A PRODUÇÃO DA PROVA NOS DELITOS CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E A FIGURA DO JUIZ-INVESTIGADOR¹

PRODUCTION OF EVIDENCE IN CRIMES AGAINST ECONOMIC ORDER AND FIGURE OF JUDGE-INVESTIGATOR

Luciano Santos Lopes²

Áira Lages Miari³

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o papel do juiz na produção da prova durante a instrução criminal, levando-se em consideração o sistema acusatório e analisando especificamente os crimes regidos pelo Direito Penal Econômico. Para tanto será realizada a revisão de alguns princípios norteadores do processo penal para, em seguida, ser abordada a nova realidade da intervenção punitiva, notadamente com as mudanças paradigmáticas ocorridas no Direito Penal Econômico. Também serão apontadas algumas das mudanças necessárias no processo penal, diante dessa nova realidade e analisando a necessidade de produção probatória. Tudo isso objetiva demonstrar o conflito entre as garantias constitucionais em face dos poderes instrutórios do juiz, especialmente em razão da criminalidade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal – Crimes Econômicos – Prova – Juiz.

ABSTRACT: This work aims to analyze the function of the judge during the production of proves in the criminal procedure, taking into account the adversarial system. The work aims to analyze the paper of the judge that is able to ask for some proves during the process in accusatory system, especially in crimes described in Criminal Economic Law. To do this it will be done a review of some principles of Criminal Economic Law, and then will be considered the new reality of criminal intervention, mainly the new changes on Criminal

¹ Este texto é produto parcial das pesquisas desenvolvidas pelos autores no Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos – MG. Especificamente, o temário deste ensaio foi objeto de investigação científica no âmbito da disciplina (ministrada pelo primeiro autor, e cursada pela segunda autora no primeiro semestre de 2013) denominada Direito Penal Econômico aplicado à Atividade Empresarial.

² Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos (graduação, pós-graduação e mestrado. Diretor do Departamento de Direito Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Advogado. E-mail: luciano@cateb.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3868466550046504>

³ Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos (2005). Pós Graduada em Direito Processual pela PUC-MG (2007). Mestranda em Direito Empresarial na Faculdade de Direito Milton Campos (Em curso). Advogada. E-mail: airamiari@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8456868459556278>

Economic Law. It will be demonstrated some necessary changes in procedure law, face of this new reality, and considering the need for production of evidence. All to demonstrate the conflict that has between the constitutional guarantees and the judge instruction's prerogatives, especially given the economic crime.

KEY-WORDS: Criminal Procedure - Economic Crimes – Evidence – judge.

I INTRODUÇÃO

Esse estudo analisará a função constitucional do magistrado, especialmente na formação das provas no processo penal e em face dos direitos fundamentais do acusado. Analisar-se-á a produção da prova nos crimes cujos bens jurídicos são de ordem supra-individuais. Explica-se.

A tipificação das condutas praticadas no âmbito do que se convencionou denominar Direito Penal Econômico faz parte de uma reconstrução das técnicas político-criminais. Em virtude de uma sociedade dita de riscos (com a insegurança como marca maior), há uma nova forma de enfrentamento das práticas criminosas.

Assim, igualmente se entendeu necessária a reinvenção da própria estrutura probatória, posto que o ordenamento processual penal estava inapto a organizar a convicção do magistrado, nesta forma tão complexa de criminalidade.

A investigação requer uma maior intervenção na intimidade e de privacidade dos acusados (quebra de sigilos, buscas e apreensões, delações premiadas, interceptações telefônicas, etc).

Não é objeto deste ensaio discutir os acertos (e desacertos) desta política criminal (tutela penal dos valores supraindividuais). E, da mesma forma, não se contesta esta necessidade punitiva. Tal debate é muito mais intenso e o argumento aqui tratado caminha em outra direção.

O que se quer debater, nas linhas que se seguem, é questão bem mais limitada: constatando que o Código de Processo Penal (de 1941) oferece uma estrutura normativa frágil demais para a produção de provas nestes ditos crimes econômicos, qual deve ser a postura do julgador diante da possibilidade de produção de provas de ofício?

Quer-se, pois, entender qual o limite para as necessárias mudanças na estrutura de produção probatória no processo penal. A conclusão a que se chegará é a de que o juiz não pode ser o investigador, em virtude de clara ofensa ao sistema acusatório.

Não se nega que, com a adoção do sistema do livre convencimento motivado (ou persuasão racional, conforme os art. 93, IX, CF/88; e art. 155, CPP), o juiz brasileiro tem liberdade para decidir conforme suas conclusões obtidas a partir da análise do caso concreto. Todas as provas produzidas no processo têm por escopo formar esse convencimento.

Todavia, esta liberdade é dada à avaliação da prova, e não à produção dela. A função do julgador deve ser no sentido de oferecer garantias às partes. Com posição processual equidistante, o magistrado não pode participar da produção da prova, sob pena de se parcializar (mesmo que inconscientemente).

Assim, este ensaio trata, em última análise, de uma questão com alcance constitucional. A ideia é a de confrontar princípios para se obter a resposta antes anunciada.

É o texto que se segue.

2 PREMISSE NECESSÁRIA: A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL DENTRO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A atualizada abordagem que se faz acerca da teoria processual exige uma leitura constitucional para sua perfeita compreensão. E, exatamente a partir desta premissa, o ordenamento processual penal deve se organizar, de forma a resolver uma aparente tensão dialética: exercer o papel punitivo estatal e, ao mesmo tempo, respeitar e também tutelar as liberdades individuais.⁴

Evidentemente, e concordando, em parte, com a crítica de Lênio Streck e Rafael Oliveira (2012, p. 18 e ss.), não se pode requerer para a tensão acima uma solução matemática. Ora se pende, de forma equivocada, para um punitivismo exarcebado e agressivo (provocando um Estado de Exceção), ora se potencializa para além do razoável as estruturas protetoras da liberdade individual (provocando uma ineficácia da atividade estatal punitiva, quando necessária, por óbvio).

Certo é que, concordando com o que os dois autores sustentam neste ponto específico, deve existir obstáculos hermenêuticos para uma possível visão ideológica do

⁴ Neste sentido: “Los recursos contra los excesos de poder parten de la autosujección del Estado a través de su sumisión al Derecho y a la Justicia, en especial mediante el reconocimiento de derechos fundamentales que son intangibles por parte del Estado.” (GÖSSEL, 2007, p. 26).

processo.⁵ A questão deve se resumir à definição de um marco principiológico adequado para a compreensão constitucional da atividade jurisdicional.

Certo é, então, que o processo penal deve se pautar para além da cultura ideológica preconcebida de seus atores. Deve funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. Pode-se afirmar, então, que:

(...), o processo jurisdicional coloca-se ao centro da estrutura de atuação das garantias constitucionais, e, ao mesmo tempo, como instrumento da atuação dos modelos de jurisdicionalidade plena delineados por ela (ANDOLINA, 1997, p. 65). O processo, no Estado Democrático de Direito, é garantia constitutiva dos direitos fundamentais (BARROS, 2009, p. 332). As referidas garantias constitucionais do processo permeiam e abrangem a todos os seus participantes (BARACHO, 1999, p. 90). (SANTIAGO NETO, 2012, p. 32).

O Direito Processual Penal deve fornecer um mecanismo procedimental democrático, que ofereça, por seus princípios constitucionalizados, o equilíbrio entre a proteção das garantias individuais e a necessária função punitiva estatal. O compromisso axiológico da tutela punitiva decorre dos valores impressos no texto constitucional.

Assim, insiste-se, é apenas aparente aquela tensão inicialmente apresentada. Não se concebe uma sociedade que marginaliza o acusado, isolando-o do corpo social através de um procedimento punitivo sem garantias. O processo penal deve ser inclusivo, autorizando a participação das partes como exercício da construção de uma decisão compartilhada e participada por todos os atores processuais envolvidos.⁶

E, neste sentido, é necessário (re)pensar o posicionamento de cada sujeito processual, no que concerne ao papel desenvolvido no procedimento judicial. Especificamente, ao analisar a atuação do Magistrado, conclui-se que é necessária uma readequação dos papéis dos personagens deste procedimento, para que exista o efetivo respeito ao contraditório (aos moldes do que concebeu Elio Fazzalari). A ideia é apresentar a perspectiva de como é

⁵ Eles propõem uma revisitação hermenêutica das práticas processuais, de forma a operacionalizar uma estrutura estatal democrática e equilibrada. Desejam afastar a oposição dicotômica do indivíduo X Estado, aplicando, os princípios da *Proibição do Excesso (Übermassverbot)* e da *Proibição da Proteção Deficiente (Untermassverbot)*.

Para eles: “(...), por vezes – e parece ser a maioria – o Estado exorbita no seu poder de punir, devendo ser contido pela possibilidade de, contra ele, esgrimir-se o escudo contra o excesso; já em outras ocasiões, o Estado fica aquém deste dever, tornando-se leniente e, com isto, violando direitos fundamentais por não protegê-los suficientemente. A análise do excesso ou da proteção deficiente nunca pode, à evidência, descurar um milímetro da Constituição.” (STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz, 2012, p. 23).

⁶ Conforme Rosa afirma, dividem o palco processual, protagonizando a condução do procedimento: “(...) as partes, que lançaram as pretensões de validade no decorrer processual, bem como um juiz que proferirá a decisão.” (ROSA, 2006, p. 369)

possível o juiz compartilhar a decisão, evitando um indesejado protagonismo judicial seu (LOPES, 2012, p. XX). A construção da prestação jurisdicional se dará com a compreensão de que os sujeitos processuais não agem isoladamente no palco processual. Trata-se de conceber o processo penal inserido no sistema acusatório, de forma plena e concreta.

Ao retirar o magistrado do “centro do palco” processual, tem-se a reestruturação das atividades procedimentais de acusação e de defesa. Redimensiona-se a participação das partes na construção do provimento judicial. Somente com esta aceitação (de partes efetivamente participantes da decisão final judicial) é que o contraditório deixará de ser argumento retórico, que legitima apenas de forma meramente formal a prestação jurisdicional.

Precisam-se de melhores argumentos de legitimação do provimento judicial, em um Estado Democrático de Direito. Há a necessidade da adoção do modelo acusatório de processo penal. Nele, as partes atuam de forma efetivamente participativa e com a (constitucional) missão de promover o respeito aos princípios e garantias fundamentais.

No entanto, em sua atividade jurisdicional, o julgador se depara com situações de incertezas, que colocam em dúvida quais seus limites de atuação. Desse modo, é imprescindível que as funções do magistrado estejam bem determinadas, a fim evitar que o exercício da jurisdição varie de acordo com as convicções íntimas do julgador.

3 CONTINUANDO: DA LIMITAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Uma característica marcante do sistema acusatório é a divisão das funções de acusação, de defesa e de julgamento, cada uma delas incumbida a diferentes sujeitos processuais (LOPES Jr., 2006, p. 164). Trata-se da viabilização da garantia da efetivação do devido processo legal, em um Estado Democrático de Direito.⁷

Pode-se concluir que o Magistrado está impedido determinar de ofício a produção de provas durante a fase de instrução do processo penal. Trata-se de respeitar a imparcialidade do julgador, que não deve acessar cognitivamente, de forma prematura e antecipada em relação às partes, os elementos formadores de sua convicção jurídica:

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua

⁷ “(...) o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito e, naturalmente, da própria estrutura processual como realidade normativa, será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais – acusar, defender e julgar – sincronizadas, consoante o lembrado magistério de Calamandrei, de sorte a validar os direitos fundamentais.” (PRADO, 2006, p. 48)

tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante. (PRADO, 2006, p. 108)

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)

Ao se autorizar a produção probatória de ofício pelo magistrado⁸, cria-se uma confusão na construção da verdade processual. Deve haver um cuidado diferenciado com este procedimento cognitivo, tal como sugere a doutrina:

A verdade, portanto, é algo que emerge destas geometrias. Ainda assim, sendo, como é, processualmente construída, ela nem por isso prescinde da respectiva articulação com uns quantos critérios exteriores à lógica interna ao sistema, ele mesmo, aliás, também forçosamente movido em adequação a esses mesmos critérios exteriores: estes só podem ser os ditados pelo cenário democrático-constitucional, como os quais, como se reconhecerá sem esforço, qualquer sistema processual penal terá de ser compaginável. Estamos já num terceiro aspecto, para mim o fundamental, que tenho veiculado assim: o problema da verdade resolve-se, sem alternativa aceitável, em sede democraticidade. (MARTINS, 2012, p. XV)

E, pensa-se, este cuidado somente existirá se houver um processo penal constitucionalmente orientado. Assim, o respeito integral ao sistema acusatório se deve como essencial à produção desta lógica democraticamente anunciada. A produção probatória do juiz, então, deve ser afastada deste modelo processual.⁹

⁸ Neste ponto específico questiona-se o acerto doutrinário da norma acrescentada ao Código de Processo Penal, no seu artigo 156, I, após a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/08. Há um claro equívoco ideológico.

A figura do juiz investigador, aos moldes da novidade normativa (ordenar, de ofício, produção de prova antes e iniciada a ação penal), agride frontalmente o sistema acusatório, entregando uma função investigativa a um órgão julgador. Sobre o tema, veja-se Prado (2006, p. 135): “A intervenção do juiz, nesta fase, só se explica, conforme o princípio acusatório, quando necessária para, conforme a Constituição, preservar ou comprimir, legitimamente, o exercício de direitos fundamentais, porquanto o julgador não tem interesse jurídico na propositura da mencionada ação.”

⁹ Na doutrina espanhola, há quem pense de forma um tanto diferente sobre esta possível (in)compatibilidade: “En el ámbito de la actividad probatoria los resultados de nuestra investigación también conducen a desmentir la

Ocorre que, no sistema jurídico brasileiro, há uma espécie de minimização ideológica desta necessidade de afastamento do juiz na produção probatória. Fundando-se na (incoerente) ideia de que o sistema acusatório, como uma idealidade, comporta evidentes manejos necessários para a perfeita operacionalização do processo penal, tem-se admitido que não há esse engessamento na atividade do magistrado. Neste sentido, e segundo denominação dada por Tourinho Filho (2004, p. 35), o Brasil adota o sistema acusatório *não ortodoxo*¹⁰.

Assim, a legislação brasileira inadvertidamente autoriza que o julgador pratique certos atos que diferenciam o ordenamento processual brasileiro do sistema acusatório puro. Pode-se citar, por exemplo, a concessão de *habeas corpus* de ofício e, desta mesma forma, a determinação da realização de provas (artigo 156, e seguintes, do Código Penal brasileiro).¹¹

Feitas estas críticas teóricas à legislação pátria, deseja-se tentar entender em que termos se construiu a (equivocada) linha divisória para o juiz determinar, ou não, a produção de provas sem que isso desequilibre a relação processual. A pergunta a ser respondida é: seria possível o julgador participar da instrução sem que se torne uma perseguição ao acusado? A resposta da legislação foi dada, sem um melhor debate com a dogmática processual-penal.

4 FINALIZANDO O ARGUMENTO PROCESSUAL: O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS

Os princípios constitucionais são construções normativas que dependem de uma análise hermenêutica para sua utilização no caso concreto. Toda elaboração teórico-pragmática que vise interpretá-los é de ordem sócio-histórico-cultural e depende das condições fáticas autorizadoras.

Tal verificação faz parte de um pós-positivismo, no qual “os princípios passam a ter força normativa plena, ou seja, são considerados normas dotadas de juridicidade idêntica à das

tesis tradicional acerca de la restricción de la iniciativa probatoria de los jueces em los órdenes jurisdiccionales civil y penal. La errónea recepción normativa del brocardo del *ius commune iudx debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, há fomentado la difusión de tal restricción. Sin embargo, tal y como hemos puesto en relieve en esta investigación bo hay razones sólidas que impidan ejercitar certa capacidade de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* tanto en el orden jurisdiccional civil como penal moderándose su ejercicio através de una concreta ponderación de las exigencias que el principio dispositivo y el acusatorio imponen en un outro orden.” (ALISTE SANTOS, 2011, p. 450).

¹⁰ Há autores que consideram que estas permissividades probatórias do juiz, no sistema acusatório, fazem com que o modelo de processo se desloque para o campo inquisitório (MARQUES, 2009, p. 148 e ss).

¹¹ Não se concorda, por evidente, com esta posição adotada na legislação pátria. Por todos, com a crítica a este modelo, tem-se a doutrina de Lopes Jr. (2006, p. 165 e ss).

regras jurídicas. Não são mais tratados como valores abstratos, nem como fonte supletiva, e sim como Direito, em toda a latitude do termo, (...)” (PEREIRA, 2001, p. 128/129).

Assim, torna-se necessário compreender que não existem valores absolutos. Sempre existirão conflitos por ocasião da aplicação de normas. É preciso entender que situações fáticas podem fazer conflitar princípios constantes do ordenamento jurídico. Nenhum problema nesta constatação.

Os princípios têm condições de resolver a questão concreta que se coloca em. Eles podem ser mensurados quanto à aplicabilidade ao caso específico (qual dos princípios deve prevalecer), sem que nenhum deles perca a vigência ou a legitimidade no ordenamento. Os conflitos entre os princípios são resolvidos no plano do peso, e não de sua validade: “princípios colidentes não se excluem de maneira antinômica, perdendo um deles a existência jurídica, a validade e/ou a vigência; apenas se afastam diante da hipótese colocada ao juízo decisório” (ESPÍNDOLA, 1999, p. 248). Esta escolha faz parte da missão hermenêutica do operador do direito, que leva em consideração o postulado da proporcionalidade.¹²

No que se relaciona à discussão deste ensaio, no processo penal é possível deparar com o antagonismo de dois princípios aplicáveis: o princípio da imparcialidade e o princípio da livre investigação das provas. Como resolver o conflito instalado?

De acordo com o princípio da imparcialidade, é vedado ao juiz da causa decidir de forma parcial, isto é, tendente a um resultado preconcebido. Trata-se de questão que preocupa

Somente uma ressalva: não se ingressará, aqui, na questão de uma escolha entre as teorias instrumentais e do processo como garantia. Ao que se presta aqui apresentar, não se faz útil esta abordagem.

¹² A proporcionalidade é um postulado normativo específico, e se compõe de três conceitos parciais: idoneidade/adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2006, p. 148 e ss). Alexy (2008, p. 588 e ss.) também conceitua estas três categorias (três máximas parciais em relação à máxima da proporcionalidade).

Por idoneidade (ou adequação) entende-se a percepção da intenção da norma em questão escolhida diante do conflito. Deve-se concluir da seguinte forma, quando se entender haver idoneidade na citada escolha: há possibilidade de alcançar a tutela do bem jurídico protegido pela norma escolhida através da escolha feita entre dois ou mais valores em conflito. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 152 e ss.)

O conceito de necessidade é determinado pela verificação de que o ser humano deve ser tomado como parâmetro imprescindível quando for necessário conflitar valores no sentido de retirar a sua liberdade individual, de qualquer forma e maneira. Em outros termos, somente se coloca em conflito os valores, com a intenção de decidir pela perda da liberdade individual, quando a proteção de bens jurídicos for tão importante quanto a própria liberdade individual. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 158 e ss.)

Por fim, determina-se o conceito de proporcionalidade no sentido estrito da palavra. Significa afirmar que a medida da tutela punitiva deve ser proporcionalmente equivalente à ofensa ao valor protegido. Assim, somente se resolve o conflito de forma a cercear a liberdade individual quando o bem jurídico-penal protegido for proporcionalmente equiparado à liberdade retirada. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 160 e ss.)

Somente a título de esclarecimento metodológico, adota-se aqui a diferenciação proposta por Ávila no que se refere aos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade. Significa afirmar que “a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade.” (ÁVILA, 2006, p. 146). No caso específico de resolução de conflito horizontal de princípios constitucionais, melhor se encaixa a utilização da proporcionalidade. Apenas isto.

a ciência processual em qualquer ordenamento jurídico, Veja-se, por exemplo, no ordenamento jurídico argentino:

Con el elevamiento a rango constitucional e ciertos instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos – conf. art. 75, inc. 22 de la Carta Magna -, una de las garantías judiciales que cobro inmediata fuerza fu ela que prescribe que ‘...toda persona tiene derecho a ser oída ... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial’ (art. 8º, ap. 1 de la referida Convención). (CARRIÓ, 2010, p. 170)¹³

Nesse sentido, pelo princípio citado, o juiz depende da iniciativa das partes no tocante à produção das provas. Uma questão aqui deve ser relevada, de outro lado: o Ministério Público não pode produzir provas invasivas (tal como quebrar sigilos) sem ordem judicial: “impossível se faz prescindir da necessária e competente decisão judicial determinando a quebra dos sigilos do investigado, situação não observada pela autoridade fazendária ao acolher os pedidos do membro do Ministério Público Federal.”¹⁴

Mas, veja-se que há resquícios inquisitórios no processo penal pátrio, fazendo com que a livre investigação das provas seja alçada (equivocadamente) à categoria normativa de princípio. O já citado artigo 156, do Código de Processo Penal (CPP)¹⁵ prevê tal faculdade para o julgador. Ele poderá determinar a realização de diligências, ou mesmo antecipar a produção de provas. Apenas se exige que o julgador, no caso de antecipação de provas, atenda à necessidade, adequação e proporcionalidade. Como se, com isto, restasse eliminado o problema da perda imparcialidade. Evidentemente que tal resultado não é obtido.

Há outros exemplos desta atividade instrutória do juiz, como, por exemplo, no artigo 209, também do CPP. Há, neste disposto legal, a autorização para o juiz realizar a oitiva de outras testemunhas, além daquelas arroladas pelas partes.

¹³ No Brasil, por todos, veja-se a doutrina de Lopes Jr. (2013, p. 177 e ss.).

¹⁴ Trecho destacado (fls. 8) da decisão do Recurso em Habeas Corpus nº 20329/PR, STJ, Relatora: Min. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJMG). Fonte: www.stj.jus.br

O argumento é simples. Um sujeito desinteressado quanto ao resultado da investigação (o magistrado) deve controlar a legalidade do ato, por envolver direitos fundamentais. Assim determina o sistema acusatório e, por isto mesmo, o magistrado não pode produzir provas (para que ele desempenhe esta função fiscalizadora).

¹⁵ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Em resumo, são apenas dois exemplos de como é questionável a figura do juiz investigador. Agride-se frontalmente o sistema acusatório, entregando uma função investigativa a um órgão julgador. A questão que se impõe ao debate é se esta determinação de provas de ofício não configura violação do princípio da imparcialidade, notadamente porque se sabe que a falta de provas é benéfica ao réu, em razão do princípio do *favor rei*.

Certo é que, a produção de prova de ofício, quando colocada em confronto com a noção de imparcialidade, não resiste aos critérios de escolha trazidos pelo princípio da proporcionalidade (como antes se apresentou).

Em um caso concreto, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou esta discussão, acerca da “imparcialidade x poderes investigativos do magistrado” (na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1570). Ao final, julgou inconstitucional o art. 3º, da Lei 9.034/95. Veja-se a ementa do acórdão (BRASIL, ADI 1570, STF):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (22/10/2004).

Nesse julgamento, o Ministro Relator (Maurício Correa) criticou a inovação legislativa da Lei 9.034/95 ao ponderar:

11. A propósito, o §2º do artigo 3º dispõe que o magistrado relatará as informações colhidas e promoverá a anexação de cópias autenticadas de documentos que tiveram relevância probatória. Ora, exige-se do julgador, desde logo, juízo de valor quanto aos meios probantes, vinculando, por óbvio, sua apreciação subjetiva no momento futuro da sentença. Claro está que a incumbência do juiz não é apenas a de avaliar a prova preexistente, a

cargo das partes, como ocorre regularmente, mas efetivamente produzir provas, seja em favor da acusação ou da defesa. A lei acaba por promover uma equiparação do juiz às partes, o que se me afigura inadmissível no sistema judiciário vigente no País. (BRASIL, ADI 1570, STF)

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu recentemente que não basta ao magistrado apenas abrir vista, ao Ministério Público, do processo onde haja indícios de crime de ação penal pública. Interpretando a regra do artigo 40, do CPP, a Corte julgou que o julgador deve reunir os documentos e cópias que entender necessários para a remessa ao Ministério Público, por se tratar de dever imposto por lei:

DIREITO PROCESSUAL. AÇÃO MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DETERMINAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. INDÍCIOS DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. APURAÇÃO. ART. 40 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCUMPRIMENTO.

1. A questão se origina de decisão proferida pela Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Maria, a qual revogou decisão anterior cujo teor determinava a extração de cópias e expedição de ofício ao Órgão Ministerial para instaurar eventual processo penal objetivando a apuração do crime de desobediência.

2. O art. 40 do Código de Processo Penal estabelece que, quando, "em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

3. A remessa de peças necessárias à aferição de eventual delito ao Ministério Público, ou à autoridade policial, é obrigação do magistrado, não sendo, portanto, ônus do Órgão Ministerial, por se tratar de ato de ofício, imposto pela lei. Recurso especial provido. (BRASIL, REsp 1360534/RS, STJ)

De fato, o magistrado deve ter cuidado com o direcionamento para produção de provas. Mesmo que autorizado por lei, há equívoco principiológico sério nesta atuação. A procura por alguma prova específica viola o princípio da imparcialidade, eis que demonstra a intenção do magistrado em obter determinado resultado não alcançado pelo responsável pela acusação. De novo tem-se a questão dos quadros mentais paranóicos de Cordero.

O processo penal, baseado no modelo acusatório, deve respeito à divisão das funções, de forma equilibrada e isonômica. Assim, é conclusão óbvia que a tendência do juiz, para qualquer um dos lados, acarreta uma desarmonia danosa para o exercício da jurisdição.

Nesta questão específica, a verificação da (in)existência da livre investigação da prova, pelo juiz está na própria garantia constitucional de fundamentação das decisões (artigo 93, IX da Constituição da República de 1988). Afinal, nesse contexto, é de se esperar que a decisão seja suficientemente fundamentada para justificar a forma como foi alcançado seu

convencimento quanto aos fatos reconstituídos no procedimento instrutório. Com este indexador normativo-constitucional, é possível apurar hipotética violação da imparcialidade.

Por este motivo, a norma que orienta este pretense poder de investigação do juiz (art. 156 do CPP), deve ser aplicada em estrita observância com os demais princípios constitucionais e processuais.

5 OUTRA PREMISA NECESSÁRIA: O DIREITO PENAL ECONÔMICO E A NOVA REALIDADE DE INTERVENÇÃO PUNITIVA

A alteração da função que o Estado exerce na economia, especialmente em virtude da transposição do liberalismo para o *Welfare State*, alterou a percepção da criminalidade correlata.¹⁶ Novos fatores criminógenos foram identificados neste contexto sócio-político (SUTEHERLAND, 2009, 18 e ss.).

E, pode-se afirmar, deste modelo de intervenção punitiva surgiu o Direito Penal Econômico¹⁷. Conclui-se que a maior intensidade da atividade estatal regulatória/intervencionista exigiu elaborações normativas também mais intensas, em relação à atividade econômica (RIGHI, 2000, p. 22 e ss).¹⁸ Aliado a isto, o fenômeno sociológico denominado “Sociedade de Riscos” (BECK, 2010) trouxe novas pautas valorativas para a intervenção punitiva.

Um novo tipo de criminalidade foi diagnosticado, envolvendo a ordem econômica (SOUZA, 2012, p. 27). A regulação jurídica das atividades econômicas fez surgir normas penais que protegessem a nova atuação estatal, delimitando este novo objeto da intervenção

¹⁶ Pode-se afirmar que a primeira grande guerra mundial determinou o embrião da sistematização do que posteriormente viria a ser o Direito Penal Econômico. O Estado se viu obrigado a intervir no mercado, passando a ser instrumento controlador da vida econômica. Tratou-se, em resumo, da passagem do Estado liberal para o Estado social. As Constituições Mexicana (1916) e de Weimar (1919) são dois símbolos normativos desta transposição aqui anunciada.

¹⁷ É senso comum no meio jurídico penal entender-se por Direito Penal Econômico “o conjunto de normas jurídicas que protegem a ordem econômica, entendida como sendo a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (SILVEIRA, 2006, p. 25). No sentido estrito, trata-se do “conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, tida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia” (SILVEIRA, 2006, p. 25.). Desta forma, e como consequência das definições anteriores, adota-se também o seguinte conceito de da criminalidade econômica: son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente e con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de esse orden económico. (OTTO, p. 26, *Apud* PÉREZ DEL VALLE, 2004, p. 35).

¹⁸ É evidente que esta sistematização não desconhece os precedentes da disciplina jurídico-penal da economia, mesmo que tenham existido de forma assistemática. Com base na apresentação de Souza (2012, p. 23 e ss), pode-se afirmar pela existência de quatro fases da tutela penal da economia: o casuísmo legislativo da antiguidade e do medievo; a proteção ao liberalismo; a participação estatal na economia no Estado do Bem Estar Social, e a necessidade de intervenção penal; a retração do papel do Estado na economia, especialmente na década de 80 do século XX, e o atual modelo de regulação estatal da economia.

punitiva. Nesse quadro sócio-político surgiram novas necessidades protetivas e, assim, foram identificados novos bens jurídicos a serem tutelados nesta denominada modernidade reflexiva. A proteção a bens jurídicos, função por excelência do Direito Penal, adquiriu novos contornos com a constatação de uma sociedade de maiores e incomensuráveis riscos (tecnológicos, bioéticos, financeiros, etc.).¹⁹

Um ponto central nesta intervenção punitiva é a confiança na economia, que permite a circulação da riqueza (SOUZA, 2012, p. 62). A violação a esta confiança atinge um número indefinido de pessoas, colocando em risco o próprio sistema econômico. Em resumo, o Direito Penal Econômico substituiu os problemas individuais pelos conflitos supraindividuais (direitos fundamentais de terceira geração).

Adiante, os fundamentos para atuação do Direito Penal Econômico estão devidamente destacados no artigo 170, da Constituição da República de 1988. Trata-se, portanto, da tutela de uma valor constitucionalmente definido. Há, em tese, critério de legitimação desta intervenção punitiva, desde que se ajuste com os demais princípios constitucionais de limitação do poder estatal (ofensividade, etc.).

Todavia, o que se verifica é que o sistema punitivo tradicional perdeu espaço a uma intervenção prevencionista (crimes de perigo abstrato, por exemplo). Pode-se, ainda neste sentido, perceber que o ordenamento jurídico está a experimentar a administrativização do Direito Penal, especialmente nesta tutela dos valores supraindividuais.

Abandona-se gradativamente o referencial da função protetiva de bens jurídicos (com o necessário respeito a princípios constitucionais, como, por exemplo, o da ofensividade), para realizar a proteção de funções estatais.²⁰

¹⁹ As novas tecnologias apresentam o lado perverso da modernidade. Riscos desconhecidos são identificados nas diversas e complexas relações interpessoais e no desenvolvimento de diversas áreas do saber humano.

Pela primeira vez os riscos que ameaçam a existência humana são, também, endógenos (produzidos pela própria atuação humana). Eles sempre existiram, isto é fato. Todavia, na atualidade, são proporcionalmente maiores e isto influi na concepção de Direito Penal. O risco da pós-modernidade é verificado em termos coletivos. Pode-se assim identificar as fases dos riscos: na idade moderna, eles eram individuais; do fim do séc. XIX, até meio do séc. XX, os riscos coletivos eram mensuráveis; após, houve o surgimento de uma sociedade de riscos graves e imensuráveis.

²⁰ Assim pensa Ana Elisa Bechara: “É de se observar, porém, que a despeito de o princípio da intervenção penal mínima ser decorrência do Estado Democrático de direito, a dinâmica própria do intervencionismo que caracteriza referido modelo estatal leva ao perigo de comprometer sua realização efetiva. De fato, tem-se, de um lado, a tentação de utilizar o Direito Penal como instrumento de apoio a uma determinada política de governo, buscando-se a máxima eficácia do poder público. De outro lado, a necessidade de favorecer determinados interesses coletivos difundidos no âmbito social pelos denominados gestores atípicos da moral, não raras vezes, confunde-se com a conveniência da intervenção penal para impedir seu ataque.” (BECHARA, 2011, p. 45)

Para uma adequada leitura sobre a questão dos bens jurídicos e das funções, ver Tavares (2004).

Todavia, a transição da tutela punitiva supraindividual, para esta especialidade do Direito Penal (econômico), não pode se isolar em seus fundamentos principiológicos. Os valores constitucionais também devem conduzir a intervenção punitiva destes bens jurídicos.

Não se concebe a autonomia absoluta desta nova especialidade do Direito Penal (econômica) em relação à tradicionalidade humanista e liberal do referido ramo jurídico:

Todas as considerações gerais acerca dos limites da intervenção penal no âmbito do Estado Democrático de Direito são aplicáveis também no campo específico do Direito Penal Econômico. De fato, as alegadas particularidades deste último apenas dizem respeito ao seu delimitado campo de aplicação, não podendo ser confundidas com uma pretensa autonomia sistêmica. Em outras palavras, o Direito Penal Econômico não pode ser tomado como setor independente de intervenção penal, paralelo a um Direito Penal ‘clássico’, mas sim, como parte de um único sistema, obedecendo aos mesmos princípios e valores decorrentes do pressuposto político-social democrático. (BECHARA, 2011, p. 48/49)²¹

O desafio, ressalta a autora (BECHARA, 2011, p. 52), não consiste em encontrar novas teorias e justificativas para esta contemporânea realidade. A questão reside, justamente, em adaptar (e respeitar) a dogmática jurídico-penal de modo a resguardar os interesses individuais, supraindividuais e coletivos de forma adequada.

Certo é que, em resumo e respeitando-se a função do bem jurídico no Direito Penal, as dificuldades encontradas na doutrina do Direito Penal têm “levado a um conseqüente repensar da teoria do bem jurídico por parcela da doutrina”, não obstante, “não se admite um crime sem bem jurídico tutelado.” (SOUZA, 2012, p. 49)

E é quanto a esta criminalidade supraindividual que se analisará a prova produzida com algum tipo da intervenção do magistrado. A dificuldade de compreensão de suas características fáticas e normativa, para além da hermenêutica e da dogmática penal, atinge também a atividade probatória no processo penal.

6 A PROVA NO PROCESSO PENAL E A CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Em virtude das características próprias da tutela penal da economia, houve opção político-criminal em antecipar a atuação estatal para um momento anterior ao da efetiva

²¹ Righi também pensa desta forma (RIGHI, 2000, p. 41 e ss).

Terradillo Basoco (2001, p. 52) sustenta tese contrária. Para este autor é possível pensar na autonomia do Direito Penal Econômico, dado os contornos teóricos e político-criminais da questão. Ele sustenta que deve haver a divisão da teoria geral do delito em dois ramos absolutamente independentes: uma teoria do Direito Penal tradicional e outra teoria para o Direito Penal econômico.

ofensa ao valor protegido. A escolha, em larga escala, recaiu sobre a tipificação de crimes de perigo abstrato.

O presente ensaio não se presta a analisar as consequências desta opção legislativa, e nem a verificar a (in)constitucionalidade desta estratégia punitiva.²² Todavia, esta característica (de tutela do perigo abstrato ao bem jurídico protegido) acarreta entre outras tantas, uma questão peculiar e que se quer enfrentar: como construir a prova do crime e, assim, qual o papel a ser desempenhado pelo juiz na condução do processo. Explica-se.

Neste modelo de criminalidade, que envolve a temática econômica (e portanto estranha ao que tradicionalmente se reconstitui faticamente no processo penal), há uma evidente deficiência na verificação dos elementos tipificadores a prática do delito. Como afirmado, isto fragiliza a própria obtenção da prova. Isto evidencia o conflito existente entre a efetiva punição desses crimes (quando necessária, por óbvio) e a dificuldade de obtenção dos elementos de convicção do juiz, sem ofensa a direitos e garantias individuais constitucionalmente delimitadas.

Diante desta anunciada e comprovada dificuldade probatória, a preocupação se torna a seguinte: como ocorre a produção da prova nesses casos? Qual o papel do juiz diante da fragilidade anunciada de uma prova? Somente se destaca que o respeito à ordem constitucional, por ocasião da produção e da avaliação da prova obtida, é premissa é fundamental para se responder a estas perguntas.

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.

A sociedade globalizada, e os riscos a ela inerentes, acarretam um movimento legislativo de antecipação da punição (com a previsão de crimes de perigo abstrato e a consequente administrativização da tutela penal).

Entretanto, é de se entender que a legitimação da tutela punitiva não se dá necessariamente na vontade da maioria (que passionalmente pressiona a legislação)²³, mas na

²² A ofensividade deve funcionar como um dos limites constitucionais para a tutela penal. Dos estudos sobre os bens jurídicos, é preciso entender que somente haverá a atuação punitiva estatal quando houver necessidade de proteção de bens jurídico-penais eleitos (quando estes forem efetivamente ameaçados ou agredidos).

Todavia, mais do que pensar a (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é preciso revisitar (e rechaçar) a ideia de administrativização da tutela penal econômica, que ocorre através da intervenção punitiva deste ramo do Direito em questões ligadas ao simples descumprimento de funções meramente administrativas. Afasta-se, assim, da ideia de ofensividade e de exclusiva proteção de bens jurídico-penais. Trata-se de um equívoco político-criminal.

²³ Apenas a título de constatação, percebe-se uma manipulação social, que faz com que tal proposição, afastada de qualquer logicidade constitucional, apareça como ilusão de resolução de conflitos sociais. Segundo Sánchez

construção de um sistema racional de intervenção estatal que respeite as garantias individuais oriundas de um Estado Democrático de Direito.

É preciso entender que a racionalidade da construção dialogada do convencimento judicial (para a definição da punição) deve ser respeitosa às premissas que sustentam o modelo constitucional de Estado. O juiz deve se manter imparcial e apto a avaliar a produção de prova que lhe chega. Especialmente no Direito Penal Econômico, por haver necessidade natural de se utilizar meios de produção de provas altamente invasivos em relação a direitos e garantias individuais (quebra de sigilos, interceptações, etc), esta preocupação tem relevo.

Diante dessas verificações, é preciso que se encontre a forma adequada de realizar o *ius puniendi* de modo a resguardar todas as questões envolvidas.

Pode-se determinar o seguinte: se, de um lado, tem-se um novo modelo punitivo oriundo das novas necessidades da sociedade “de risco” (bens jurídicos supraindividuais), de outro há um sistema jurídico vigente e necessariamente constitucionalizado, que não pode coadunar com arbitrariedades e punitivismos meramente simbólicos.

Por óbvio, não se questiona a necessidade de adaptação do processo penal a esta realidade, notadamente diante da tipificação de condutas de alta complexidade fática. Isto seria uma temeridade. Todavia, é preciso realizar uma análise das possibilidades probatórias que sejam comprometidas com os valores constitucionalmente recepcionados pela ordem jurídica pátria. Apenas isto.

E, neste sentido, faz-se necessário que a doutrina e a jurisprudência construam argumentos justificadores para o requerimento da prova e para a condução do processo pelo mesmo juiz. É nesse contexto que o julgador, ainda que disponha (equivocadamente) de alguns poderes investigativos no processo, deve recusá-los. Somente assim ele irá atuar com imparcialidade, sempre tendo por premissa maior a segurança jurídica e a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.

7 EXEMPLIFICANDO A QUESTÃO: OS LIMITES PARA A QUEBRA DE SIGILOS

A tentativa de demonstrar a hipótese que aqui se apresenta será feita através da análise de um meio de prova tipicamente usado na punição dos crimes econômicos: a quebra de sigilos constitucionalmente tutelados.

(2002, p. 145), “não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do ‘Direito Penal mínimo.’”

Este meio de prova, altamente invasivo das liberdades individuais (característica deste processo penal que atua na tutela da economia), é um retrato perfeito daquilo que se quer demonstrar: que o magistrado deve respeitar estreitos limites na questão probatória, de forma a resguardar sua imparcialidade.

Uma das formas mais eficazes de se comprovar um crime é ter acesso às informações sigilosas do agente. E esse acesso só pode ser feito por meio da quebra dos sigilos protegidos pela Constituição da República. Assim, é necessário que se proceda à análise de proporcionalidade para se autorizar o rompimento da intimidade/privacidade do investigado.

Isto, porque a quebra dos sigilos pessoais é medida de exceção. Assim determina a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República.

Certo é que este controle judicial da quebra dos sigilos (em uma posição nitidamente constitucionalista) faz parte daquilo que se convencionou denominar teoria dos freios e contrapesos. Admite-se a quebra de quaisquer sigilos, mas determina-se um controle judicial quanto a esta prática. Controle, este, feito por quem é isento quanto aos dados e resultados obtidos na investigação, porque dela não deve fazer parte.

Adiante, a Lei n. 9.296/96 regulamenta tal garantia constitucional em relação à interceptação telefônica. Em seu artigo 3º²⁴ há a previsão de que a interceptação telefônica somente pode ser efetuada mediante prévia autorização judicial, de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, conforme o caso.

Tal limitação investigativa é facilmente justificável, diante da constatação de que direitos fundamentais dos investigados são violados por ocasião das referidas requisições. Intimidade (CF, art. 5º, X) e proteção dos sigilos (CF, art. 5º, X), especialmente, são atingidos por ocasião desta atuação investigativa.

A questão que deve ser enfrentada é: considerando que a garantia ao sigilo está protegida pela necessidade da prévia autorização judicial, como se aplicaria a hipótese de requerimento de ofício pelo próprio juiz?

De início, já se questiona legitimidade da quebra de sigilos de ofício pelo magistrado. Por tudo que se argumentou anteriormente, é equivocado que o julgador, sem nenhuma provocação (e, pior, antecedendo à própria prestação jurisdicional, posto que tal medida antecede à proposição da ação penal), possa produzir atos investigatórios para futura produção de prova. Inconcebível em um sistema acusatório, em resumo.

²⁴ Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

Somente o juiz pode realizar o juízo de adequação constitucional (proporcionalidade), quanto à quebra de uma garantia individual. Assim, tal atribuição (de garantia isenta do direito fundamental envolvido) é incompatível com a possibilidade desta ordem invasiva de intimidade/privacidade partir do próprio julgador, de ofício. Parte-se da premissa de sua imparcialidade para se chegar a tal conclusão.

É importante que seja respeitado o caráter de excepcionalidade da medida de violação de um sigilo garantido constitucionalmente.²⁵

Certo é que a Constituição Federal dá limites à atuação do processo penal, para harmonizá-lo com os padrões do Estado Democrático de Direito. Deve, pois, haver uma tomada de consciência da dimensão constitucional do processo penal. A idéia é esta: contextualizar os princípios do processo penal em uma categoria mais ampla, criando uma consciência racional do procedimento estatal punitivo.

Assumir postura contrária a esta acarreta, além de tudo, vícios procedimentais. Os abusos cometidos nas quebras indiscriminadas de sigilos culminam em provas ilícitas.²⁶

Ou seja, o mau uso dos meios processuais não atende aos direitos individuais, como também não protege os interesses da coletividade: não se pode conceber que exista anseio

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

²⁵ A título de curiosidade, veja-se a seguinte discussão, a ser travada no Supremo Tribunal Federal (STF). O pano de fundo é o grau de excepcionalidade da medida probatória (não mais quanto à concessão, mas quanto ao tempo de duração). Na experiência forense cotidiana há, como se sabe, autorizações judiciais de interceptações telefônicas autorizadas indefinidamente, o que configura um excesso não admissível. Assim, o STF reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 625.263. Neste julgado, será analisada a possibilidade da quebra deste sigilo ser sucessivamente prorrogada para fins de investigação criminal, sem limite de prazo.

O STF verificará, além da questão da violação do direito fundamental, o possível excesso do julgador ao estender a medida de exceção sem limite definido. O recurso chegou à Suprema Corte após o Superior Tribunal de Justiça decidir pelo abuso na medida invasiva, que foi prorrogada no tempo de forma excessiva (mais de dois anos de interceptação, ininterruptamente).

²⁶ É de se verificar se há uma prova ilícita por derivação: teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Trata-se de utilização da doutrina americana. “O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão (*fruits of poisonous tree*) sido cunhada pelo juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937.” (LOPES Jr., 2008, p. 554).

Mediante uma conduta ilícita (constitucionalmente), antecedente (produção de ato investigatório, de ofício, pelo magistrado), tem-se a produção posterior de uma prova que, em si mesma, não apresenta nenhuma ilicitude. Apenas a forma de sua obtenção foi ilícita. Para Fernandes (2007, p. 96): “Trata-se de hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita.”

Tais provas, ilícitas por derivação, igualmente são proibidas (parágrafos 1º e 2º do art. 157 CPP). São inadmissíveis no processo e devem ser desentranhadas quando tiverem causalidade com as demais provas. A noção de independência da fonte de obtenção da prova ilícita por derivação, a que se refere a norma processual citada, é complexa e problemática.

A forma de realização das interceptações telefônicas, por decisão de ofício do magistrado, é ilícita por ofender aos princípios constitucionais que determinam o sistema acusatório (imparcialidade do juiz, devido processo legal, iniciativa exclusiva do Ministério Público para iniciar e conduzir uma ação penal pública, etc.). Tal ilicitude derivada contamina o procedimento investigatório, devendo ser retiradas dos autos as provas assim obtidas (conforme o artigo 157, § 1º, do CPP).

social por uma tutela punitiva que seja desrespeitosa com as garantias dos acusados. Em último plano, tal postura evidencia a perda de segurança jurídica.

8 CONCLUSÃO

Apesar de ser livre para decidir (persuasão racional), o julgador tem o dever de fundamentar sua decisão, apontando os elementos que o convenceram. O dever de fundamentação, assegurado pela Constituição, visa evitar o subjetivismo e a arbitrariedade. Ao julgar, o magistrado é a própria representação do Estado, devendo ser imparcial. Deve afastar suas crenças e convicções pessoais do ato de julgar.

Assim, se de um lado têm-se como questionável a atuação ativa do juiz na elaboração da prova, diferentemente, essa postura é esperada no momento da realização dos atos que lhe competem. Esse é o caso da formação da sua convicção, diante dos elementos de prova que as partes produziram com total atenção ao contraditório processual.

Sentimentos, deduções, crenças e outras formas de convicção pessoal devem ser afastados de forma veemente pelo julgador. O magistrado deve se reinventar neste modelo constitucional de processo penal, devendo funcionar como instrumento de garantia quanto à participação paritária das partes.

É evidente que a criminalidade econômica, igualmente, exige uma reinvenção da estrutura probatória, requerendo uma investigação que invade com maior intensidade a seara de intimidade e de privacidade dos acusados (quebra de sigilos, buscas e apreensões, delações premiadas, interceptações telefônicas, etc). Não se discute esta opção político-criminal, e nem se contesta esta necessidade. Trata-se de consequência natural desta criminalidade supraindividual (na qual se insere o Direito Penal Econômico).

O que não se pode admitir é que o Estado se afaste do modelo constitucional de processo penal, apenas para admitir uma resposta supostamente mais eficiente à esta criminalidade contemporânea.

Há limites para as mudanças necessárias para o enfrentamento adequado da criminalidade supraindividual. É óbvio que se admite que a estrutura probatória tradicionalmente determinada no CPP (de 1941) não responde às necessidades atuais. A questão para se debater é a seguinte: qual o limite para as necessárias mudanças na estrutura de produção probatória no processo penal?

Repete-se que não se questiona que estas formas mais invasivas de obtenção de provas são necessárias. Estão dentro deste limite sugerido de mudanças. O que não se admite

é que a postura do julgador se altere. O juiz não pode ser o investigador, em resumo. Isto ofende ao sistema acusatório de forma intensa e irremediável.

Sua função é outra: de garantir a simetria entre as partes no processo e, ao final, formar sua convicção (motivadamente) com base naquilo que lhe foi trazido à análise, com o respeito ao contraditório.

E, se ao final do procedimento judicial o juiz não estiver convencido da culpa formada, após a análise das provas produzidas pelas partes, é o caso de se invocar o princípio do *in dubio pro reo*. Partindo do pressuposto de que as partes atuaram ativamente e com paridade de armas, não é facultado ao magistrado assumir posição de investigação, para buscar provas para suprir a ausência de segurança para a condenação.

Assumir esta postura é recepcionar a ideia de que a atividade punitiva estatal deve estar fundamentada no paradigma dos direitos fundamentais. E o processo penal é um fundamental instrumento para o resguardo destes direitos e garantias individuais anunciados.

A questão tratada neste ensaio alça, pois, importância constitucional. Tratou-se de um conflito de princípios, para ao final sugerir uma tomada de posição do operador jurídico (com atenção à proporcionalidade, sugere-se). E, concluiu-se que a função do magistrado é ímpar neste contexto: protetor das garantias individuais.

Em resumo, pode-se concluir que as modificações na dogmática penal (da tutela dos interesses supraindividuais, como no Direito Penal Econômico) não podem alterar a funcionalidade do processo, eu deve funcionar como garantia dos direitos fundamentais do acusado. Somente assim o provimento final será legítimo e racional.

9 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5ª ed. Alemã, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madri: Marcial Pons, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BECHARA, Ana Elisa Libertore S. In: FRANCO, Alberto Silva (coord); LIRA, Rafael (coord) *Direito penal econômico; questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 1570 – DF- Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 12/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19 de junho de 2013.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial (REsp) 1360534/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 18/03/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 de julho de 2013.
- CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 5 ed. Buenos Aires: Hammurbi, 2010.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Obras Completas, Tomo I. Dirigido por Edgardo Alberto Donna. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007
- LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal; fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, volume 1. 3 ed., revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito processual penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES, Luciano Santos. Apresentação da obra. In: SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório; a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz; inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. In: BRASIL, Senado Federal. *Revista de informação legislativa*. Julho/setembro de 2009, ano 46, nº 183. Edição especial. Brasília, 2009, p. 141/153.
- MARTINS, Rui Cunha. Prefácio. In: PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal econômico. In: BACIGALUPO, Enrique (director). *Derecho penal econômico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório; a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: *Ad Hoc*, 2000.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *A expansão do direito penal*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório; a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal econômico; fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012.
- STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Traducción directa del inglés por Laura Belloqui. Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2009.
- TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Traducción de Mônica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.