



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GIANI SANTOS CEZIMBRA

**A ILICITUDE DA PROVA INQUISITORIAL DECORRENTE DA
QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA:
UM ESTUDO SOBRE AS AÇÕES PROMOVIDAS PELO CIRA-BA E
COMPARATIVO COM A EXPERIÊNCIA CHILENA**

SALVADOR, BA

2018

GIANI SANTOS CEZIMBRA

**A ILICITUDE DA PROVA INQUISITORIAL DECORRENTE DA
QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA:
UM ESTUDO SOBRE AS AÇÕES PROMOVIDAS PELO CIRA-BA E
COMPARATIVO COM A EXPERIÊNCIA CHILENA**

Monografia elaborada pela bacharelanda em Direito
Giani Santos Cezimbra, apresentada ao Núcleo de
Monografias e Atividades Complementares –
NUMAC da Faculdade de Direito da UFBA como
requisito parcial de conclusão de curso.

Orientador: Ms. Misael Neto Bispo da França

SALVADOR, BA
2018

GIANI SANTOS CEZIMBRA

**A ILICITUDE DA PROVA INQUISITORIAL DECORRENTE DA
QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA:
UM ESTUDO SOBRE AS AÇÕES PROMOVIDAS PELO CIRA-BA E
COMPARATIVO COM A EXPERIÊNCIA CHILENA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à
obtenção de grau de bacharela em Direito.

Aprovada em 01 de agosto de 2018

BANCA EXAMINADORA

Orientador: **Mestre Misael Neto Bispo da França**
Professor da Universidade Federal da Bahia

Doutor Fabiano Cavalcante Pimentel
Professor da Universidade Federal da Bahia

Doutora Thais Bandeira Oliveira Passos
Professora da Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida e por todas as graças concedidas. À minha mãe, Rita, e filha, Ana Victoria, pela base sólida de amor e cuidado em que me sustentam, permitindo ver o horizonte com segurança.

Ao meu orientador, Misael França, querido mestre que esta Egrégia me deu, agradeço não só pela condução deste trabalho mas, sobretudo, pelos ensinamentos e dedicação costumeira à bela e árdua tarefa de formar profissionais humanos e conscientes.

Aos velhos e novos amigos que tornaram esta caminhada mais leve, agradeço por todo apoio e auxílio.

“O 'ponto cego' do direito é o evidente, pois ele seda os sentidos e tem um alto grau de alucinação. O 'evidente' cega, pois não nos permite ver, ele é 'simulacro de autorreferencialidade' e se basta por si só. Erroneamente, somos levados a crer que o 'evidente' dispensa prova, afinal, é evidente! E aqui está o perigo: o desamor do contraditório.”

(Rui Cunha Martins)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.I. - Auto de Infração

CIRA – Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

GAESF/MPBA – Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária do Ministério Público do Estado da Bahia

INFIP – Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa

JUCEB – Junta Comercial do Estado da Bahia

PGE/BA – Procuradoria Geral do Estado da Bahia

SEFAZ/BA – Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia

CEZIMBRA, Giani Santos. **A ilicitude da prova inquisitorial decorrente da quebra da cadeia de custódia: um estudo sobre as ações promovidas pelo CIRA-BA e comparativo com a experiência chilena.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia.

RESUMO

A presente monografia, elaborada com base teórica e analítica, ao notar a vital cautela com as fontes da prova no processo penal, objetiva analisar a ilicitude da prova inquisitorial a partir do estudo de ações promovidas pelo CIRA-BA, e implicações da quebra da cadeia de custódia. Nessa ótica, trata de princípios processuais, da investigação, da relevância da prova e sua preservação, com estudo de caso e comparativo com a reforma processual chilena. Propõe-se instigar o debate acadêmico e subsidiar novas investigações.

Palavras-chave: processo penal; ilicitude; prova inquisitorial; cadeia de custódia; reforma processual chilena.

CEZIMBRA, Giani Santos. **The illegality of the inquisitorial proof caused by the breaking of the chain of custody: a study on the actions promoted by CIRA-BA and comparative with the Chilean experience.** 2018. Graduation Course Work – Law School. Federal University of Bahia.

ABSTRACT

The present work, elaborated on a theoretical and analytical basis, noting the vital caution with the sources of evidence in the criminal procedure, aims to analyze the illegality of the inquisitorial evidence from the study of legal actions promoted by CIRA-BA, and implications of the breaking of the chain's custody. In this perspective, it deals with procedural principles, investigation, relevance of the evidence and its preservation, with case study and comparative with the Chilean procedural reform. It is proposed to instigate the academic debate and to subsidize new investigations.

Keywords: criminal procedure; unlawfulness; inquisitorial proof; chain of custody; chilean procedural reform.

SUMÁRIO

| | | |
|---------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E ALGUNS PRINCÍPIOS PERTINENTES | 11 |
| 3 | OS ATOS DA INVESTIGAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O PROCESSAMENTO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO ESTADO DA BAHIA | 17 |
| 3.1. | ATOS DA INVESTIGAÇÃO E SEU VALOR PROBATÓRIO | 19 |
| 3.2. | TÓPICOS RELEVANTES ACERCA DOS TRIBUTOS E CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA | 21 |
| 3.2.1. | Tipificação da conduta | 22 |
| 3.2.2. | Responsabilidade penal objetiva | 25 |
| 3.3. | ATUAÇÃO DO COMITÊ INTERINSTITUCIONAL DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NO ESTADO DA BAHIA | 27 |
| 4 | A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL E A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA | 30 |
| 4.1. | MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA E SISTEMA DE AVALIAÇÃO | 31 |
| 4.2. | A PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA | 33 |
| 5 | ILICITUDE DA PROVA PRÉ-PROCESSUAL DECORRENTE DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM AÇÕES PROMOVIDAS PELO CIRAB: ESTUDO DE CASO | 35 |
| 5.1. | AÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA O ADIMPLEMENTO DO TRIBUTO | 40 |
| 5.2. | ILICITUDE DA PROVA INQUISITORIAL | 42 |
| 6 | COMO A REFORMA PROCESSUAL CHILENA PODE CONTRIBUIR PARA A EVOLUÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA | 48 |
| 7 | CONCLUSÃO | 53 |
| 8 | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 59 |

1 INTRODUÇÃO

A pena e o poder-dever de punir acompanham a história da humanidade desde as primeiras civilizações de que se tem conhecimento, variando conforme oscilava o predomínio das ideologias punitiva ou libertária, sendo certo que um procedimento próprio para se alcançar o direito de punir rompe com a herança do Código de Hamurábi para dar início a uma paulatina construção democrática do direito penal.

Desde o fim da Segunda Guerra, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, até os dias atuais, inúmeras foram as inovações legislativas e teorias doutrinárias a redor do mundo com vistas a dar efetividade aos direitos ali preconizados, o que ganha novos contornos no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz em seu bojo um extenso ról de garantias e direitos fundamentais para o indivíduo.

Neste sentido, considerada a primariedade da Carta Magna, analisando o processo penal pátrio a partir da ótica constitucional, verifica-se a necessária regulamentação da cadeia de custódia da prova, que consiste na sequência de atos concatenados que garantem a preservação íntegra e documentação cronológica do escorço probatório e seu manuseio, tema este importado por Geraldo Prado da doutrina estadunidense, ainda pouco explorado no Brasil, apesar da sua relevância.

A preservação da cadeia de custódia da prova no processo penal garante, entre outros, a efetividade do *due process of law*, do direito ao contraditório e à ampla defesa, a partir do momento em que objetivamente garante que a prova apresentada nos autos corresponde, em sua inteireza, àquela que foi colhida, deixando de pautar sua credibilidade unicamente na expectativa de boa-fé das autoridades envolvidas na sua guarda, e o respeito ao princípio da vedação das provas ilícitas.

O presente Trabalho, elaborado com base no método científico hipotético-dedutivo, além dos métodos jurídicos hermenêutico e argumentativo, objetiva demonstrar que a quebra da cadeia de custódia da prova documental produzida ainda na fase pré-

processual investigativa leva à sua ilicitude, a partir do estudo da teoria da Quebra da cadeia de custódia da prova aplicado às ações penais por crime contra a ordem tributária promovidas pelo Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado da Bahia.

Para tanto, tratará inicialmente do viés constitucional do processo penal e alguns dos seus princípios norteadores no ordenamento jurídico brasileiro, que são os princípios do devido processo legal; da presunção de inocência; do contraditório; da ampla defesa; da vedação das provas ilícitas; da persuasão racional e da comunhão da prova.

Em seguida, serão abordados tópicos centrais do sistema processual brasileiro para o processamento dos crimes contra a ordem tributária no Estado da Bahia, trazendo um breve panorama dos atos investigativos e seu valor probatório, a atuação do CIRA-BA e principais aspectos acerca dos crimes contra a ordem tributária.

Ato contínuo, passará ao estudo da relevância da prova na persecução criminal, onde serão destacados os principais conceitos para maior compreensão do objeto a ser discutido, tratando dos meios de obtenção da prova, sistema de avaliação do esforço probatório e prova documental, bem como da preservação da cadeia de custódia.

A partir disso, enfrentará a hipótese de quebra da cadeia de custódia da prova documental como causa de ilicitude desta nas ações por crimes contra a ordem tributária, com base no estudo de ações promovidas pelo CIRA-BA.

Por fim, verificará as contribuições que a recente reforma processual penal do Chile pode trazer para saneamento do problema levantado, com seu procedimento para produção de prova, e conclusões extraídas do Trabalho elaborado.

2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E ALGUNS PRINCÍPIOS PERTINENTES

Com o advento da Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento brasileiro teve que ser a ela compatibilizado, respeitando suas normas e princípios norteadores, o que, no entendimento de Bobbio, se dá pela necessidade de autorregulação do sistema no que tange a gênese, manutenção e convivência das normas entre si. Baseado no conceito de Norma Fundamental de Hans Kelsen, ele entende que “a Norma Fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”¹, o que torna a unicidade pressuposto lógico de uma estrutura legal.

A normatividade dos princípios passa a ser reconhecida no pós-positivismo, fase contemporânea, sobretudo em virtude das diversas constituições com forte conteúdo principiológico promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, acentuando-se, na visão de Paulo Bonavides, a “hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”².

É nesta diapasão que o direito processual penal passa a ser analisado através de uma ótica constitucional de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, na tentativa de entender o processo a partir de uma lógica de redução de dano³, conforme assevera Aury Lopes, que vai além e afirma que “por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo legal) é o fator legitimante da atuação estatal”⁴. As garantias constitucionais, de acordo com Ferrajoli, formam um sistema coerente e unitário, configuradas como um sistema epistemológico de identificação do desvio

1 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999, p. 62.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 237.

3 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33.

4 *Ibidem*, *idem*.

penal, orientado a assegurar o máximo grau de limitação do poder punitivo e arbitrariedade⁵.

Insta frisar que este conjunto de garantias não torna a ordem constitucional incompatível com a intervenção criminal, desde que esta esteja pautada no rigor do *due process of law*⁶. Inúmeros são os princípios constitucionais, explícitos ou não, aplicáveis à persecução criminal, importando ao estudo aplicado da Teoria das provas trazido neste trabalho alguns em maior relevo, que serão a seguir pontuados.

O devido processo legal está positivado no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁷, e busca, em suma, conferir algum grau de equidade às partes no processo penal, constatada a posição materialmente superior em que se encontra o Estado acusador que, em regra, é responsável pela fase investigativa, posteriormente vem a ser o *dominus litis* da ação, além de exercer a função jurisdicional, exclusiva do Estado.

Corolário a este, temos princípios como o do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação, da publicidade, da imparcialidade e outros, sendo, portanto, verdadeira garantia daquilo que se poderia chamar *processo justo*⁸, ao estabelecer que este se desenvolverá estritamente pautado nas disposições legais.

Consagrado no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, do princípio da presunção de inocência podem ser extraídos dois mandamentos para o Poder Público, quais sejam, o de tratamento do réu no curso da persecução criminal, que não poderá sofrer restrições pessoais fundadas na possibilidade condenatória, e outro voltado ao escorço probatório, que estabelece que todo o ônus da prova relativo à

5 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. Tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

6 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. Rev., at., ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 32.

7 Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

8 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op.Cit. p.32.

materialidade e à autoria recaem sobre a acusação. À defesa restaria, neste sentido, provar eventuais excludentes de culpabilidade ou antijuridicidade⁹ ou, avaliando o processo a partir da sistemática garantista proposta por Ferrajoli, a defesa é incumbida do ônus de causar mera dúvida razoável¹⁰.

Sua aplicação importa dizer que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o acusado não poderá sofrer restrições de qualquer ordem, exceto aquelas de caráter cautelar e a execução provisória da pena após condenação em 2ª instância, admitida em virtude de *decisum* proferido nos autos do Habeas Corpus nº 126.292¹¹, julgado pelo Superior Tribunal Federal, apesar das controvérsias doutrinárias em torno do precedente, sobretudo pela possibilidade de desrespeito ao estado de inocência.

Carnelutti trata do princípio demonstrando que a proteção à situação de inocência do réu se estende até mesmo ao âmbito extraprocessual, onde o Estado seria responsável por evitar a publicidade midiática dos atos do processo¹² e adotar as demais medidas necessárias à garantia da não criminalização do acusado antes de proferida sentença irrecorrível, o que, por analogia, significa dizer que o Estado não pode portar-se de modo a restringir direitos individuais pela mera existência de persecução criminal.

O contraditório e a ampla defesa, positivados no art. 5º, LV, CRFB/88, embora dependentes entre si, são princípios norteadores distintos. Enquanto o contraditório diz respeito ao método de confrontação da prova e comprovação da verdade entre

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. Rev., at., ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. Tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. passim.

¹¹ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (Superior Tribunal Federal. Plenário. HC 126.292/SP, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016.)

¹² CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. Itú: Conan, 1995. p. 21-22.

partes contrapostas, em paridade, o direito à ampla defesa refere-se ao direito que tem o indivíduo de resistir à pretensão punitiva estatal¹³.

Um dos princípios mais relevantes do processo penal, a ausência de contraditório do acusado importa nulidade processual absoluta, visto, na ótica de Pacelli, como “uma cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal” que ainda denota que este “encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal”¹⁴.

A ampla defesa, por seu turno, divide-se em defesa técnica e pessoal, esta última ainda classificada, segundo os ensinamentos de Aury Lopes Jr, em positiva ou negativa. A defesa técnica é a assistência indispensável de um advogado, seja ele privado ou público, que domine o tecnicismo jurídico com vistas a representar os interesses do acusado. A defesa pessoal, já de caráter renunciável, é o direito efetivo que tem o réu de defender-se das acusações apresentadas em seu desfavor, e pode se dar de forma positiva, ou seja, com a apresentação de provas ou declaração de não conformidade, ou negativa, com o exercício do direito de não produzir provas contra si mesmo¹⁵.

Ademais, previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, está o princípio da vedação às provas ilícitas, que prevê que não serão admitidas as provas ilicitamente obtidas no processo¹⁶. A prova é fonte de informação no contexto processual, sendo vista, no entender de Carnelutti, como instrumento de demonstração da verdade formal dos fatos discutidos mediante procedimentos determinados¹⁷, ou seja, através de meios legais.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. Rev., at., ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.36

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54

¹⁶ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

Notório é que este princípio atua no controle da regularidade da atividade persecutória pelo Estado, ao mitigar a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável por sua produção¹⁸. Diversos são seus desdobramentos, atingindo os meios de obtenção da prova e seus resultados, embora haja ainda também pontos incertos em torno do tema.

Muito se questiona sobre o momento de aplicação do art. 157, *caput*, CPP, que prevê o desentranhamento da prova ilícita, vez que o contato com a prova ilícita é capaz de tornar vicioso o convencimento do julgador. Por ser matéria de ordem pública, pode ser apreciada a qualquer momento do processo, via de regra, mas este entendimento traz também um grau de insegurança para o acusado se considerarmos que, do ponto de vista prático, um juiz que tenha analisado uma prova ilícita (antes da declaração ou ciência de sua ilicitude), tenha presidido instrução processual ainda com base naquele escorço probatório e demais atos do processo, ainda que venha a declarar a ilicitude da prova e seu desentranhamento dos autos, inconscientemente já estará vinculado àquele raciocínio¹⁹.

Ao passo que o princípio de vedação às provas ilícitas busca regular o Estado enquanto persecutor, o princípio da persuasão racional regula a atuação do Estado enquanto julgador processual. Cintra, Grinover e Dinamarco indicam que o princípio, também conhecido como princípio do livre convencimento motivado, “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção”²⁰. Tal liberdade, contudo, não é plena na dimensão jurídico-processual, pois ainda que o juiz não esteja adstrito à vontade alheia, tampouco poderá decidir com base em sua mera opinião, havendo que motivar seu posicionamento com parâmetros objetivos²¹.

Analisando extensivamente o princípio, conclui-se que, sendo vedada a manifestação livre de opinião no *decisum*, sem que haja nos autos formação lógica

18 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. Cit.* p. 182

19 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 205.

20 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73.

21 LOPES JR. Aury. *Op. Cit.* p. 205.

daquele resultado, também não será admitida a atribuição de finalidade estranha ao necessário para sanção pela prática delitiva, ou seja, a sentença penal não poderá ser proferida com vistas a garantir vantagem ou desvantagem, a qualquer uma das partes, que não aquela sanção cabível, demonstrada no curso processual a partir do seu conjunto de prova.

O princípio da comunhão da prova, por seu turno, preceitua que uma prova produzida passa a ser do processo, sendo irrelevante para tanto definir se seu requerimento tenha sido do autor, do réu, de terceiro interveniente, ou que tenha sido determinada de ofício pelo juiz, isto é, significa dizer que não se admite que a prova seja valorada de modo subjetivo.

Portanova assevera que, embora evidente que cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato, há de se considerar também o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. E segue, afirmando que “em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova”²².

No mesmo sentido posiciona-se Hernando Echandía, que entende que “a consequência da unidade da prova é sua comunhão, isto é, que ela não pertence a quem a produz”, e vai além, ao afirmar que é “improcedente pretender que apenas a este [que a produziu] beneficie, posto que, uma vez introduzida legalmente ao processo, deve-se tê-la em consideração para determinar a existência ou não do direito a que se refere”, independente da produção de efeitos benéficos àquele que a produziu. O jurista, com isso, aduz que, sendo a finalidade do processo a realização do direito mediante aplicação da lei ao caso concreto, e considerando que as provas constituem os elementos utilizados pelo juiz para chegar a este resultado, pouco importa quem as tenha solicitado ou produzido, já que “a partir do momento em que elas produzem a convicção ou certeza necessária, a função do juiz se limita a aplicar

²² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999. p. 217.

a norma reguladora à situação de direito”²³.

Tais considerações permitem dizer que a prova produzida pelo Estado, enquanto *dominus litis*, não é dotada de valor suficiente para garantia da condenação do acusado em virtude da sua posição na persecução criminal, seja em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, seja porque as evidências, uma vez carreadas aos autos do processo, devem ser analisadas de forma equânime, com o objetivo de elucidação da verdade real e aplicação da norma cabível.

Por fim, salutar também explicar a necessária paridade de armas no processo criminal, como bem assevera Ferrajoli, ao considerar que é fundamental para o desenvolvimento leal da “disputa” a paridade de armas entre as partes, para que a defesa seja dotada das mesmas possibilidades e dos mesmos poderes do Estado enquanto persecutor, bem como seu papel de contraditor seja assegurado em cada ato probatório singularmente considerado²⁴.

Semelhante é o posicionamento de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, que entendem que “o correto enfoque da ‘paridade de armas’ leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real”, afirmando, ainda, que “as oportunidades dentro do processo [...] devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo [...], seja para os que ostentam posição contrária (...)”²⁵.

23 “Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad; esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho”. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 5. ed., Bogotá: Temis. 2002. p. 110. (traduziu-se)

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. Tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 565.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 113.

3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O PROCESSAMENTO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO ESTADO DA BAHIA

Vistos os princípios diretamente relacionados ao objeto de estudo do presente trabalho, insta salientar que a base principiológica constitucional é suporte para determinação do sistema processual adotado no ordenamento jurídico pátrio, que consagrou o sistema processual penal misto em detrimento dos sistemas acusatório e inquisitório.

O sistema inquisitório, predominante entre os séculos XVIII e XIX, é aquele que, essencialmente, aglutina funções nas mãos do juiz e atribui, ainda, poderes instrutórios ao julgador, que torna-se soberano no curso do processo. O sistema acusatório, por seu turno, historicamente relevante até o século XII, quando paulatinamente o sistema inquisitivo passou a ganhar maior adesão, caracteriza-se, sobretudo, pela clara distinção entre as atividades de julgar e acusar, manutenção do juiz como terceiro imparcial, tratamento igualitário das partes, e pela possibilidade de defesa, garantidos o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição²⁶.

O sistema misto, adotado no Brasil, surge com o Código Napoleônico de 1808²⁷, que divide o processo em fase pré-processual, que seria a fase investigativa, de natureza inquisitória, e a fase processual, de natureza acusatória, dadas as garantias constitucionais do devido processual legal e demais princípios.

Com isto, diz-se que o ordenamento pátrio, embora fictamente democratizado, carrega ainda resquícios de um sistema inquisitório capazes de destituir os avanços conquistados com o modelo acusatório da persecução criminal, considerando que a prova produzida ainda na fase inquisitória se estende até seu curso, sendo até mesmo ponto central na persuasão racional do julgador.

Este cenário é duramente criticado pela doutrina, asseverando Aury Lopes que “claro está que só a prova judicial é válida, [...] produzida no curso do processo

²⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.
²⁷ *Ibidem*, *idem*.

penal”²⁸, que segue afirmando que “[a falta] de provas ritualmente formadas impõe a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias”²⁹.

Neste sistema, não se admite o oferecimento de denúncia ou queixa sem que haja, apenso, embasamento mínimo que permita verificar a materialidade do fato criminoso e indícios de sua autoria – a que se nomeia a justa causa da ação.

3.1. ATOS DA INVESTIGAÇÃO E SEU VALOR PROBATÓRIO

A partir disto, já com o sistema brasileiro sob exame, cumpre ressaltar que a fase pré-processual não está adstrita à investigação policial, espécie do gênero das investigações preliminares, conforme leciona o artigo 4º do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, que diz que a competência da polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, sempre respeitadas as garantias constitucionais aplicáveis à persecução criminal, considerando que, embora tenha raiz no sistema inquisitório, os princípios norteadores do regramento jurídico não devem a ele ser preterido³⁰.

Sendo assim, é dedutível que, para que os atos investigativos tenham respaldo constitucional, amparados nos preceitos do devido processo legal, faz-se mister que esta fase seja realizada por um ente absolutamente imparcial, delimitadas as funções do Estado-investigador, sob pena de contaminar-se todo o processo que dali se iniciará com a parcialidade do Estado, vez que, sendo a investigação encaminhada por ente parcial, diretamente interessado na demanda, estar-se-á utilizando o aparelhamento estatal com finalidade específica de proveito próprio, desprendendo-se da função dos atos pré-processuais de formação da justa causa para desencadeamento do processo criminal.

Tais atos tem valor probatório relativo, ante a inobservância do contraditório e da ampla defesa, positivado o entendimento aqui reproduzido no artigo 155 do CPP,

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

²⁹ *Ibidem*, *idem*.

³⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

que preleciona que “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”, ressalvando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Conforme estudar-se-á em tópico específico, prova é todo ato ou documento destinado à reconstrução dos fatos investigados no processo³¹, considerando que o processo penal destina-se, sobretudo, à reconstituição de um fato histórico³², sendo certo que toda a produção de esforço probatório destinado à formação do convencimento do juiz deve acontecer sob a égide do contraditório e da ampla defesa. Tal cenário, contudo, não é possível no caso das provas excetuadas no artigo retromencionado, vez que tratam-se, em regra, de provas materiais diretas, ou seja, aquelas inerentes ao fato delituoso, confundindo-se assim com a própria prova de materialidade do delito, intimamente ligadas à formação do convencimento do juiz.

Cumpra aqui diferenciar os atos investigativos dos atos de prova. Os atos de prova são aqueles realizados na fase processual, com todas as garantias inerentes ao processo criminal, enquanto os atos de investigação são aqueles realizados na fase inquisitorial, de valor reduzido em razão da parcialidade possível no sistema inquisitório³³.

Dentre as provas produzidas em fase de investigação dotadas de perpetuidade ao curso processual, sem a possibilidade de repetição sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, as provas irrepetíveis, também ditas *não renováveis*, nas palavras de Aury Lopes, “são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise”³⁴, diferente das provas repetíveis que, de fato, como assevera

31 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. Rev., at., ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 173.

32 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Leme: CL EDIJUR, 2013. p. 46

33 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77.

34 *Ibidem*, p. 79.

Tovo, têm valor meramente informativo³⁵, constituindo verdadeiro ato de investigação.

Há que se frisar que, objeto do presente estudo, os crimes contra a ordem tributária são investigados, no Estado da Bahia, por sua Secretaria da Fazenda, em setor específico, e tem por base as autuações dos Auditores Fiscais, que verificam a possibilidade de incidência de norma criminal à supressão de tributo e encaminham Relatório de Inteligência ao Ministério Público estadual, para prosseguimento e oferecimento da denúncia.

3.2. TÓPICOS RELEVANTES ACERCA DOS TRIBUTOS E CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Neste ponto, dada a junção de temas conexos, analisar-se-á, antes do prosseguimento, os crimes contra a ordem tributária em exame no presente trabalho, previstos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que resultam da necessária aplicação da ordem penal às relações jurídico-tributárias, sendo imprescindível, para sua melhor compreensão, avaliar também aspectos relativos ao conceito de tributo e distinções entre o mero inadimplemento e a incidência das normas punitivas a este ato, e como o instituto é aplicado no âmbito do Estado da Bahia.

Tributo, nos termos do artigo 3º do Código Tributário vigente, “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, inferindo-se do conceito que, ao exigir do indivíduo seu adimplemento, o Estado faz uso da sua soberania, impondo-se ao administrado a quitação de suas obrigações sempre que verificado o fato gerador, independente de demonstração de vontade, como assevera Hugo Machado ao dizer que “não se trata de obrigação contratual, decorrente da vontade (*ex voluntate*), mas de obrigação que decorre diretamente da lei, ou da incidência da lei sobre o fato,

35 TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (org.). *Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, v. 2, p. 202.

considerado em sua pura faticidade”³⁶.

Para que torne-se exigível, o tributo deve ser lançado, administrativamente processado nos termos da legislação vigente, arrimado nos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e inscrito em dívida ativa, oportunidade na qual é gerada a Certidão de Dívida Ativa – CDA, título executivo extrajudicial de constituição definitiva do crédito tributário, de competência privativa da autoridade administrativa, sendo esta figura, no âmbito estadual, a sua Secretaria da Fazenda.

Segundo Hugo Machado, o crédito tributário e a obrigação são coisas diversas. A verificação de ocorrência do fato gerador concretiza a hipótese de incidência tributária, dando origem, a partir daí, à obrigação tributária, que vincula o contribuinte, independente de ato volitivo, à prestação obrigacional³⁷.

Embora a previsão legal do tipo alcance todas as espécies de tributo, em virtude do objeto de análise deste Trabalho, avaliar-se-á, detidamente, o ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços –, no que tange seu lançamento e aspectos do crime contra a ordem tributária em razão de supressão no adimplemento de crédito tributário devido a este título.

Sendo assim, cumpre salientar que o ICMS é imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadorias e serviços, sujeito a lançamento por homologação, que significa dizer, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, que o sujeito passivo da obrigação tributária deve realizar apuração do valor devido e efetivar seu pagamento antes que se manifeste a autoridade administrativa, que terá conhecimento da atividade através do lançamento realizado e o homologará, estando sujeito, apesar disso, a fiscalização.

O Auto de Infração, por seu turno, é “um instrumento jurídico-fiscal que tem por finalidade precípua veicular um ato administrativo de aplicação de penalidade ao infrator da legislação tributária pelo descumprimento de obrigações tributária ou deveres instrumentais”³⁸, ato administrativo que difere, portanto, do lançamento por homologação, vez que importa sanção ao contribuinte que deixou de efetuar o lançamento e recolhimento devidos.

36 MACHADO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 156

37 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P 38.

38 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva, 1984, p. 246.

3.2.1. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA

Paralelo a isto, os crimes tributários estão tipificados nos artigos 1º a 3º da Lei nº 8.137/90, dispondo o artigo 1º do referido diploma legal que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante omissão de informação ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias; fraude à fiscalização tributária; falsificação de qualquer documento relativo à operação tributável; elaboração, uso ou qualquer tipo de manuseio de documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; ou deixar de fornecer, quando obrigatório, documento relativo à venda de mercadoria ou prestação de serviço, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Neste ponto, frise-se que, dada a complexidade da matéria, requisitos foram doutrinaria e jurisprudencialmente elencados para que se configure, factualmente, a ocorrência delitiva. Considerado crime material de dolo específico³⁹, aquele que exige que o agente realize a ação com vistas a uma determinada finalidade, diversa da vontade acrisolada à conduta, segundo entendimento de Pedroso, que afirma ainda que “no dolo específico observa-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento incriminado. (...) É a vontade que excede à do tipo, ampliando seu conteúdo subjetivo”⁴⁰, este só se configura quando houver tributo exigível, devidamente inscrito em dívida ativa, nos termos da Súmula Vinculante nº 24, que infere que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”, acrescido de atividade dolosa que exceda o mero inadimplemento por motivos de força maior, com o dolo específico de lesar os cofres públicos e burlar a tributação.

Nesta senda, note-se que há um caráter utilitarista da criminalização do ilícito tributário⁴¹, para além daquele meramente legal, vez que, conforme assevera Hugo Machado, o efeito intimidativo da pena é carreado como forma de haver para o fisco o pagamento do tributo devido.

39 SCHOERPF, Patrícia. Crimes contra a ordem tributária: aspectos constitucionais. Curitiba: Juruá, 2007. p.136

40 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1997, p. 214

41 MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de Direito Penal Tributário. São Paulo: Atlas, 2002, p. 231/232

Importante ressaltar que, embora a Lei 8.137/90 utilize como núcleo dos tipos penais nela positivados os atos de sonegar e a fraudar, é no Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, que estes são conceituados, estando dito em seu artigo 561 que sonegação é “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador”, seja “da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”⁴².

Já a fraude, conceituada no artigo 562 do mesmo diploma legal, é “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais”⁴³, reduzindo o valor devido a título de imposto, evitando ou diferindo o seu pagamento.

Há divergência entre a doutrina dominante e o entendimento jurisprudencial no que concerne à classificação dos tipos de sonegação fiscal entre crimes de mera conduta ou puramente formais. Com a supressão do tributo, tipos penais de resultado vieram a ser criados, surgindo o entendimento de que sem que haja real lesão ao Fisco, o crime não se consuma.

Segundo explica Luiz Flávio Gomes, “sempre representou um tormento para os acusados o fato de já se permitir a instauração de um processo penal enquanto ainda se discute na via administrativa a exigibilidade do tributo ou contribuição objeto do mencionado processo penal”⁴⁴, o que restou superado com a edição da Súmula Vinculante nº 24, já explicada, constituindo esta uma exceção à autonomia das esferas civil e penal.

Com isso, é notório que há diferenças, inclusive de cunho legal, entre a tipificação da penalidade tributária, administrativamente punível, e o dolo necessário para configuração de crime desta ordem, não cabendo, portanto, igual descrição do fato para alcance de responsabilidade nas duas esferas.

⁴² BRASIL. Decreto n. 7.212, de 15 de jun. de 2010.Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Brasília, 2010.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

3.2.2. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Exposto o cenário, é cediço que o ordenamento jurídico pátrio adota o princípio da responsabilidade subjetiva no direito penal, seguindo também as disposições do princípio da culpabilidade, vigindo o entendimento de que o agente responderá pelos fatos por ele praticados onde haja dolo ou culpa. Apesar disto, com o advento da criminalização de atos da pessoa jurídica, considerando o embate doutrinário baseado na teoria da ficção jurídica de Savigny, antagônica à teoria da personalidade real de Gierke, há dois entendimentos sobre o tema.

Para aqueles que adotam a teoria de Savigny, como é o caso de René Dotti, “a responsabilidade penal deve ser atribuída apenas às pessoas físicas, de maneira que os crimes e contravenções não podem ser praticados por pessoas jurídicas, visto que a imputabilidade penal é qualidade inerente aos seres humanos”⁴⁵.

Noutro giro, aqueles que adotam a teoria da realidade afirmam que a pessoa jurídica possui capacidade de atuação, agindo voluntariamente e por desejo próprio, através de seus órgãos. Esta volitividade independe da vontade de seus agentes, em decorrência da atividade orgânica da empresa, de forma que a pessoa jurídica pode transgredir, de maneira consciente, visando a satisfação dos seus interesses enquanto pessoa jurídica⁴⁶, teoria esta aparentemente recepcionada pela CRFB/88 que, em seu artigo 173, §5º, estabelece que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, indo além em relação aos crimes ambientais, que possuem expressa previsão constitucional de sanção penal à pessoa jurídica⁴⁷, regulamentada na Lei 9.605/1998.

Na seara tributária, o sujeito passivo da obrigação é a pessoa a quem incumbe o

⁴⁵ DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 11, jul./set. 1995. p. 201.

⁴⁶ STJ – RESp: 564.960/SC. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 02/06/2005, publicado em 13/06/2005.

⁴⁷ “Art. 225 (omissis)

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

dever legal de recolher aos cofres públicos, nos termos dos artigos 121 e 122 do CTN⁴⁸, podendo ser o contribuinte, aquele que liga-se diretamente à ocorrência do fato gerador, ou seu Responsável Tributário, aquele que tem um vínculo com o contribuinte em virtude das suas funções na atividade empresarial, aduzindo o artigo 128 do referido diploma legal que “a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação”⁴⁹.

Para fins de configuração de crime contra a ordem tributária, ante a necessária justa causa para propositura da ação penal, esta se formará com a cumulação do lançamento definitivo do débito, em atenção à Súmula Vinculante nº 24⁵⁰, e o Estatuto ou Contrato Social da empresa, que indicará quem exercia funções de administração à época dos fatos, seja pela propriedade, participação societária ou administração fiscal e contábil, respaldado pela desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil⁵¹. A responsabilização do sócio não viola o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal⁵², segundo entendimento do Superior Tribunal Federal, *in verbis*

“Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. CRIME SOCIETÁRIO. ART. 41 , CPP . DENEGAÇÃO. 1. Duas são as teses apresentadas na inicial do habeas corpus: a) inépcia da denúncia por falta de individualização da conduta do

48 _____ . Código de Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

49 _____ . Código de Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

50 Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 24. Publicado em 11/12/2009.

51 “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

52 “Art. 5º [...]”

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos (...)” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

paciente; b) falta de justa causa. Registro, no entanto, que a argumentação desenvolvida pelos impetrantes culmina por cuidar das duas questões de modo englobado. 2. Há justa causa para a deflagração e prosseguimento da ação penal contra o paciente, não se tratando de denúncia inepta, seja formal ou materialmente. 3. A denúncia apresenta um conjunto de fatos conhecidos e provados que, tendo relação com a efetiva supressão do valor do crédito tributário, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de relação de causalidade material entre tal redução e a conduta dos denunciados, entre eles o paciente. 4. Não há violação ao devido processo legal ou à ampla defesa, porquanto é clara a narrativa quanto à existência de supressão do tributo no período assinalado através do modus operandi consistente na falta de escrituração das operações econômicas representadas pelas notas fiscais no Livro de Registro de Saídas. Tal imputação - relacionada à efetiva supressão de tributo pela sociedade empresária, sob responsabilidade dos denunciados - deve ser objeto de reação pela defesa do paciente, logicamente representada pelos fatos efetivamente descritos na denúncia. 5. A jurisprudência desta Corte tem considerado que, em sede de crime societário, não se exige a individualização pormenorizada de condutas, mesmo porque normalmente a comunhão de desígnios e vontades quanto à divisão de tarefas e atos executórios para a prática do crime somente é conhecida pelos próprios sócios, e não por terceiros, como exatamente ocorre no caso em tela. (...)⁵³

3.3. ATUAÇÃO DO COMITÊ INTERINSTITUCIONAL DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS DO ESTADO DA BAHIA

No âmbito do Estado da Bahia, o Decreto nº 13.843/2012 criou o CIRA – Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos, com a finalidade de propor medidas para o aprimoramento das ações e busca da efetividade na recuperação de ativos de titularidade do Estado, a serem implementadas pelos órgãos e instituições públicas que o integram, segundo preconiza seu artigo 1º.

O Comitê é integrado pela Secretaria da Fazenda, Ministério Público, Secretaria de Segurança Pública, Secretaria da Administração, Tribunal de Justiça e Procuradoria

⁵³ Superior Tribunal Federal. HC 94773 SP, Relatora: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 02/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Dje-202, em 24-10-2008.

Geral do Estado da Bahia, presidido pelo Secretário da Fazenda, e ao grupo incumbe as atribuições previstas no artigo 4º do referido Decreto, *in verbis*

Art. 4º - Incumbe ao CIRA:

I - propor medidas técnicas, legais e administrativas, visando à recuperação de ativos decorrentes de ilícitos penais, fiscais e administrativos;

II - estabelecer diretrizes para a promoção do desenvolvimento de ações operacionais integradas entre os órgãos e instituições envolvidas, respeitando o planejamento de cada uma delas;

III - promover e incentivar encontros, seminários e cursos relacionados à atividade do CIRA, visando à valorização e aperfeiçoamento técnico de servidores de órgãos e entidades da Administração Pública;

IV - realizar discussões sobre questões estratégicas e técnicas que visem ao aprimoramento da legislação aplicável, bem como dos mecanismos administrativos e gerenciais, no âmbito de cada órgão e instituição que o integra.

Da análise dos processos selecionados em amostra para este trabalho, depreende-se que as investigações acerca do fato delituoso, em sua fase administrativa, são de competência da Secretaria da Fazenda, por meio de sua Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, que oferece ao MPBA notícia crime consubstanciada em Relatório de Inteligência Fiscal – RIF, com fulcro nos artigos 15 e 16 da Lei 8.137/90⁵⁴ e artigo 923 do Decreto Estadual 6.284/97⁵⁵, e elenca, entre os elementos de prova, o demonstrativo do débito sob exame, a qualificação dos sócios ou diretores, agentes do fato, descrição da infração tributária e penal, frise-se neste ponto que sem que haja qualquer pormenorização do fato típico, tratando de maneira equânime a infração administrativa de supressão do tributo àquela que seria considerada conduta criminalmente tipificada, acompanhada do Auto de

54 “Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”

55 “Art. 923 - Os setores competentes da Secretaria da Fazenda, ao tomarem conhecimento de fato que possa caracterizar infração penal de natureza tributária, tal como crime de sonegação fiscal ou crime contra a ordem tributária, conforme previsto na legislação pertinente, farão representação, a ser encaminhada ao Ministério Público para início do processo judicial (Lei federal nº 4. 729/65, arts. 1º a 3º e 7º, e Lei federal nº 8.137/90, arts. 1º a 3º, 14 e 16).

Parágrafo único - O processo fiscal instaurado na esfera administrativa independe da apuração do ilícito penal.”

Infração, cópia do auto de busca e apreensão dos documentos da empresa, quando couber, demonstrativo de apuração do imposto com base no livro de caixa, situação das execuções fiscais relacionadas aos Autos de Infração elencados e outros documentos conexos.

A *notitia criminis*, quando encaminhada ao MPBA, dá origem a um Procedimento Investigatório Criminal – PIC, disciplinado pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com a participação subsidiária dos demais membros do Comitê, em atenção às disposições do Decreto que regulamenta seu funcionamento e atribuições, e não havendo recolhimento ou parcelamento do tributo em seu curso, é oferecida a denúncia por prática de crime contra a ordem tributária⁵⁶.

Noutro giro, ao tempo em que o MPBA é incumbido do andamento do feito na esfera criminal, a PGE é responsável por dar andamento na esfera cível às ações relacionadas ao Auto de Infração apontado na notícia crime, seja com o impulsionamento ou ajuizamento da competente execução fiscal e requerimento de constrição de bens, seja através de meios indiretos de cobrança do tributo, como protesto do título executivo em Cartório⁵⁷.

O papel do Tribunal de Justiça no Comitê do Estado da Bahia é deveras criticado, ante a possibilidade de mácula aos princípios do juiz natural e do livre convencimento motivado. Apesar disto, tal participação justifica-se não pela concessão de privilégios ao Estado enquanto acusador, mas quanto à necessária aplicação de institutos de gestão processual nos gabinetes dos magistrados, em atenção aos preceitos da recente reforma do Código Processual Civil, que impõe aos juízes o papel de “gestores judiciais”, responsáveis pela tramitação dos feitos em prazo razoável⁵⁸.

A estrutura organizacional do CIRA, como bem ressalta o artigo 4º, em seu inciso I do Decreto de criação, volta-se precipuamente à recuperação de ativos para os

⁵⁶ Informação fornecida pelo Promotor de Justiça Luis Alberto Pereira no Seminário CIRA – Aspectos Práticos de Atuação e Discussão de Modelo Nacional, em agosto de 2017.

⁵⁷ Informação fornecida pelo Procurador do Estado Leoncio Ogando Dacal no Seminário CIRA – Aspectos Práticos de Atuação e Discussão de Modelo Nacional, em agosto de 2017.

⁵⁸ Informação fornecida pela Desa. Lourdes Medauar no Seminário CIRA – Aspectos Práticos de Atuação e Discussão de Modelo Nacional, em agosto de 2017.

cofres públicos, a despeito da *ultima ratio* inerente à atuação penal, preconizada pelo princípio da intervenção mínima que, segundo Prado, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos “imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”, dada a gravidade das sanções penais. Desta forma, a intervenção criminal só ocorrerá quando for absolutamente necessária para a convivência harmoniosa e pacífica da sociedade⁵⁹, entendimento este preterido pela cultura imposta pelo Comitê.

4 A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL E A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Atendendo ao princípio da busca da verdade real, dentre outros, segundo Pacelli, a prova “tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica”⁶⁰. No mesmo sentido posiciona-se Renato Brasileiro, ao afirmar que “em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”, e vai além, aduzindo que, para além deste, há também três significados distintos em sentido estrito para a palavra, quais sejam, prova como atividade, como resultado e como meio. Prova como atividade probatória equivale ao conjunto de atividades de constatação e manifestação de um fato em busca da verdade; a prova como resultado, por sua vez, caracteriza-se pela formação da convicção do juiz no curso da instrução processual; e a prova como meio seriam os “instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática”⁶¹.

Em outras palavras, conforme aduz Giacomolli, “provar no processo é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato (que), num

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 115.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. Rev., at., ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 173

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis”, que continua, afirmando que “também é proceder à verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que possa ser emitido um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos”⁶², bem assim acerca da responsabilidade criminal do imputado.

É atribuído, portanto, ao esforço probatório, o ônus de legitimador da decisão condenatória, conforme assevera Taruffo, que diz que “sendo destinada à apuração da verdade dos fatos, a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo método que permita seu controle e determine sua validade”⁶³, entendimento este também fundado nas considerações de Ferrajoli, que preceitua que “é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados)”⁶⁴.

4.1. MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA E SISTEMA DE AVALIAÇÃO

Os meios de obtenção da prova são os instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova são introduzidos no processo, podendo ser: interrogatório, perícia, acareação, prova documental e outros, sendo relevante ao estudo aqui proposto o exame da prova documental no processo penal.

Define o artigo 232 do CPP como sendo documento “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. Aragonese Alonso explica que documento pode ser toda classe de objetos que tenham uma função probatória, contanto que esses, por sua índole, sejam suscetíveis de ser levados ante a presença judicial”⁶⁵.

Insta salientar que, embora diversos sejam os meios de obtenção da prova na

⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. Valor da Prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José et al (Orgs). *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁶³ TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 224.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 498.

⁶⁵ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madrid, Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984. p. 278.

persecução criminal, não há hierarquização entre as provas produzidas, ou seja, todas devem ser valoradas de igual modo na formação do convencimento do julgador⁶⁶, desde que sua decisão esteja fundamentada nas provas constantes dos autos. O princípio da íntima convicção, ou livre convencimento motivado, surge como uma superação do modelo de prova tarifada ou tabelada, vez que o juiz não precisa obedecer a critérios de avaliação das provas. Nas palavras de Aury Lopes, “o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha de fundamentar sua decisão)”⁶⁷.

Significa dizer que “não há submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia”, de acordo ainda com Aury, que segue afirmando que “também decorre da própria ausência de um sistema de prova tarifada, de modo que todas as provas são relativas, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras, nem mesmo as provas técnicas”⁶⁸. Nesse sentido, segundo Eberhardt, “para que o magistrado profira a decisão, é necessário que se convença da maior probabilidade de veracidade de uma hipótese em relação à outra”. E é através da produção de provas que ocorrerá a formação desse convencimento, observando-se, sobretudo, o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.⁶⁹

Constatada sua importância no estudo do processo penal, vê-se que a prova deve ser considerada numa perspectiva que lhe atribua juízo de admissibilidade, verificada sua validade, legalidade e fiabilidade, juízo este introduzido com a teoria da cadeia de custódia da prova.

4.2. A PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

Com isso, é notório que a fonte da prova obtida fora do curso processual deve ser

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 259

⁶⁷ *Ibidem*, p. 205.

⁶⁸ *Ibidem*, *idem*.

⁶⁹ EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

cercada de precauções, considerando não só a dificuldade do réu em exercer o contraditório sobre este elemento, mas também pela concentração do ônus probatório no Estado-acusador, vez que este não só produz a prova juntada aos autos mas também detém sua guarda, além da constatação de que “a convicção judicial deve ser situada teórica e idealmente no polo oposto da crença”⁷⁰.

A preservação da cadeia de custódia no curso da persecução criminal nasce, precipuamente, da constatação de que não há como o órgão julgador pautar seu convencimento em uma prova de fontes desconhecidas. Segundo assevera Geraldo Prado, é de suma importância que se possa verificar, no atual processo penal, “a estrita legalidade da obtenção e da manutenção destas fontes em condição de serem consultadas, oportunamente, pelas partes”⁷¹. Entretanto, para além das suas fontes, é necessário que se tenha conhecimento de toda a cadeia de custódia da prova, que equivale, conforme entendimento de Alberi Espíndula, à “garantia de total proteção aos elementos encontrados e que terão um caminho a percorrer, passando por manuseio de pessoas, análises, estudos, experimentações e demonstração – apresentação, até o ato final do processo criminal”⁷².

Meintjes-Van Der Walt afirma que “uma cadeia de custódia apropriada requer três tipos de prova: (1) prova de que uma amostra da evidência tem o significado que deve ter (...); (2) registro cronológico de posse de cada indivíduo que a ela teve acesso (...)”, e ainda, “(3) registro de cada pessoa que esteve em posse de amostras da prova colhida”⁷³, o que significa dizer que cabe à cadeia de custódia, simultaneamente, a manutenção das características da prova e a documentação do processamento da mesma.

⁷⁰ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 85.

⁷¹ Ibidem, idem.

⁷² ESPINDULA, Alberi. *Perícia Criminal e Cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3ª ed: Campinas: Millenium, 2009.

⁷³ “A proper chain of custody requires three types of testimony: (1) evidence that a piece of evidence is what it purports to be (for example, bloodied clothing, the accused’s or the deceased’s blood sample); (2) evidence of continuous possession by each individual who has had possession of the evidence from the time it was seized until the time it was analysed in the laboratory and (3) evidence by each person who has had possession that the particular piece of evidence remained in substantially the same condition from the moment one person took possession until the moment that person released the evidence into the custody of another (for example, testimony that the evidence was stored in a secure location where no one but the person who had custody had access to it)”. MEINTJES-VAN DER WALT, Lirieka. *The Chain of custody and formal admissions*. South African Journal of Criminal Justice, vol 23, I. 3, 2010. pg 373. (traduziu-se)

Com isso, conforme posição de Prado, o instituto tem por objetivo discutir a real possibilidade de manipulação indevida dos elementos probatórios, vez que a cadeia de custódia da prova “leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade”⁷⁴. Trata-se de dar ao acusado a garantia, constitucionalmente prevista, de conservação da prova, garantindo sua integridade e confiabilidade, seguindo os princípios da mesmidade e da desconfiança.

Por mesmidade, “entende-se que a garantia de que a prova valorada é exatamente e integralmente aquela que foi colhida”⁷⁵, diretamente ligado ao direito de defesa do acusado. A desconfiança, por outro lado, refere-se à exigência de que o esforço probatório deve ser “acreditado”, sendo submetido a procedimento com vistas a garantir que tais objetos correspondem ao que a parte alega. Prado, neste ponto, explica que, relativo às provas, se exige a “intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório, há que ser ‘acreditado’, legitimado, valorado desde sua coleta até a produção em juízo para ter valor probatório”⁷⁶.

Explica Prado que existe “um sistema de controle epistêmico da atividade probatória que assegura (e exige) a autenticidade de determinados elementos probatórios”⁷⁷. O autor demonstra que há um movimento pendular que leva a ilicitude original da prova àquela por derivação, o que chama de conexão de antijuridicidade.

Neste ponto, o autor ensina que a contaminação deve ser ponderada por meio da causalidade naturalística ou da causalidade normativa. Na primeira hipótese, contamina toda a prova derivada, em virtude do nexos causal físico, naturalístico, fazendo com que toda ela seja declarada ilícita e desentranhada dos autos do processo. Na segunda, por outro lado, interdita o emprego do conhecimento obtido pela prova ilícita para interpretar provas aparentemente produzidas sem filiação

74 PRADO, Geraldo. *Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, nº 262, set/2014. p. 16-17.

75 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 91.

76 *Ibidem*, p.285.

77 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 285.

direta e imediata com a prova declara ilícita, devendo esta última ser excluída⁷⁸.

5 ILICITUDE DA PROVA PRÉ-PROCESSUAL DECORRENTE DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM AÇÕES PROMOVIDAS PELO CIRA-BA: ESTUDO DE CASO

Foram selecionados para fins de estudo de caso neste Trabalho os processos judiciais 0529852-09.2014.8.05.0001 (Anexo 1), 0363611-79.2013.8.05.0001 (Anexo 2), 0521770-86.2014.8.05.0001 (Anexo 3), promovidos pelo GAESF, incumbido de suas atribuições enquanto representante do MPBA no Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado da Bahia, em desfavor de gestores de empresas contribuintes de ICMS no Estado da Bahia, nos termos a seguir expostos.

No processo 0529852-09.2014.8.05.0001, aduz a peça vestibular que o denunciado, enquanto administrador de fato e de direito da empresa à época dos fatos, empreendeu manobra fraudulenta com o objetivo de sonegação de tributo, consistindo na omissão de saídas de mercadorias tributáveis e no recolhimento a menor do ICMS devido, indicando como marco temporal o exercício fechado nos de 2006 e 2007, sem que fosse explicitada a descrição do fato delituoso, conforme preceitua o artigo 41 do CPP⁷⁹. Assevera, ainda, que em decorrência da fraude fiscal, o denunciado suprimiu o pagamento do imposto devido, lavrado o competente Auto de Infração, que implicou em um débito fiscal de grande monta, devidamente inscrito em Dívida Ativa, após o trâmite regular do processo administrativo, com apresentação de Recurso Voluntário pelo contribuinte na instância cabível. A partir destes únicos fatos expostos, concluiu o *Parquet* pela incursão do denunciado nas sanções previstas no art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, requerendo ainda a habilitação do Estado da Bahia, enquanto ofendido, na condição de assistente de acusação por sua Procuradoria do Estado.

⁷⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. passim.

⁷⁹ “Art. 41 A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Ressalte-se que a denúncia foi recebida em decisão interlocutória proferida em junho de 2014 sem que, contudo, estivesse anexada a notícia crime em sua inteireza aos autos, o que foi regularizado pelo MPBA após a determinação de citação do acusado. As provas juntadas, consideradas suficientes à formação da justa causa da ação penal, são o Auto de Infração lavrado em face da empresa, o relatório de auditoria de estoques, cópia do PAF, certidão da dívida ativa e o contrato social da empresa com suas alterações subseqüentes, para fins de identificação do administrador.

Como defesa, o acusado alegou que há discussão na esfera cível sobre a real existência do débito ora questionado, tendo recorrido, inclusive, administrativamente, entendendo que, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível é requisito essencial para legitimidade da ação penal, junto ao dolo, não bastando para configuração de ilícito penal o mero inadimplemento. Questiona, ainda, a tipicidade do fato, vez que não há conduta de omissão consciente de informações às autoridades fazendárias, aportando-se nos ensinamentos de Schoerpf, que assevera que “o dolo é elemento nuclear dos crimes tributários”⁸⁰.

Em audiência instrutória, conforme indicado na inicial, a única testemunha arrolada e ouvida em juízo foi o Auditor Fiscal do quadro efetivo de servidores da SEFAZ responsável pela autuação, sem oitiva do réu, declarada sua revelia, tendo sido argüida a nulidade em sede de memoriais, vez que houve pedido devidamente fundamentado de expedição de precatória para que o réu pudesse ser interrogado na comarca em que se encontra, ratificando, ainda, as teses já levantadas em sede de resposta à acusação.

O acusado restou condenado em primeira instância, seguindo o processo em grau de recurso, tendo sido considerado incurso nas sanções previstas no artigo 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90, com fulcro no entendimento do magistrado de que é suficiente para a configuração do delito ali prescrito a comprovação do dolo genérico, consistente em omitir informação ou prestar falsa declaração,

⁸⁰ SCHOERPF, Patrícia. Crimes contra a ordem tributária: aspectos constitucionais. Curitiba: Juruá, 2007. p. 136.

independente de prova de que o réu tinha a intenção de obter vantagem indevida em prejuízo ao erário.

Na ação penal 0363611-79.2013.8.05.0001, foram denunciados cinco sócios em conjunto como incurso nas penalidades do artigo 1º, incisos I, II e IV da Lei 8.137/90, crime continuado, por suposta fraude à fiscalização tributária, consistente em vender mercadorias tributadas a consumidor final realizadas pela filial de Salvador, que é contribuinte no Estado da Bahia, enquanto estas eram remetidas ao Estado de São Paulo, ressaltando-se aqui que, assim como verificado no primeiro processo analisado, aqui é utilizada a infração tributária como bastante para a tipificação penal.

O processo é arrimado em notícia crime oferecida pela INFIP, que compila documentos de ordem fiscal coletados, tais como demonstrativo de auditoria fiscal, cópia de peças selecionadas (frise-se) do processo administrativo, tendo o contribuinte apresentado Recurso Voluntário, irrisignado com o A.I. lavrado, Contrato Social e Notas Fiscais relativas às transações apontadas.

Em resposta à acusação assevera, em apertada síntese, que a inicial acusatória resta inepta em virtude da violação do princípio da responsabilidade penal subjetiva, além de carecer de justa causa para propositura da ação penal, ante a inexistência de crédito definitivo e atipicidade da conduta, considerando que o débito consubstanciado no Auto mencionado ainda é questionado na esfera cível⁸¹.

Restou por ser concedida ordem em *Habeas Corpus*, impetrado perante a Segunda Instância, onde foi determinado o trancamento da ação penal, em virtude da declaração de inexigibilidade do crédito tributário que ensejou a persecução criminal nos autos da apelação nº 0149996-45.2009.805.0001.

⁸¹ “Havendo a discussão quanto à constituição definitiva do crédito tributário em Ação Declaratória c/c Anulatória de Débito Tributário com a concessão de pedido de antecipação de tutela, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, é prudente que se determine a suspensão do processo, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o julgamento definitivo na esfera cível” (Superior Tribunal de Justiça, RHC 24540, Relator Min. Og Fernandes, julgado em 19.10.2010, publicado no DJ de 17.12.2010)

No último processo, ação penal nº 0521770-86.2014.8.05.0001, foram denunciados dezessete Conselheiros de Administração da empresa como incurso no artigo 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorrentes de vendas realizadas sem emissão de nota fiscal ou registro nos livros fiscais de entrada e saída de mercadorias, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

A peça vestibular baseou-se em notícia crime igualmente oferecida pela SEFAZ/BA, acompanhada de dados fiscais da empresa, Auto de Infração onde está consubstanciado o débito, em montante superior a R\$1 mi (um milhão de reais), levantamento de quantitativo de estoque, Livros Fiscais de Registro de Inventário, cópia do Processo Administrativo Fiscal, onde verifica-se apresentação de Recurso Voluntário por parte da empresa, Contrato Social e alterações subseqüentes registradas na JUCEB.

A denúncia foi recebida em decisão proferida em maio de 2014, tendo alguns dos denunciados apresentado suas resposta à acusação, aduzindo que o Auto arrimador da presente ação foi lavrado com base em mera presunção legal, diferente este da verdade, não podendo ser admitido na esfera criminal, além de afirmar que a empresa, em sede de processo administrativo, requereu a realização de perícia em seus estoques com o fito de comprovar que as diferenças apontadas eram aparentes para fins tributários, vez que não alteravam o fato gerador do ICMS. Alega ainda que há depósito do montante integral do crédito tributário em ação anulatória que tramita perante o juízo cível, muito anterior à denúncia ora oferecida, o que demonstraria boa fé da empresa, estando ausente o dolo, sem o qual o crime tributário não se configura. Por fim, entende que há inépcia da inicial, por não haver individualização da conduta, ferindo, inclusive, os ditames do artigo 13 do Código Penal⁸², que diz que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

82 BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

Posteriormente, o julgador entendeu pela reconsideração da decisão que recebeu a denúncia para rejeitá-la por inépcia, lastreada a decisão no entendimento de que, embora seja dispensável a descrição minuciosa da conduta dos acusados em hipóteses de crimes societários, em virtude da demonstração de vínculo dos acusados com a sociedade empresarial, trata-se no presente caso de sociedade anônima de capital aberto, em que os atos gerenciais não são indistintamente praticados por todos os acionistas ou mesmo conselheiros, não havendo na peça vestibular qualquer especificação, ainda que sucinta, da contribuição de cada um dos denunciados para a suposta fraude cometida. Registra, neste ponto, que o órgão executivo empresarial seria a diretoria, conforme entendimento de Fábio Ulhôa, que diz que “a diretoria, por seu turno, é o órgão executivo da companhia. Aos seus membros compete, no plano interno, dirigir a empresa e, externamente, manifestar a vontade da pessoa jurídica na geralidade dos atos e negócios”⁸³, demonstrando que a 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do TJBA decidiu recentemente no mesmo sentido⁸⁴.

Comum a todos os processos está a origem da investigação inquisitorial que, como visto, não é atribuição exclusiva da polícia judiciária, sendo esta oriundas das atividades de Inspeção específica no âmbito da Secretaria da Fazenda Estadual. Cumpre registrar, neste ponto, com base no escorço fático já ilustrado e amparo legal exposto, que sendo a SEFAZ não só interessada mas, sobretudo, incumbida da recuperação de ativos para os cofres públicos no Estado, este material probatório, quando recebido pelo Ministério Público, em atenção à incumbência constitucional deste órgão de *custos legis*, haveria que ser estudado com vistas a garantir que a prova atenda aos ditames do devido processo legal, o que resta prejudicado, inclusive, em virtude da participação do MPBA no Comitê – este passa

83 COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 226.

84 “Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE APENAS CONSIDEROU A CONDIÇÃO DOS DENUNCIADOS DENTRO DA EMPRESA, SEM DEMONSTRAR O MÍNIMO NEXO CAUSAL ENTRE OS ACUSADOS E A CONDUTA IMPUTADA. NÃO SE PODE LEVAR EM CONTA APENAS A QUALIDADE DA PESSOA DENTRO DA EMPRESA SEM APONTAR EXISTÊNCIA DE VÍNCULO COM A CONDUTA PRATICADA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. RECURSO DESPROVIDO. No caso dos autos, observa-se que não se demonstrou de que forma os Recorridos concorreram para o fato delituoso a eles imputado na acusação, tendo sido atribuída a conduta criminosa exclusivamente pelo fato de serem eles membros dos Conselhos Fiscal e de Administração” (TJBA. 2ª Câmara Criminal – 2ª Turma – Relatora Desa. Nágila Maria Sales Brito. RESE nº 0310846-63.2015.805.0001)

a atuar, em conjunto com as instâncias arrecadoras, como interessado na recuperação do crédito tributário, constatando-se, com isso, uma contaminação na representação do Ministério Público.

5.1. AÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA O ADIMPLEMENTO DO TRIBUTO

Expostos os processos, vê-se que todas as denúncias se baseiam em notícia crime apresentada pela SEFAZ/BA, através de sua Inspeção, enquanto integrante do CIRA/BA. Compete à Secretaria da Fazenda⁸⁵, nos termos do artigo 2º do seu Regimento Interno⁸⁶, coordenar e avaliar a política tributária, financeira, contábil e previdenciária do Estado; fiscalizar e arrecadar tributos e todos os componentes da receita pública estadual; proceder à orientação fiscal e tributária; administrar a contabilidade geral do Estado; coordenar e executar as atividades relativas ao Sistema Financeiro e de Contabilidade do Estado; promover o desenvolvimento dos recursos humanos e realizar pesquisas com vistas ao aperfeiçoamento dos serviços fazendários; coordenar e supervisionar a política de investimento e financiamento do Estado; dentre outras atividades, sendo, portanto, responsável pela arrecadação estadual.

O CIRA, conforme visto anteriormente, foi instituído pelo Decreto nº 13.843, de 29 de março de 2012 (Anexo 5), presidido pelo Secretário da Fazenda, com a finalidade “de propor medidas para o aprimoramento das ações e busca da efetividade na recuperação de ativos de titularidade do Estado”⁸⁷, inclusive através da provocação de ações penais. Com isto, é notório que há um objetivo maior que a responsabilização por suposto cometimento de ilícito penal nas denúncias

85 Criada pela Lei nº 115, de 16 de agosto de 1895, transformada pelo Decreto-Lei nº 11.889, de 30 de abril de 1941 e reorganizada pelas Leis nº 6.074, de 22 de maio de 1991, nº 7.249, de 07 de janeiro de 1998, nº 7.435, de 30 de dezembro de 1998, nº 10.955, de 21 de dezembro de 2007, e nº 13.204, de 11 de dezembro de 2014.

86 Decreto nº 16.406, de 13 de novembro de 2015.

87 “Art. 1º - Fica criado o Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos - CIRA, com a finalidade de propor medidas para o aprimoramento das ações e busca da efetividade na recuperação de ativos de titularidade do Estado, a serem implementadas pelos órgãos e instituições públicas que o integram.”

oferecidas – o processo criminal passa a atuar como medida indireta de cobrança do crédito tributário –.

Este panorama é sociologicamente explicado por Ulrich Beck, que afirma que, dado o atual cenário de riscos e ameaças inerentes à modernização e ao capitalismo, logo, criando inúmeras possibilidades de ofensa aos bens jurídicos tutelados, a sociedade atual se organiza para reprimir riscos⁸⁸. Tal afirmação nos leva a concluir que, incumbido o direito penal da proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, este deixa de atuar repressivamente, em *ultima ratio*, para se estruturar como forma de repressão de riscos, *prima facie*, em detrimento de outras medidas de caráter administrativo que poderiam ser suficientes à tutela do bem jurídico que se pretende proteger.

Para fins de triagem dos processos analisados neste Trabalho, outros quarenta processos penais foram avaliados, conforme consta no Anexo 4, sendo verificado que nenhum dos Autos de Infração que deram origem a ações penais por suposto ilícito, no momento da propositura da ação, tem valor questionado de pouca relevância para o Fisco Estadual, apesar do valor do crédito tributário de grande vulto – sem pretensões de, neste ponto, discutir a aplicação do princípio da insignificância *in casu* –, não importar para tipificação de crime contra a ordem tributária.

As conclusões aqui expostas tornam-se mais nítidas quando verifica-se que há extinção da punibilidade em virtude do pagamento integral do débito tributário, nos termos do artigo 69 da Lei 11.941/2009, que anuncia que “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no artigo 68 [arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A, CP] quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais”, ao passo que o seu parcelamento suspende a pretensão punitiva do Estado⁸⁹.

88 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34. 2010.

89 Art. 83, § 1º da Lei 9.430/96. Dispõe sobre a tributação federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

Ora, considerados os prejuízos que de um processo criminal podem resultar para a pessoa do denunciado, a punibilidade do agente passa a ser, com isso, uma medida coercitiva para o pagamento do crédito tributário – ainda que este esteja sendo questionado na esfera cível –. É possível inferir, nesta senda, que o objetivo precípua do Fisco, para além da criminalização das condutas, é estimular a recuperação do crédito em virtude do risco que é posto ao contribuinte de incorrer em crime contra a ordem tributária.

5.2. ILICITUDE DA PROVA INQUISITORIAL

Conforme exposto, as provas provenientes dos atos de investigação produzidos pela SEFAZ/BA não são desentranhados do processo, a despeito de não submeter-se ao crivo da ampla defesa e do contraditório – não podendo se confundir com as defesas eventualmente apresentadas em sede de processo administrativo fiscal, vez que, naquele momento, a empresa, enquanto contribuinte, apresenta sua irresignação em relação à existência ou não de débito tributário, diferente da defesa de seus sócios/dirigentes em caso de imputação de responsabilidade penal –, inclusive com os registros fiscais da empresa elencados como escorço probatório, havendo, portanto, violação efetiva de direitos subjetivos dos acusados.

A notícia crime apresentada pela INFIP pauta-se em disposições tributárias (Anexo 3), sem qualquer menção à tipicidade penal dos fatos narrados, e assim é carreada aos autos do processo sem que haja documentação de qualquer procedimento investigatório por parte do MPBA antecedente ao oferecimento da denúncia, reafirmando-se, assim, o caráter coercitivo das ações. A partir daí, considerando que tal documento baseia-se em relatório produzido com a finalidade de incriminação do agente, passar-se-á ao enfrentamento da hipótese de ilicitude da prova produzida pela SEFAZ/BA.

Em sua obra, Prado afirma que “em um processo penal que se legitima a partir da verdade processual, não de vigorar providências que resguardem de fato o caráter

cognitivo da persecução penal, que não se justifica juridicamente quando fundadas em impressões pessoais⁹⁰, ou seja, a persecução criminal não pode destinar-se a incriminar alguém por motivos estranhos a este plano.

Sobre este aspecto, Taruffo afirma que “um enfoque diverso concebe a prova meramente como um meio de persuasão utilizado pelas partes com o fim de convencer o julgador de que uma versão deve ser preferida à outra”, que segue, alegando ainda que “a partir do momento em que a prova pretende produzir uma crença na mente dos juízes, parece apropriado falar de uma ‘função retórica’ da prova” que, nesta perspectiva, faz que com o papel do tribunal seja a de um sujeito que é persuadido por outros sujeitos para crer em algo, e não de um sujeito que busca a verdade objetiva de algo.⁹¹

Conforme preleciona Leandro Prado, as “provas ilícitas, *lato sensu*, são aquelas obtidas com violação à lei, como as efetivadas através de escuta clandestina, tortura, invasão de domicílio, violação de correspondência etc⁹². Nos termos do artigo 157 do CPP, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais⁹³, explicando Renato Brasileiro que, ante o silêncio da norma em definir a prova ilícita, a doutrina nacional baseou-se na lição do italiano Pietro Nuvolone, que diz que “a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual⁹⁴”.

90 PRADO, Geraldo. *Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, nº 262, set/2014. p. 18.

91 “Un enfoque diverso concibe a la prueba meramente como un medio de persuasión utilizado por las partes a efectos de convencer al juzgador de que una versión de los hechos debe ser preferida a otra versión. Desde que el propósito de la prueba es producir una creencia en la mente de los jueces, parece apropiado hablar de una “función retórica” de la prueba. En esta perspectiva, el papel del tribunal es el de un sujeto que es persuadido por otros sujetos (los abogados) para creer algo, no el de un sujeto que busca la verdad objetiva de algo.” TARUFFO, Michelle. *La Prueba, artículos y Conferencias*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 78. (traduziu-se)

92 PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 11

93 _____, *Código de Processo Penal*. Decreto Lei nº3689 de 3 de outubro de 1941.

94 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 533.

Com isso, já estudados os princípios e conceitos pertinentes ao presente Trabalho, passar-se-á a confrontá-los com o esforço probatório das ações promovidas pelo CIRA/BA e com a Teoria da Quebra da Cadeia de Custódia da Prova.

Da análise dos processos apontados, fica exposto que a prova oriunda da Fazenda Estadual, em detrimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da comunhão da prova e outros, é elaborada com o objetivo de convencimento do juízo daquilo que atende interesses próprios diversos da efetiva necessidade de sanção penal a ato ilícito.

Sobre esta expansão da intervenção penal, Raúl Arana afirma que “esta política criminal [...] viria minando os princípios do Direito Penal ao flexibilizar os critérios de imputação penal, ao debilitar as garantias penais do indivíduo, ao dar prioridade aos interesses coletivos em detrimento dos individuais”⁹⁵. O autor aponta que, embora reconheça os riscos da sociedade contemporânea, a intervenção penal não deve ocupar-se do combate a riscos, vez que isto importaria em flexibilizar os princípios norteadores desta área⁹⁶, o que não se admite em se tratando de disposições emanadas da Constituição Federal.

Esta não é a posição de Carl-Friedrich Stuckenberg que, ao debruçar-se sobre o estudo da Teoria do Bem Jurídico, afirma que “o conceito de 'bem jurídico' é uma expressão puramente formal do resultado de um juízo de valor realizado pelo direito positivo de que algo é protegido pela lei e, portanto, considerado digno de tal proteção”⁹⁷, sem que, no entanto, esta teoria consiga explicar a razão pela qual o direito penal deve proteger apenas bens jurídicos.

⁹⁵ “Se objeta que esta intervención vendría socavando los principios del Derecho penal al flexibilizar los criterios de imputación penal, al debilitar las garantías penales del individuo, al dar prioridad a los intereses colectivos antes que a los intereses individuales (...)”. ARANA, Raúl Pariona. *El derecho penal moderno*. In Revista Penal de la Universidad de Huelva, nº 20, 2007. p. 155-156. (traduziu-se)

⁹⁶ Ibidem. p. 157.

⁹⁷ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S.l.], v. 2, n. 1, nov. 2014. ISSN 2358-1956. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51810/31972>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

Adota-se neste estudo a primeira corrente, também apoiada por Regis Prado, que assevera que "os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes"⁹⁸. Se considerarmos que a intervenção penal é legítima para solucionar, por meio do seu caráter persuasivo, os riscos e danos de todas as esferas da vida em sociedade, estar-se-á preterindo os princípios preconizados na Magna Carta, ao violar o devido processo legal e demais preceitos.

A ilicitude da prova inquisitorial produzida no âmbito do CIRA/BA encontra-se, assim, primeiramente baseada na violação aos princípios positivados, explícita ou implicitamente, na CRFB/88, não submetidas ao contraditório, sendo privado o acusado do seu direito constitucional à ampla defesa. Esta conclusão torna-se mais evidente ao constatar que, no curso do processo criminal, os denunciados como supostamente incurso nas sanções previstas na Lei 8.137/90 não conseguem produzir prova capaz de contraditar os atos ilícitos que lhes são imputados – vez que nem mesmo esta imputação está devidamente pormenorizada na peça acusatória –, por não haver nos autos, de igual modo, indícios mínimos da relação daquele esforço probatório e o nexo causal entre o delito apontado e eventual conduta dos agentes.

Ademais, com base na Teoria da Quebra da Cadeia de Custódia anteriormente explicitada, haveria que se registrar as fontes da prova e verificar se esta chegou ao processo em sua inteireza, da mesma forma que efetivamente foi colhida. Considerando que os processos são datados dos anos de 2013 a 2014, vê-se que as infrações apontadas datam de exercícios em muito anteriores àqueles, sem que haja precisão dos parâmetros estabelecidos para localização do Auto de Infração que seja proveniente de crime contra a ordem tributária.

Significa dizer que haveria que se documentar, com fidelidade, os passos percorridos pela autoridade fazendária desde o descobrimento do suposto indício de ilícito penal, as análises a que foi submetida a evidência, até a sua conclusão, para que se tenha conhecimento das fontes desta prova e certeza de sua licitude, como

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

bem assevera Geraldo Prado, ao afirmar que “o rastreamento das fontes de prova será um tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída”⁹⁹. Sem esse rastreamento, continua o autor, “a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado”¹⁰⁰.

Outra questão digna de registro é a ausência de tipificação penal para apresentação da notícia crime, fundamentação esta ainda utilizada na peça vestibular da denúncia, confundindo-se o ilícito tributário – em que pese haver casos onde sequer este ilícito está estabilizado, considerando a possibilidade de impugnação do A.I. nas vias administrativa e judicial – com o ilícito criminalmente punível.

Infere-se da leitura dos Relatórios aspectos relevantes a partir da ótica do Estado-arrecadador: são expostos os bens passíveis de constrição identificados em nome dos responsáveis tributários elencados na Certidão de Dívida Ativa, as infrações constantes da CDA, o débito consolidado da empresa em desfavor do Estado da Bahia, saldo de débito no Auto de Infração que dá origem ao crime ora apontado, e documentos probatórios destes dados. Importa aqui destacar que não há produção de prova pericial, mas tão somente apresentação de documentos por parte do Fisco, parcialmente produzidos, ante o notório interesse na recuperação do crédito tributário em apreço.

Conforme visto, há Autos de Infração apontados em processos criminais que estão ainda sendo questionados na esfera cível – sem que tal aspecto seja mencionado no Relatório ora produzido pela INFIP –. Significa dizer, portanto, que a prova apresentada se destina ao convencimento do julgador daquele posicionamento almejado pela Fazenda Estadual, de modo a desconsiderar a possibilidade de improcedência da autuação e conseguir, a despeito desta, a incorporação daquele valor aos cofres públicos.

99 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.79.

100 Ibidem, idem.

Não outra poderia ser a conclusão extraída destes fatos, senão aquela exposta por Prado, que explica que, além de possibilitar lacunas nos elementos probatórios e torná-los incapazes de orientar em outro sentido a conclusão judicial acerca dos fatos penalmente relevantes – se existirem –, a quebra da cadeia de custódia indica a perversão da finalidade da [prova] cautelar: ao invés de obter e preservar elementos informativos, a medida tende a instrumentalizar ações abusivas de supressão de alguns destes elementos, se servindo dos remanescentes para produção de um efeito alucinatório das evidências¹⁰¹.

A não preservação da prova e suas fontes, atendendo aos ditames da mesmidade e da desconfiança, configurando sua produção parcial, levam à ilicitude desta, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, vez que são produzidas em desacordo com os preceitos constitucionais, violada a simétrica paridade de armas entre as partes do processo, a ampla defesa e o exercício do direito ao contraditório por parte do acusado, que deixa de ter acesso às mesmas fontes e elementos conhecidos pela acusação, desequilibrando a situação das partes no processo.

Este foi o entendimento adotado no *decisum* proferido no HC 160.662/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que identificou a Quebra da Cadeia de Custódia em virtude da não preservação da integridade das fontes e elementos de prova obtidas através da quebra de sigilo telefônico e telemático, reconhecendo a violação à paridade de armas, ampla defesa, ao devido processo legal, ao contraditório, à unidade e comunhão da prova, determinando, por conseguinte, a exclusão da prova, considerada ilícita, por resultar da violação a normas de direito processual, tanto em relação a regras procedimentais quanto às garantias constitucionais¹⁰².

De fato, a cadeia de custódia “nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”¹⁰³. Geraldo Prado entende

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.88.

¹⁰² STJ - HC 160.662/RJ. 6ª Turma. Relatora Min. Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, publicado em 17/03/2014.

¹⁰³ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

que, verificada a ocorrência de quebra da cadeia de custódia, impõe-se a exclusão destas evidências, vez que, além de romper com a fiabilidade das fontes da prova, tal quebra exige que se passe a vislumbrar a possibilidade de indevida manipulação dos elementos informativos colhidos¹⁰⁴.

6 COMO A REFORMA PROCESSUAL CHILENA PODE CONTRIBUIR PARA A EVOLUÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Evidenciou-se, até o momento, os danos advindos da quebra da cadeia de custódia da prova inquisitorial, a partir da análise de ações promovidas pelo Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado da Bahia, e necessária exclusão desta com a verificação da sua ilicitude. Considerando ser esta a única prova juntada com o condão de formular o convencimento do juiz, já que, em audiência instrutória, limita-se a fazer esclarecimentos técnicos sobre o Auto e demais evidências trazidas na inicial pelo Auditor autuante, nítida fica a insegurança quanto aos rumos do processo após esta providência.

Solução possível para o problema está nos procedimentos adotados pela recente reforma processual chilena de 2005, sendo “a principal bandeira dos processos de reforma da justiça na América Latina [...] a necessidade de abandonar práticas inquisitoriais e adequar o processo penal a um modelo compatível com a nova experiência democrática”¹⁰⁵. Tais mudanças tem amparo, para além da adoção do sistema acusatório em sua forma mais pura, no movimento anti-inquisitorial que se alastra na América Latina, por entender os danos sofridos ao acusado neste sistema.

¹⁰⁴ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

¹⁰⁵ FREITAS, Jéssica. Juício abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Vol. II. Santiago: Ceja, 2018. p. 184.

Entende-se que, para configuração de um sistema acusatório, alguns pressupostos básicos devem ser atendidos, tais como a garantia da paridades de armas, o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, estado de inocência do acusado, dentre outros. O sistema processual penal brasileiro é extremamente burocrático, pretere a oralidade, mitiga o contraditório e a ampla defesa, sobretudo com a utilização de peças oriundas de investigação inquisitorial¹⁰⁶, o que ganha ainda mais relevo com a quebra da cadeia de custódia destas evidências.

A reforma processual chilena na seara penal promoveu tramitação célere na demanda judicial. Primeiramente, ao contrário do que ocorre no ordenamento brasileiro, a ação penal é regida pelo princípio da oportunidade, que consiste, segundo Binder, em um “conjunto de regras que flexibilizam as obrigações de exercer a ação pública e sua indisponibilidade”¹⁰⁷.

Ravazzano explica que o processo chileno é composto por três etapas, que são: o juízo de garantias; a etapa intermediária, que verifica se as provas colhidas e produzidas, por ambas as partes, são legais e podem ser usadas no juízo oral; e esta última, fase instrutória, onde acontece o julgamento, realizado por três juízes que não tiveram contato com o processo anteriormente, o que garante sua imparcialidade. Além disso, todas as peças são digitalizadas, conferido acesso à defesa das provas já produzidas, sendo que estes também podem requerer ao Ministério Público a produção de alguma prova na fase preliminar de investigação, franqueado o exercício do contraditório¹⁰⁸.

O Tribunal de Garantia, primeira etapa processual, é onde ocorre a primeira audiência, denominada controle de detenção. Constitui-se o juízo encarregado de verificar as condições do crime, velando pelo devido processo legal, já definindo, ao

¹⁰⁶ RAVAZZANO, Fernanda. *A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil*. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹⁰⁷ BINDER, A. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 150.

¹⁰⁸ RAVAZZANO, Fernanda. *A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil*. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

seu fim, a audiência de instrução e julgamento, realizada pelo Tribunal Oral, na terceira etapa.

À etapa intermediária, conforme aduzido acima, importa verificar a fiabilidade e licitude das provas colhidas pelo órgão acusador, sendo permitido também à defesa, já neste ponto, indicar ao Ministério Público as provas que deseja produzir. Detectadas ilicitudes ou máculas, de qualquer ordem, nas provas, estas já são desentranhadas do processo, impedindo que cheguem a conhecimento dos julgadores no Tribunal Oral.

No Tribunal Oral, última etapa do processo, ao contrário do Tribunal de Garantia, três magistrados são responsáveis pelo julgamento, onde o acusado presta seu depoimento acerca dos fatos, junto às testemunhas e peritos, quando houver. A sentença é proferida já ao fim da audiência, saindo as partes já devidamente notificadas da decisão.

Ao contrário do movimento vivenciado no ordenamento pátrio de utilização *prima facie* dos institutos do direito penal, no processo chileno, independente da aquiescência do juiz, as partes podem celebrar autocomposição para dar fim ao conflito penal, o que, segundo dados do Ministério Público trazidos a baila por Jéssica Freitas, equivale a mais de 50% dos casos entre janeiro e setembro de 2017¹⁰⁹, processos estes que, sequer, chegam a ser apreciados pelo Tribunal Oral.

Vê-se que o problema aqui enfrentado de quebra da cadeia de custódia da prova, resultando na sua ilicitude, nas ações promovidas pelo CIRA/BA decorre, em primeira análise, do sistema processual a que estão submetidas no ordenamento jurídico brasileiro. Se aplicadas as etapas processuais já adotadas no processo chileno, os acusados teriam amplo conhecimento das provas produzidas em seu desfavor, na seara criminal – não meramente tributária –, e poderiam exercer seu contraditório tanto em relação a estas como também propondo, em conjunto com o

¹⁰⁹ FREITAS, Jéssica. Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Vol. II. Santiago: Ceja, 2018. p. 191.

Ministério Público, a produção de provas outras possíveis de esclarecer o fato criminalmente relevante.

Outro quesito de destaque é a independência do Ministério Público no exercício de suas funções no curso do processo penal chileno. Cabe ao órgão, representado por seus membros, decidir sobre a oportunidade ou não da continuidade da persecução criminal, com base nas provas trazidas, distanciando-se do que se vê no curso das ações promovidas pelo CIRA no Estado da Bahia. Neste, enquanto membro de um Comitê Interinstitucional, o MPBA oferece denúncias carentes de lastro probatório penalmente relevante, em virtude da apresentação da notícia crime pela SEFAZ/BA, afastando-se, inclusive, da sua incumbência constitucional de *custos legis*, para atuar exclusivamente como parte – sujeito parcial que almeja um resultado específico com a demanda judicial –.

Enquanto o Código de Processo Penal brasileiro tem ainda resquícios do sistema inquisitório, conforme amplamente verificado neste Trabalho, o modelo chileno, ao revés, rompe com aquele sistema, fundando-se em moldes democráticos¹¹⁰, bem delimitadas as funções do julgador e os limites de atuação de ambas as partes do processo, sem que haja qualquer tipo de vantagem do Estado acusador em relação ao acusado.

Michele Taruffo trata de tema conexo ao defender que um sistema penal satisfatório deveria adotar o estandarte da prova além de toda dúvida razoável, sendo esta, essencialmente, de natureza ética ou ética-política, tratando-se de alcançar um juízo penal que possa condenar o imputado somente quando haja real certeza de sua culpabilidade¹¹¹. Esta certeza, no sistema processual chileno, dada a democratização do seu funcionamento, oportunizando à defesa real participação na construção do convencimento do julgador, torna-se, ao menos, crível, enquanto o

¹¹⁰ FREITAS, Jéssica. Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Vol. II. Santiago: Ceja, 2018. p. 185.

¹¹¹ "La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza *ética* o *ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; (...)" TARUFFO, Michelle. *La Prueba, artículos y Conferencias*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 113. (traduziu-se)

sistema brasileiro oportuniza a produção de provas de cunho tendencioso, como visto anteriormente, que guiam o juiz a apenas uma conclusão possível.

Com isso, pretende-se afirmar que a mitigação dos vestígios do sistema inquisitório que ainda permanecem vigentes no ordenamento jurídico pátrio levaria à mitigação da quebra da cadeia de custódia no processo penal brasileiro, em consequência à oralidade e produção colaborativa da prova no processo, que garante a paridade de armas entre as partes, o exercício do pleno contraditório por parte do acusado, entre demais garantias afastadas com a permissão da prova inquisitorial.

7 CONCLUSÃO

A prova é tema central no desenvolvimento do processo penal, vez que destina-se a reconstruir um fato passado, portanto, histórico, da forma mais fiel possível à realidade fática, com vistas a fundamentar o convencimento do julgador, estando regida, no âmbito processual penal brasileiro, pelos ditames da Lei Maior, como todo o ordenamento jurídico pátrio, devendo obedecer aos princípios por ela preconizados.

A partir disto, verificou-se a necessária regulamentação da cadeia de custódia da prova, que consiste na sequência de atos concatenados que garantem a preservação íntegra e documentação cronológica do esforço probatório e seu manuseio, com vistas a garantir a licitude da prova carreada nos autos, a partir da análise de ações promovidas pelo Ministério Público do Estado da Bahia enquanto integrante do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do mesmo Estado.

Para tanto, partiu do estudo dos princípios processuais constitucionais aplicáveis ao estudo da prova, sendo eles os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, que garante o estado de inocência do acusado até o trânsito de sentença penal condenatória, do contraditório, da ampla defesa, da vedação das provas ilícitas, da persuasão racional, da comunhão da prova e da paridade de armas entre as partes no processo.

Demonstrou-se que a preservação da cadeia de custódia da prova no processo penal garante, entre outros, a efetividade do devido processo legal, do direito ao contraditório e à ampla defesa, por garantir que a prova apresentada nos autos corresponde, em sua inteireza, àquela que foi colhida, deixando de pautar sua credibilidade unicamente na expectativa de boa-fé das autoridades envolvidas na sua guarda, além de garantir respeito ao princípio da vedação das provas ilícitas.

O presente Trabalho constatou que a quebra da cadeia de custódia da prova documental produzida ainda na fase inquisitorial leva à sua ilicitude, a partir do

estudo da teoria da Quebra da cadeia de custódia da prova aplicado às ações penais por crime contra a ordem tributária promovidas pelo Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado da Bahia.

Para tanto, evidenciou que as provas produzidas rompem com o viés constitucional do processo penal, preterindo alguns dos seus princípios norteadores, tais como, o princípio do devido processo legal; da presunção de inocência; do contraditório; da ampla defesa; da vedação das provas ilícitas; da persuasão racional; da comunhão da prova e da paridade de armas.

Foram abordados tópicos centrais do sistema processual brasileiro para o processamento dos crimes contra a ordem tributária no Estado da Bahia, estudando o conceito de tributo, a tipificação dos crimes retromencionados, e expondo, em linhas gerais, o funcionamento do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado da Bahia, delimitando a atuação dos seus órgãos integrantes, onde restou exposto que integram o Comitê a Secretaria da Fazenda, o Ministério Público, a Secretaria de Segurança Pública, a Secretaria da Administração, o Tribunal de Justiça e a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, presidido pelo Secretário da Fazenda. Neste ponto, estudado o Decreto nº 13.843/2012, que institui o CIRA, constatou-se já o desvio de finalidade em sua atuação, destinando-se à recuperação de ativos.

Demonstrou que os organismos integrantes do CIRA/BA atuam com vistas a recuperar o crédito tributário, utilizando-se dos mecanismos legais a seu alcance como forma indireta de cobrança, seja pelo instituto do direito penal ou por aqueles disponíveis na seara cível, sendo certo que tal utilitarismo conferido ao processo criminal vai na contramão da Constituição Federal e legislação relativa ao direito criminal que, adotando a teoria do bem jurídico, prevê que o direito deve ser a *ultima ratio*, destinado a resguardar aqueles bens jurídicos mais caros à convivência pacífica em sociedade.

Verificou, ainda, os conceitos tributários e relativos aos crimes contra a ordem tributária, salutares para melhor compreensão deste Trabalho, identificando que

para tipificação dos crimes desta natureza há que ter o agente dolo específico, consciência e vontade determinadas a alcançar o delito.

Sendo inerente a este estudo, examinou também a responsabilização penal objetiva e a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, onde viu-se que a responsabilidade penal dos agentes do crime contra a ordem tributária deve ser subjetiva, nos termos previstos na legislação vigente, estabelecendo-se nexo causal entre condutas adotadas pelo sócio/diretor da empresa e a materialidade do delito.

Ato contínuo, estudou-se a relevância da prova na persecução criminal, onde conclui-se pela sua centralidade na formação do convencimento motivado do juiz, discutiu-se acerca dos meios de obtenção da prova, diverso este do entendimento dos meios de prova, e restou conceituada a preservação da cadeia de custódia da prova, instituto este necessário para fiabilidade das fontes da prova obtida inquisitorialmente e utilizada no processo penal.

Debruçou-se sobre o estudo da prova ilícita, que é aquela obtida com violação da lei, como as efetivadas através de escuta clandestina, e outros casos. Verificou que, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, esta é inadmissível na persecução criminal, devendo ser desentranhada do processo.

Estudou os conceitos inerentes à Teoria da Preservação da Cadeia de Custódia, que baseia-se no princípio da mesmidade – a prova valorada deve ser exatamente e integralmente aquela que foi colhida –, e no princípio da desconfiança – exigência de que o escorço probatório seja submetido a procedimento que garanta que tais objetos correspondem ao que a parte alega –.

Verificou, ainda, que havendo uma prova ilícita, esta pode contaminar outras provas do processo, devendo se avaliar, além dos princípios, se há conexão de antijuridicidade, que pode se dar por meio de causalidade naturalística ou normativa. No primeiro caso, refere-se à contaminação de toda a prova derivada, que deverá ser igualmente excluída do processo, enquanto no segundo caso deve-se interditar o emprego do conhecimento obtido pela prova ilícita para interpretar

provas aparentemente produzidas sem filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita.

Analizou três processos criminais propostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia no uso de suas atribuições legais, enquanto componente do CIRA/BA, onde identificou que as denúncias são oferecidas com base em responsabilidade penal objetiva dos agentes, sem que haja individualização das condutas sequer de forma mínima, carecendo, ainda, de demonstração de nexo causal da conduta dos agentes, pautando-se unicamente na descrição do fato ilícito administrativo.

Da análise verificou-se também que o esforço probatório constante da notícia crime apresentada pela SEFAZ/BA não possui qualquer fundamentação penal para identificação das condutas, bastando, para o órgão, identificar o montante devido, os responsáveis pela empresa, a cópia do auto de infração, e outros elementos meramente tributários.

Dada a base teórica exposta, foi enfrentada a hipótese de ilicitude da prova inquisitorial utilizada nas ações penais promovidas pelo Ministério Público do Estado da Bahia, enquanto membro do CIRA/BA, decorrente da quebra da cadeia de custódia da prova, que restou comprovada em razão da mácula a preceitos de ordem processual e constitucional, tais como a inadequação ao princípio do devido processo legal, impossibilidade de exercício do contraditório pela defesa do acusado, cerceamento à ampla defesa e disparidade de armas entre o Estado acusador e a parte ré.

Demonstrou-se, ainda, que a quebra da cadeia de custódia nestas ações decorre também da produção parcial da prova em sede inquisitorial por parte da Secretaria da Fazenda Estadual, que, conforme explicitado, utiliza o instituto do direito penal *prima facie* como medida indireta de cobrança do tributo devido, considerando, neste ponto, a exclusão ou suspensão da pretensão punitiva do Estado, nos casos de pagamento ou parcelamento do débito tributário, respectivamente.

Esta constatação se fundamentou, ainda, na Teoria da Sociedade do Risco do sociólogo Ulrich Beck, que afirma que, conseqüente aos constantes riscos a que a sociedade está submetida na modernidade, esta passa a se organizar permanentemente para evitá-los, passando o direito penal a exercer função também social, para além do seu objetivo de tutela dos bens jurídicos, ganhando conotação de instituto de prevenção de riscos.

Evidenciou que esta expansão da aplicação do direito penal vem minando os princípios constitucionais, flexibilizando-os em detrimento da pretensão punitiva do Estado, esta baseada em objetivos estranhos à atuação conforme os preceitos postos no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no que concerne a atuação dos órgãos atuantes nesta seara.

Confrontou a teoria adotada pelo presente Trabalho com as ideias de Stuckenberg, que entende que o conceito de bem jurídico é uma expressão meramente formal do resultado de um juízo de valor realizado pelo direito positivo de que algo é protegido pela lei e, por esta razão, deve ser considerado digno de tal proteção.

Constatou que a reforma processual chilena, aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro, representaria grande evolução, sobretudo no tocante à produção de provas, representando uma solução ao problema levantado de quebra da cadeia de custódia da prova inquisitorial. Isto porque, conforme demonstrado, naquele sistema os resquícios inquisitoriais foram afastados, sendo toda a prova produzida no curso do processo, com participação de ambas as partes do processo, o Estado acusador e o acusado.

Com a adoção destes institutos, inclusive do princípio da oportunidade na ação penal, já vigente no ordenamento chileno, antagônico ao princípio da obrigatoriedade da ação penal presente no ordenamento brasileiro, ampliando as prerrogativas do Ministério Público enquanto parte, e implantando neste órgão uma cultura mais voltada ao seu papel de *custos legis* que à de persecutor criminal, vê-se que o processo penal ganharia contornos de processo colaborativo, o que iniciaria movimento inverso àquele registrado de uso do direito penal *prima facie*,

para fazer valer sua pretensão punitiva unicamente nos casos em que, de fato, fosse necessária esta intervenção estatal.

Esta visão do processo penal significaria, para o ordenamento brasileiro e, por conseguinte, às ações promovidas pelo Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado da Bahia, a garantia do devido processo legal aos acusados, que passariam a ter conhecimento da pretensão punitiva do Estado na seara penal, para além daquelas a título administrativo-tributário, podendo também propor a produção das provas que entendesse pertinentes ao processo, tendo oportunizado o contraditório em relação a todas as provas colhidas pelo Ministério Público, o que significaria, além de uma solução para o problema levantado neste estudo, um grande avanço para o processo penal brasileiro em sua inteireza.

8 Referências Bibliográficas

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madrid, Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

ARANA, Raúl Pariona. *El derecho penal moderno*. In Revista Penal de la Universidad de Huelva, nº 20, 2007.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34. 2010.

BINDER, A. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

BRASIL. Decreto n. 7.212, de 15 de jun. de 2010. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Brasília, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. Itú: Conan, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva, 1984.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do Direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 11, jul./set. 1995.

EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ESPINDULA, Alberi. *Perícia Criminal e Cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3ª ed: Campinas: Millenium, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. Tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Jéssica. Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Vol. II. Santiago: Ceja, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Valor da Prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José et al (Orgs). *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEINTJES-VAN DER WALT, Lirieka. *The Chain of custody and formal admissions*. South African Journal of Criminal Justice, vol 23, I. 3, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. Rev., at., ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, nº 262, set/2014.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RAVAZZANO, Fernanda. *A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil*. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

SCHOERPF, Patrícia. *Crimes contra a ordem tributária: aspectos constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007.

STJ - HC 160.662/RJ. 6ª Turma. Relatora Min. Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, publicado em 17/03/2014.

STJ – RESp: 564.960/SC.5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 02/06/2005, publicado em 13/06/2005.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S.l.], v. 2, n. 1, nov. 2014. ISSN 2358-1956. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51810/31972>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

Superior Tribunal Federal. Plenário. HC 126.292/SP, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016.

Superior Tribunal Federal. HC 94773 SP, Relatora: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 02/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Dje-202, em 24-10-2008.

TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michelle. *La Prueba, artículos y Conferencias*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TJBA. 2ª Câmara Criminal – 2ª Turma – Relatora Desa. Nágila Maria Sales Brito. RESE nº 0310846-63.2015.805.0001.

TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (org.). *Estudos de Direito Processual Penal: Juizados Especiais Criminais e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, v. 2.

