Trata-se de tentar evitar o que Cordeiro denominou de ‘quadros mentais paranoicos’. Na interpretação desta teoria, feita por Lopes Jr., tem-se que: Atribuir poderes instrutórios ao juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina CORDERO que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao primato dell’ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoide. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos. (LOPES Jr., 2013, p. 128/129)” (Lopes; Miari, 2013, p. 6).

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

O papel do julgador deve ser respeitoso ao seu “lugar da fala” no processo, sempre com o respeito à ordem constitucional. A produção da prova é atividade que compete às partes, com todas as prerrogativas e faculdades inerentes.

Somente assim a avaliação posterior da prova será respeitosa à imparcialidade necessária ao julgamento. Certo é que o “esboço da atual realidade punitiva no direito brasileiro, notadamente em face do Direito Penal Econômico, demonstra que o processo penal vem sofrendo algumas mudanças que podem, e devem, ser analisadas e questionadas” (Lopes; Miari, 2013, p. 15).

Assim, se tradicionalmente já se entendia necessário esse cuidado (de evitar a antecipação do magistrado, que deve evitar a produção da prova), na estrutura processual que visa julgar crimes supraindividuais/econômicos, essa atenção importa ainda mais. Como antes tratado, ali há a necessidade mais ordinária e rotineira de métodos comprobatórios mais invasivos aos direitos individuais dos investigados (quebra de sigilos, interceptações, medidas cautelares patrimoniais e pessoais, etc.).

Repete-se que a produção de prova no que diz respeito à criminalidade supraindividual possui particularidades que criam dificuldades que resultam em um conjunto probatório invasivo aos direitos individuais dos investigados.

No entanto, da própria leitura da constituição percebe-se que existem situações autorizadoras em relação à excepcionalização desses direitos. Portanto, por exemplo, pelo inciso XII seria impossível a realização de interceptações telefônicas, no entanto, a segunda parte do inciso traz a sua possibilidade, desde que por ordem judicial para fins de investigação criminal e, da mesma forma, ocorre com os demais direitos citados¹⁷.

De outra forma não se conseguiria executar a atividade investigatória, que é absolutamente necessária. Não se pode pensar de outra maneira em relação à necessidade investigativa, a não ser que também é atividade fundamental ao estado democrático de direito.

Essa é a questão: o respeito ao sistema acusatório, e ao devido processo legal, não pressupõe rompimento com a necessidade de punição ou de investigação. De forma nenhuma

¹⁷ Uma questão interessante liga-se à ideia de se entender que também os sigilos fiscais e financeiros são constitucionalmente protegidos, de forma a requerer o controle jurisdicional. A quebra destes (sigilos) é possível (nenhum direito é absoluto), mas depende da análise da proporcionalidade. Está-se diante de uma garantia fundamental (intimidade), constante do artigo 5º, XII, da CF, assim anuncia: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Certo é que os sigilos podem ser abertos, bastando existir fundamentação judicial adequada em uma investigação criminal. E os referidos dados (fiscais e financeiros) figuram como parte desta proteção constitucional.

essa pode ser uma premissa válida. Trata-se de abordagem que não compreende que, apenas, são necessárias as definições dos limites e regras do procedimento. Apenas isso.

Por essa razão, quando se analisa a produção de prova nos crimes supraindividuais/econômicos (que pressuponha a violação a quaisquer direitos fundamentais), antes de se proceder à produção da prova é imperioso fazer uma análise sobre a sua real necessidade, bem como impor limites, respeitando ao máximo o texto constitucional na busca da efetividade da função punitiva do Estado.

E essa análise deve ser feita pelas partes, para que o magistrado funcione com um garantidor dessa fase de produção probatória (antes ou durante o processo).

Assim, a limitação imposta está diretamente relacionada à atuação do magistrado no caso, de forma que para que seja possível a concretização do elemento probatório pretendido, o juiz deve se mostrar o mais imparcial possível, para evitar qualquer forma de transgressão aos mandamentos constitucionais e, portanto, como visto, não pode ser o julgador aquele que requer ou produz a prova.

5 CONCLUSÃO

A legitimação do provimento judicial necessita de bases fundamentadores mais sólidas, para se evitar o potencial solipsismo das decisões.

O respeito ao devido processo legal, em um processo respeitador da premissa normativa do sistema acusatório (previsto constitucionalmente) assim exige.

Especificamente no que se refere a este ensaio, uma nova tomada de postura hermenêutica se faz necessária, ao analisar o papel das partes no processo e, especialmente, na capacidade de produção probatória.

De sobremaneira, essa questão releva ser repensada quando se procedimentaliza punições/investigações referentes à criminalidade econômica/supraindividual.

Três são os perigos: maior dificuldade probatória, maior invasividade das medidas investigatórias necessárias à elucidação do crime, e uma tendência eticizante dos julgamentos destas espécies de crime.

Contudo, ao sistema de justiça penal (e seus operadores), resta reservada uma postura contra majoritária, oriunda das necessidades racionalizadas de um Estado Democrático de Direito.

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

Então, somente com o respeito ao espaço de cada ator processual, e de uma e estruturada fundamentação constitucional, será possível resolver a tensão dialética que surge do conflito entre o poder punitivo estatal, e a necessidade de proteção das garantias individuais do acusado.

As partes, efetivamente, precisam recuperar o protagonismo na produção da prova, de forma a efetivamente participarem da decisão a ser proferida. Essa é uma inerente missão constitucional que tem o processo penal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo*. Traducción por Jorge Navarro y Daniel Jimenez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BRASIL. *Código de Processo Penal*: Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

CONJUR. *Juiz não pode iniciar inquirição de testemunhas em processo penal, diz STF*. 06 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/juiz-nao-iniciar-inquiricao-testemunhas-processo-penal-stf>. Acesso em: 02 maio 2024.

GIDDENS, Anthony. Vivir en una sociedad postradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*. Versión española de Jesús Albores. 1. ed. 2ª reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina penal – teoría y práctica em las ciencias penales*. Buenos Aires: Deplama, no 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

JORDACE, Thiago. Criminal Compliance: Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – Esferas jurídicas Próximas com uma Finalidade de Tutela Preventiva, *Revista Serviam juris*, v. 1, n. 1, jun/2017.

LOPES, Luciano Santos; MIARI, Áira Lages. A produção da prova nos delitos contra a ordem econômica e a figura do juiz-investigador. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LEITE, Flávia (Coords.). *Processo e Jurisdição I. Conpedi/UNINOVE*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>. Acesso em: 02 maio 2021.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal e Criminologia*. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna;

O CONTRADITÓRIO JUDICIAL E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELO JULGADOR NA
CRIMINALIDADE SUPRAINDIVIDUAL/ECONÔMICA

BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (Coords.). *Direito Penal e Criminologia. CONPEDI/UNINOVE*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2021.

LOPES, Luciano Santos; BARBOSA, Leonardo de Carvalho de. In: LOPES, Luciano Santos; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *Processo Penal e Constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/N4f6146bT6C2R1A9.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>. Acesso em: 21 jan. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.