

MARCELO MARCANTE

LIMITES À ATIVIDADE PROBATÓRIA:

**PROIBIÇÕES DE PROVA, CONHECIMENTOS
FORTUITOS E COMPARTILHAMENTO DE
PROVAS NO PROCESSO PENAL**





Copyright © 2020	<i>Marcelo Marcante</i>
<i>Editora-Chefe</i>	<i>Fernanda Pacheco Amorim</i>
<i>Capa e Diagramação</i>	<i>Carla Botto de Barros</i>
<i>Revisão</i>	<i>Marcelo Haggeman dos Santos</i>
<i>Produção editorial</i>	<i>Deborah Cristina Amorim</i>

CONSELHO EDITORIAL

Aldacy Rachid Coutinho - UFPR	Gabriel Real Ferrer - UNIVALI e Universidad de Alicante-ES
Alexandre Morais da Rosa - UFSC e UNIVALI	Gisela França da Costa - Estácio de Sá-UNESA, UERJ e EMERJ
Alfredo Copetti Neto - Unioeste e Unijui	Jéssica Gonçalves - UFSC
Ana Claudia Bastos de Pinho - UFPA	Jorge Bheron Roche - Unifor
Claudio Ladeira de Oliveira - UFSC	Juan Carlos Vezzulla - IMAP-PT
Claudio Melim - Univali	Júlio César Marcellino Jr - UNISUL
Daniela Villani Bonaccorsi - Imed	Márcio Ricardo Staffen - UNIVALI
Denise Schmitt Siqueira Garcia - UNIVALI	Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI
Diogo Rudge Malan - UERJ, UFRJ e FGV DIREITO RIO	Orlando Ceiso da Silva Neto - UFSC
Eduardo de Avelar Lamy - UFSC	Pedro Miranda de Oliveira - UFSC
Flávio Pansieri - PUC/PR	Roberto Miccù - Universidade de Coimbra-PT
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto - UFSC e UNIVALI	

1182517

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

M262L

Marcante, Marcelo

Límites à atividade probatória : proibições de prova, conhecimentos fortuitos e compartilhamento de provas no processo penal / Marcelo Marcante. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2020.
276 p. ; 21 cm.

ISBN 978-65-86439-13-7

1. Processo penal - Brasil. 2. Prova criminal - Brasil. I. Título.

20-65658

CDU: 343.1(81)

Camila Donis Hartmann - Bibliotecária - CRB-7/6472

.....
É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e seus §§ 1º, 2º e 3º; Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).


EMais
 Editora & Livraria Jurídica

Todos os direitos desta edição reservados à EMais.

www.emaiseditora.com.br
 euquero@emaiseditora.com.br
 Florianópolis/SC

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	19
CAPÍTULO I - (RE)DISCUTINDO ASPECTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA A PARTIR DOS NOVOS MEIOS DE OBTENÇÃO..	25
1. ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEOS E SUA INFLUÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	25
2. DAS RESERVAS LEGAL E JURISDICIONAL NOS MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO	28
3 REFLEXÕES SOBRE A PRINCIPIOLOGIA DA PROVA	32
3.1. Conceito, objeto e função da prova	33
3.2. Atos de prova, atos de investigação e provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas	38
3.3. Presunção de inocência, carga da prova e o in dubio pro reo	43
3.4. Contraditório e ampla defesa	52
3.4.1. Contraditório e ampla defesa nos meios ocultos de obtenção de prova..	60
3.4.1.1. Contraditório e ampla defesa na colaboração premiada	64
3.4.1.2. Contraditório e ampla defesa nos elementos de prova colhidos pelo agente infiltrado	70
3.4.1.3. Contraditório e ampla defesa nas interceptações das comunicações telefônicas	78
3.5. Princípio do menor gravame ao(s) direito(s) fundamental(is) na persecução penal	86
3.6. Princípio da especialidade da prova e a proibição da fishing expedition	90
3.7. Preservação da cadeia de custódia da prova	94
CAPÍTULO II - DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	97
1. A SUPERIORIDADE ÉTICA DO ESTADO NA PERSECUÇÃO PENAL COMO PONTO CENTRAL DAS PROIBIÇÕES DE PROVA: SUPERANDO OS JUÍZOS DE PONDERAÇÃO	97
2. OS EFEITOS PROCESSUAIS DAS PROIBIÇÕES DE PROVA E A REGRA DA EXCLUSÃO: DIÁLOGOS COM O DIREITO COMPARADO	104

3. PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS: DISTINÇÃO E EFEITOS NO PROCESSO PENAL	117
4. A PROVA ILÍCITA E A CONTAMINAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ: (IN)SUFICIÊNCIA DA REGRA DA EXCLUSÃO	121
5. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO ACUSADO ..	127
6. DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: APLICAÇÃO DA TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS (<i>FRUITS OF THE POISONOUSS TREE</i>)	128
6.1. Do nexó de causalidade entre a prova ilícita e a derivada (the causal connection have become so attenuated as to dissipate the taint)	134
6.2. Da fonte independente (independent source doctrine)	136
6.3. Da descoberta inevitável (inevitable discovery)	138
7. ANÁLISE CRÍTICA À APLICAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE (JUÍZOS DE PONDERAÇÃO) NO ÂMBITO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA	142

CAPÍTULO III - DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS NO PROCESSO PENAL

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE OS CONHECIMENTOS FORTUITOS: CONCEITO E PERSPECTIVA DE ANÁLISE A PARTIR DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS	151
2. CONHECIMENTOS FORTUITOS E CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO: RELEVÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL E CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL	157
3. OS CONHECIMENTOS FORTUITOS E CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CRITÉRIO DE DEFINIÇÃO A PARTIR DAS REGRAS DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA E A NECESSIDADE DE IMEDIATA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO COMPETENTE	163
4. REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS	173
4.1. Conhecimentos fortuitos nos casos das buscas domiciliares: situações que implicam flagrante delito	176
4.2. Conhecimentos fortuitos nas situações em que não se configura flagrante delito: requisitos e limites para sua valoração como notitia criminis	181
4.2.1. Da imediata comunicação ao Juízo sobre a existência do conhecimento fortuito	185
4.2.2. Da admissibilidade do meio de obtenção de prova em relação ao crime fortuitamente encontrado	188

- 4.2.3. Da preservação da cadeia de custódia e encaminhamento da sequência de pedido(s) de autorização judicial para uso da respectiva medida de obtenção de prova, bem como da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is) 193

CAPÍTULO IV - DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS: ESTABELECCENDO PARÂMETROS E LIMITES 197

1. A PROBLEMÁTICA DA AUSÊNCIA DE PARÂMETROS E LIMITES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA 197
2. A INSUFICIÊNCIA DAS CATEGORIAS DOUTRINÁRIAS DA PROVA EMPRESTADA: A INSEGURANÇA JURÍDICA PELA “LIVRE” CIRCULABILIDADE DA PROVA 201
3. REVISITANDO AS CATEGORIAS JURÍDICAS DA PROVA EMPRESTADA 205
 - 3.1. Conceito, função e valor probatório 205
 - 3.2. Requisitos de admissibilidade 208
 - 3.2.1. Pertinência e relevância: pressuposto para a admissibilidade da prova emprestada 209
 - 3.2.2. Participação, em contraditório, das partes do segundo processo (onde será importada a prova) no processo onde se produziu a prova emprestada 210
 - 3.2.3. Observância ao princípio do Juiz Natural 213
 - 3.2.4. A comprovação, no processo importador, da regularidade e licitude da prova emprestada quando produzida no primeiro processo 217
4. DOS CRITÉRIOS PARA (IN)ADMISSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO 220
 - 4.1. Compartilhamento homogêneo de provas (entre processos penais) .. 220
 - 4.1.1. Meios tradicionais de prova previstos no Código de Processo Penal. 221
 - 4.1.1.1. Prova pericial ... 222
 - 4.1.1.2. Prova documental 224
 - 4.1.1.3. Prova testemunhal 226
 - 4.1.2. Provas obtidas através dos métodos ocultos de obtenção 227
 - 4.1.2.1. Do compartilhamento dos conhecimentos da investigação nas hipóteses de cisão processual. 227
 - 4.1.2.2. Do compartilhamento dos conhecimentos fortuitos para fins de *notitia criminis* 229
 - 4.1.2.3. Obtenção do material genético para exame de DNA e intervenções corporais: limites do consentimento e princípio da especialidade 230
 - 4.2. Compartilhamento heterogêneo: limites e requisitos .. 233
 - 4.2.1. Processo penal exportador da prova .. 234
 - 4.2.1.1. Meios de prova tradicionais previstos no CPP ... 234
 - 4.2.1.2. Métodos de obtenção de prova invasivos aos direitos fundamentais: incidência das proibições de prova e do princípio da especialidade 235

LIMITES À ATIVIDADE PROBATÓRIA

4.3.2. Processo penal importador da prova.....	238
4.3.2.1. A regra geral da dispensabilidade do inquérito policial.....	239
4.3.2.2. Aplicação do princípio da especialidade nas provas produzidas em processos de natureza distinta.....	241
4.3.2.2.1. Amostra biológica coletada para fins extrapenais.....	242
4.3.2.2.2. Da circulabilidade das informações bancárias, financeiras e fiscais para fins penais: limites constitucionais e legais	242
4.3.2.2.2.1. Da requisição direta de dados bancários sigilosos pelos órgãos do fisco às instituições financeiras (artigos 5º e 6º da LC 105/2001) e do compartilhamento para fins penais	244
4.3.2.2.2.2. Busca e apreensão dos livros e documentos contábeis para fins fiscais (artigo 195 do CTN)	250
4.3.2.2.2.3. Da representação fiscal para fins penais	252
4.3.2.2.2.4. Do compartilhamento do Relatório de Inteligência Financeira (RIF) para fins penais.....	254
CONCLUSÃO	259
REFERÊNCIAS	267