

A VEDAÇÃO DA *FISHING EXPEDITION* À LUZ DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO¹

THE PROHIBITION OF *FISHING EXPEDITION* IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL SYSTEM

Romário Estrela Pereira², Cícera Gomes Bezerra³, Paulo Gomes Bezerra⁴, Hellen Rhianny Soares de Oliveira⁵, Edilania Soares da Silva⁶, Ana Maria Ribeiro de Aragão⁷

Artigo

Recebido: 12/01/2022

Aprovado: 20/02/2022

¹Uma versão prévia deste artigo foi apresentada para conclusão de pós-graduação de Romário Estrela Pereira;

²Graduado em Direito. E-mail: romarioestrelapereira@gmail.com;

³Graduada em Direito e a Prefeitura Municipal de Jucás. E-mail: cicinhajucas@hotmail.com;

⁴Licenciado em geografia. E-mail: paluapanso@gmail.com;

⁵Graduada em Farmácia. E-mail: hellenrhianne@hotmail.com;

⁶Graduada em Direito. E-mail: edilania.soares@estudante.ufcg.edu.br;

⁷Graduada em Direito, E-mail: anaribeiroadv7@gmail.com;

⁸Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri, E-mail: dionisiogoncalvessantos@gmail.com.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento notório que o sistema de persecução penal é regido de prerrogativas e deveres que devem ser respeitados por todos os sujeitos do processo. Desta maneira, para que o Estado possa exercer o seu poder/dever de punir, este detém a obrigação precípua de respeitar os direitos e liberdades individuais consagrados no Estado Democrático de Direito, evitando-se desta forma a punição a qualquer custo.

Não obstante, a consagração dos direitos fundamentais na Constituição da República, como a proteção à intimidade, à vida privada, e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito é garantia do devido processo legal (art. 5º, incisos X, LIV e LVI, da CF)¹, estes não são absolutos, podendo sofrer limitações no âmbito da persecução penal, mormente no campo investigatório.

Dessa forma, devido à relativização de garantias fundamentais, na busca desenfreada para obter provas que possam subsidiar uma futura acusação, em dissonância com a legalidade, surge a figura do *fishing expedition* ou expediente de pesca, que, na definição de Melo e Silva (2017), trata-se de “uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação”².

Assim, o presente estudo discorrerá sobre a vedação da *fishing expedition* no âmbito da persecução penal e, por conseguinte, a impossibilidade de recepção no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em situações que impliquem na relativização de direitos e garantias fundamentais, demonstrando a importância desta vedação para rechaçar o desvirtuamento da persecução penal.

Para tanto, nesse estudo objetivou-se, analisar a necessidade de vedação contra a prática da *fishing expedition*, como importante garantia, do ponto de vista prático, de uma atividade investigatória pautada nos direitos fundamentais consagrados no âmbito do Estado Democrático de Direito, através dos seguintes objetivos específicos: apresentar um breve estudo sobre a

importância da instrumentalidade do processo penal no que tange a pretensão punitiva estatal. Abordar a figura da pescaria probatória e a sua ligação com as matérias probatórias, evidenciando limites da atividade investigatória face as prerrogativas legitimadas no âmbito do sistema acusatório, mormente na fase inquisitorial. Evidenciar a incompatibilidade da *fishing expedition* com o sistema pátrio, do ponto de vista jurisprudencial, apresentando uma análise da atual conjuntura sobre o tema.

Para a realização dessa pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, tendo em vista, que se estudará os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, perante o sistema acusatório, necessariamente na fase de investigatória, bem como a sua relevância, no que tange as matérias probatórias, analisando a impossibilidade de recepção da prática de *fishing expedition* no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto à natureza da pesquisa, a vertente adotada foi a pesquisa aplicada, dirigida à demonstrar a necessidade de limitar a força e o poder investigatório do Estado, no enfoque prático, de modo a rechaçar a prática da pescaria probatória. Será ainda adotado o método exegético jurídico, analisando assim as mais recentes decisões jurisprudenciais acerca da temática, quanto ao procedimento técnico, a pesquisa utilizou-se da análise bibliográfica de natureza qualitativa, centrada em estudos e pesquisa, tendo como objetivo precípua o de demonstrar o arcabouço teórico, prático, doutrinário e jurisprudencial que circunda a matéria, utilizando-se para tanto da doutrina acerca do tema, da legislação correlata a matéria e ainda da jurisprudência predominante.

Para uma melhor compreensão, esse estudo foi subdividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, buscou-se fazer uma análise sobre a importância do processo de persecução penal no direito brasileiro, observando suas teorias de legitimidade processual com destaque para o processo criminal a respeito da prova ilícita e suas implicações na persecução penal.

No segundo capítulo, foi realizada uma abordagem dissertativa sobre a inviolabilidade da interceptação telefônica em face da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.296/96, onde foram efetuadas análises sobre os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que dizem respeito aos procedimentos que regulam o referido tema.

No terceiro capítulo, foram apresentados apontamentos sobre o procedimento da busca e apreensão, no contexto da sua natureza jurídica e constitucional no que tange a inviolabilidade da intimidade e da vida privada pautando-se na análise das leis supracitadas.

Por fim, no quarto capítulo realizou-se um estudo acerca da vedação do *fishing expedition* a luz do sistema processual penal brasileiro sendo constatados através de análise de entendimentos judiciais e temáticas relacionadas com o tema em questão.

Em suma, pode-se vislumbrar a amplitude e importância da temática, sobretudo por tratar de direitos fundamentais, para que se demonstre os riscos de uma investigação penal desmedida e seus impactos no campo dos direitos e garantias constitucionais assegurados ao cidadão no curso da persecução penal.

PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

Quando o Estado, representado pelo poder legislativo, tem a possibilidade de elaborar leis penais, que são responsáveis por cominar sanção com intuito de punir a quem pratica ato delituoso, surge para ele o direito de punir infratores num plano abstrato, e a partir do momento que alguém pratica conduta delituosa prevista no tipo penal, esse direito de punir sai do plano abstrato e se transforma em *ius puniendi in concreto* (LIMA, 2020).

Todavia, essa pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo o Estado impor a sanção penal nem o infrator sujeita-se a pena, ou seja, apesar do Estado ser o detentor do direito de punir, não se admite imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se assim a aplicação da lei ao caso concreto (LIMA, 2020).

Desta feita, o processo penal começa a partir da instauração do inquérito policial sendo uma das fases da persecução penal, que abrange a chamada fase administrativa do processo, esse conceito de persecução abrange a propositura da ação penal e ainda a simples investigação penal são elementos que irão atribuir a alguém um fato delituoso (LENZA, 2013).

Nesse contexto, a persecução penal é a fase que será percorrida pelo processo para que se possa ser aplicado o direito de punir que passa do plano abstrato para o concreto, no entanto, existe uma autolimitação do Estado no exercício do direito de punir em razão do direito de liberdade e nesse sentido, o Estado somente pode aplicar a pena através do processo (ISHIDA, 2020).

Diante dessa conjectura, a persecução penal é uma somatória de atividades investigatórias como a ação penal que é solicitada pelo Ministério Público. Ela consiste nessa soma de atividades, aliás, nessas várias atividades desenvolvidas pela polícia judiciária, que procede a investigação, mas a ação penal é feita pelo juiz e o exercício do direito penal posteriormente, também será feito pelo juiz (SILVA, 2017).

Ademais, é válido ressaltar que a persecução penal é impreterivelmente enxergada como ferramenta estatal regida pela lei, em todos os seus aspectos, entretanto, a perseguição de crimes, não difere de outras atribuições do Estado, e infelizmente como em toda atuação de agentes públicos, a atividade da persecução penal também comporta subjetividades (FIGUEIREDO, 2016).

Por conseguinte, para frear essa subjetividade é que surge a vedação do *fishing expedition* na persecução penal brasileira, ou seja, essa vedação da pesca probatória serve como ferramenta de proteção do cidadão aliado a normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam a obtenção de provas no processo penal.

A persecução penal e os limites da obtenção de provas

Sabe-se que a pretensão punitiva consiste no poder/dever do Estado de exigir de todo aquele indivíduo que pratica determinada conduta delituosa a submissão à sanção penal. Todavia, o *jus puniend* só pode ser exercido através do processo penal, que funciona como mecanismo garantidor do poder punitivo estatal e, principalmente, como instrumento de proteção a direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República aos cidadãos em geral³.

Diante dessa perspectiva, a Carta Federal de 1988, no seu art. 5º⁴, reconhece e assegura um vasto leque de direitos e deveres individuais e coletivos, a exemplo dos princípios da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, intimidade pessoal e a vida privada. Isso significa, portanto, que o sistema acusatório, adotado de forma explícita pelo ordenamento jurídico brasileiro, deve obedecer e respeitar, durante toda a persecução penal, os direitos, deveres e garantias fundamentais emanados do próprio texto constitucional.

Entretanto, esses direitos fundamentais não são absolutos, mas, sim, relativos, podendo sofrer limitações em face de outros direitos. Tal entendimento tem o beneplácito do Ministro Celso de Mello, conforme colocação feita no julgamento do Mandado de Segurança 23.452-RJ:

[...] não há, no sistema, constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição⁵.

No âmbito processual penal, especialmente no que tange as matérias probatórias, a legislação brasileira prevê meios de provas e procedimentos de obtenção de provas, que restringem direitos fundamentais no curso da persecução penal, dentre eles a

interceptação telefônica, regulamentada através da Lei nº 9.296/96 e a famigerada *busca e apreensão*, prevista no artigo 240 do Código de Processo Penal.⁶

Assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece limites que não podem ser transpostos pelo Estado no desempenho da atividade de persecução penal, ou seja, a relativização das garantias depende de lei e só se dá nos limites estritamente previstos na norma autorizadora.

DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica é preceituada como um importante instrumento de investigação criminal probatório. Vale destacar precipuamente que na interceptação telefônica ninguém tem conhecimento que a conversa estará sendo gravada por um terceiro, porém para que essa escuta seja lícita ela precisa de autorização judicial.

A Lei 9.296/96 regulamentou o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e seu texto garante o sigilo das correspondências e telecomunicações. O inciso constitucional permite, em situações excepcionais, a quebra do sigilo, somente mediante o preenchimento de dois requisitos: 1) que atenda as hipóteses e a forma prevista em lei; e 2) que a finalidade seja investigação criminal ou produção de prova em processo penal (BRASIL, 1996).

Nesse preceito o inciso XII do artigo 5º da Constituição discorre que;

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer** para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988, GRIFO NOSSO).

Essa normatização do artigo 5º que o texto constitucional faz referência, precisou ser regulamentada pela Lei 9.296/96, que foi editada com o fim de regulamentar o instituto da interceptação de comunicações telefônicas e também em sistemas de informática e telemática as quais precisão de complementação no texto constitucional.

Entretanto, apesar da regulamentação desse artigo constitucional ter acontecido, é notório que nenhum direito é totalmente absoluto e que existe a possibilidade de acontecer a violação das comunicações telefônicas, desde que, forem respeitados os requisitos legais, ou seja, o Estado no decorrer da formação do processo penal, poderá se utilizar desse artifício como ferramenta de auxílio do poder judiciário.

Interceptação telefônica na Constituição Federal de 1988 e a regulamentação da Lei nº 9.296/96

Conforme prevê o art. 5º da Constituição Federal de 1988, a interceptação telefônica consiste em instrumento probatório de produção de provas, que é regulado pela Lei nº 9.296/96, sendo, atualmente, artifício investigatório que relativiza direitos individuais fundamentais, principalmente à intimidade e à vida privada, sendo considerado um entre os diversos meios de obtenção de prova no processo penal (BOTELHO, 2017).

Nesta senda, percebe-se que o texto constitucional trata expressamente da inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meio ilícito (CF, art 5º LVI), entretanto, não consta no texto constitucional qualquer conceito de provas ilícitas, e por conseguinte também não há normatização acerca das consequências de sua utilização no processo.

Desta feita, a prova será considerada ilícita quando não for obtida através de regra de direito material (penal ou constitucional) pois são várias as inviolabilidades previstas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional para os resguardos dos direitos fundamentais das pessoas (LIMA, 2020).

No entanto, em se tratando da interceptação telefônica, apesar de ser um meio de prova que permite obtenção de uma gravação, sem o conhecimento das partes ou de terceiros, o que em tese é seria um meio de prova ilícito, versando sobre o fato da inviolabilidade da privacidade e do sigilo telefônico que está preceituado no artigo 5º da CF/88.

Por outro lado, a interceptação telefônica é autorizada pela Lei nº 9.296/96, desde que sejam obedecidos os requisitos por ela estabelecidos:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.
Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (BRASIL, 1996).

Nesse escopo, o instituto da interceptação telefônica somente tem permissão em sede de processo penal ou investigação criminal, devendo seus interceptores preservar o sigilo das transcrições desde sua coleta, e no tocante ao sigilo das comunicações que são coletadas, é explícita a preocupação do legislador infraconstitucional em mitigar o direito fundamental de forma a neutralizar ao máximo os efeitos colaterais para não interferir na intimidade e a privacidade (SILVA; SILVA, 2017).

Percebe-se ainda, a partir da leitura do supracitado artigo que a inviabilidade das comunicações telefônicas encontra regulamentação e amparo na lei nº 9.296/96 que possuem um caráter específico, onde devem ser protegidos a intimidade e a privacidade, sendo essas fontes protegidas pelo direito a fim de não ter suas comunicações inviolados que, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Constituição, é considerada cláusula pétrea (MORAES, 2010).

Desse modo, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas foi delimitada no texto constitucional cuja efetividade se deu através da Lei 9.296/96. E dessa forma, entende-se que o legislador, procurou assegurar a obediência ao princípio da presunção de inocência, e da garantia constitucional da intimidade e privacidade, onde também foi estabelecido que as interceptações telefônicas devem se dar em sigredo de justiça, tendo o legislador se preocupado em prever a limitação, inclusive quanto ao seu procedimento (SILVA; SILVA, 2017).

Em consequência, aos procedimentos para a obtenção de provas no decorrer do processo penal devem ser realizados respeitando as limitações legais normatizadas em leis constitucionais e infraconstitucionais para que não aconteça a obtenção de provas a todo custo tendo como consequência a violação dos direitos humanos da intimidade e da privacidade do acusado.

DA BUSCA E APREENSÃO

Inicialmente, antes de abordar sobre o instituto da busca e apreensão, torna-se imprescindível relatar sobre o inquérito policial, que é a investigação preliminar administrativa, de natureza formal, inquisitivo, sigiloso, escrito, oficioso e indisponível, que representa a primeira fase da persecução penal, tendo fundamental importância na obtenção de provas para auxiliar o Estado no seu poder/dever de punir (BRASIL, 1940).

Além disso, a diligência policial de busca e apreensão, sempre que autorizada judicialmente, ressalvada a situação flagrancial, tem ocorrido, com maior frequência do que antes, e isso torna-se um tema de grande preocupação, pois em se tratando desse assunto, é preciso que haja um controle dessas ações para que não venha acontecendo de forma descontrolada, subjetiva e discriminada (GOMES, 2016).

Nesse viés, para uma maior segurança é imprescindível que o mandado de busca impreterivelmente sempre deva conter os fins e os motivos de sua expedição, para que não se dê ao executor um cheque em branco, possibilitando verdadeiras devassas na intimidade alheia, dessa forma entende-se que a ordem de busca não pode ser genérica, devendo ter sempre um objeto

definido, que seja respeitado os critérios de suas limitações e seja acompanhado expressamente por ordem judicial (BINDER, 2002).

Corroborando o defendido pelo autor, o relato do Ministro Celso de Mello: “A lei é clara. O Código de Processo Penal, em seu artigo 243, determina que do mandado de busca e apreensão conste, sempre que possível, o local objeto da busca”. Diante desse enunciado percebe-se que a busca pela verdade não pode se fazer valer perante as liberdades individuais (MELLO, 2018).

Ademais, ainda sobre o mandato de busca e apreensão, o artigo 5º da Carta Magna de 1988, regulamentado pela lei nº 926/96 servem como ferramentas que auxiliam o poder judiciário e ao mesmo tempo ajudam a preservar os direitos individuais como a intimidade e privacidade dos cidadãos para que não venham ocorrer atos ilícitos por parte do Estado no curso dessa diligência processual.

Natureza jurídica da busca e apreensão

O instituto da busca e apreensão está previsto no Capítulo XI, do Código de Processo Penal brasileiro, e seu procedimento está descrito nos arts. 240 a 250, trata-se de uma ferramenta procedimental que tem finalidade encontrar algo ou alguém (BANDEIRA, 2020). E sua utilização pode ocorrer em sede de inquérito policial, no curso de processo criminal, ou no âmbito da execução penal que fazem parte do processo de persecução penal (BRASIL, 1984).

Apesar da busca e apreensão ser citada como uma só coisa, é importante ressaltar que há distinção, pois, a busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, e a apreensão é a medida de contração que coloca sob custódia do Estado determinado objeto ou pessoa, entretanto não é impossível que ocorra busca sem apreensão ou vice-versa, e como exemplo, nada impede que seja entregue de maneira voluntária um objeto para a autoridade policial (LIMA, 2020).

Assim, faz-se necessário preceituar doutrinariamente a distinção da natureza jurídica da busca, que possui natureza cautelar em razão da sua função única de pesquisa ou procura de coisas ou pessoas que possam servir ao processo penal, existindo em sua natureza as características cautelares como: assessoriedade, instrumentalidade, jurisdicionalidade e homogeneidade (SOUZA, 2011).

Por outro lado, infere-se que a medida de apreensão tem a finalidade de retirar a prova, ou qualquer outro objeto que interesse a persecução penal da posse ou, ainda, do local onde está se encontra para que fique protegida e não venha a se perder, impossibilitando sua utilização no processo penal (SOUZA, 2011).

A natureza jurídica do instituto da busca trata-se precipuamente de um instrumento do processo de natureza cautelar que serve de auxílio na procura de provas na fase da persecução penal e posteriormente a apreensão trata-se justamente da retirada da prova encontrada do local para manter e preservar sua integridade durante o curso do processo penal.

A Constituição Federal de 1988 e a busca e apreensão

Primeiramente, é primordial advir uma análise preliminar mais detalhada do que a Constituição Federal de 1988 prevê sobre o instituto da inviolabilidade do asilo, o qual está disciplinado em seu título II dos direitos e garantias fundamentais, sendo este de fundamental importância para a proteção dos direitos individuais dos cidadãos (MANFIO, 2018).

Nessa esteira, este direito é assegurado no inciso XI do artigo 5º da Constituição onde dispõe que: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial**” (grifo do autor) (BRASIL, 1988).

Em consonância com o inciso XI do artigo 5º da Carta Constitucional, o art. 240, § 1º, do Código de Processo penal aduz que, a busca e apreensão não poderá ser a primeira medida em uma investigação criminal, pois exige-se a presença de fundadas razões para que o juiz autorize o ingresso domiciliar, outrossim a justificativa dessa medida se dá principalmente em função da não interferência da propriedade de alguém podendo, assim, violar a dignidade da pessoa humana, do qual derivam os princípios da intimidade, a vida privada, incolumidade física e moral.

Todavia, mister se faz saber que, o mandato de busca é disciplinado através de autorização judicial o qual está descrito no art. 241 do Código de Processo Penal que estabelece que: “Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”, definindo a competência judicial para concessão (DIAS, 2020).

Outro ponto relevante, trata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu em julgamento com repercussão geral, RE 603.616/RO que, para estar amparada pela legalidade, a busca domiciliar sem mandado judicial necessita de fundadas razões que indiquem situação de flagrante delito na casa em questão.

Desse modo, destaca-se de maneira resumida, uma parte da ementa que aponta a importância conferida pelo acórdão quanto ao respeito aos direitos fundamentais.

Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. **Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente.** A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1) [...] (grifo nosso).

Não obstante, essa limitação dada pelo art. 241 do CPP, onde a autoridade judiciária tem como uma das suas possibilidades, a busca domiciliar, essa por sua vez, se encontra em constante tensão, inclusive, com o princípio da dignidade da pessoa humana, e com a inviolabilidade da intimidade, vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo.

A FISHING EXPEDITION À LUZ DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Entende-se que o processo possui como objetivo principal a reconstituição dos fatos e essa reconstituição faz parte do modelo acusatório, onde as partes pretendem fornecer artifícios para o convencimento do magistrado, que, após ter o conhecimento dos fatos, possui o dever de dar uma resposta fundamentada em relação ao caso concreto que está em evidência (MOLINA, 2020).

Essa fase do processo de reconstituição dos fatos e colheita preliminar de provas precisa cumprir uma série de requisitos para que se tenha validade como prova processual, sendo essa normatização necessária para que seja evitada uma colheita de provas indiscriminada.

O que ocorre é que em muitas vezes nessa tentativa de se formular os meios de obtenção da prova que entra a figura da pesca probatória sendo um termo de origem inglesa, que não tem sido muito debatido no cenário brasileiro por ser uma prática que causava bastante preocupação no common law das antigas cortes britânicas (MOLINA, 2020).

Acontece que, essa pescaria probatória ou *fishing expeditions* podem ser significadas como diligências probatórias ausentes de uma causa provável e nesse sentido, a capacidade de tal juízo cognitivo por parte do acusador macula a imparcialidade e a presunção de inocência do acusado. Nesse contexto a reforma do CPP de 2019 realizada pela Lei nº 13.964

trouxe uma série de avanços significativos, especialmente pela inserção da estrutura acusatória também pelo códex processual (ARRUDA, 2021).

A pescaria probatória ou *fishing expedition*, é um instituto que possui intrínseca ligação com a interceptação telefônica e a busca e à apreensão. Trata-se de uma tática de investigação criminal especulativa, onde se utiliza de mandados de busca e apreensão genéricos, bem como interceptações de comunicações telefônicas realizadas de forma desarrazoada, ilimitada, sem individualização dos números de telefones, envolvendo questões e diálogos alheios ao objeto investigatório preestabelecido.

Desta feita, percebe-se que o *fishing expedition*, apesar de não ser um instituto amplamente debatido e reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, possui inegável relevância quanto as suas vedações e fundamentos previstos na jurisprudência brasileira, sobretudo no que diz respeito aos limites da atividade investigatória face as prerrogativas legitimadas no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A vedação do *fishing expedition* acerca das decisões jurisprudenciais pátria

Precipualemente, deve ser entendida a importância da vedação do instituto do *fishing expedition* no direito brasileiro, haja vista que essa prática acarreta uma verdadeira devassa indiscriminada na vida íntima do cidadão, ocasionando um desvirtuamento da persecução penal para fins escusos, estabelecendo um verdadeiro monitoramento do cidadão e impossibilitando de “conduzir sua própria vida de maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia”.¹⁰

Em recentíssima decisão preferida no Inquérito nº 4.831/DF, que tem como investigados o atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, e o ex-Ministro de Estado da Justiça, Sérgio Fernando Moro, o Supremo Tribunal Federal censurou a prática de *fishing expedition*, onde se entendeu pela delimitação das conversas que constam no aplicativo WhatsApp do ex-ministro Sérgio Moro, estabelecendo um “corte” metodológico em relação a natureza das mensagens que podem ser objeto de perícia e análise pelo órgão de investigação, em observância aos eventos predefinidos na investigação penal, “sob pena de conversão da pesquisa em inadmissível e indiscriminada devassa estatal”⁷

Na dicção do Ministro Celso de Mello:

E o motivo de observar-se a existência de conexão com os eventos alegadamente delituosos sob investigação penal reside no fato de que o nosso sistema jurídico, além de amparar o princípio constitucional da intimidade pessoal, repele atividades probatórias que caracterizem verdadeiras e lesivas “fishing expeditions”, vale dizer, o ordenamento positivo brasileiro repudia medidas de obtenção de prova que se traduzam em ilícitas investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro [...].⁸ (grifos do autor)

Em mesmo sentido, no que se refere ao instituto da interceptação telefônica, o Superior Tribunal de Justiça declarou que “não existe interceptação apenas para sondar, para pesquisar se há indícios de que a pessoa praticou o crime, para descobrir se um indivíduo está envolvido em algum delito”.⁹

Em outra decisão proferida pela 2ª turma do STF no ano de 2019, foi declarado através do HC 144.159 serem *ilícitas* as provas obtidas em diligência de busca e apreensão realizadas durante a operação Publicano, que apurou suposto esquema de propina e sonegação no âmbito da Receita Estadual do Paraná.

Esse caso serviu de modelo de vedação do *fishing expedition* no Brasil, onde o juízo da 2ª vara da Fazenda Pública de Londrina/PR expediu mandado de busca e apreensão no endereço de pessoa jurídica, mas a busca foi feita em endereço de pessoa física. Nesse caso ocorreu que, os agentes valeram-se de mandado judicial para ir além daquilo que foi delimitado. Ao

analisar o caso, a 2ª turma do STF considerou que a diligência foi ilegal, por ter sido realizada em local diverso do especificado no mandado judicial.

Segue a ementa do relatório do ministro Gilmar Mendes:

Penal e Processual Penal. 2. Busca e apreensão em local distinto do definido no mandado judicial. 3. Autorização de meio de investigação em endereços de pessoa jurídica, mas o ato foi realizado na casa de pessoas físicas não elencadas no rol. 4. **Ilegalidade que impõe o reconhecimento da ilicitude da prova.** 5. Ordem concedida para declarar a ilicitude dos elementos probatórios obtidos na busca e apreensão realizada no domicílio das pessoas físicas e suas derivadas, nos termos do acórdão. o (Habeas Corpus 144.159, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05/02/2019, DJ: 31/07/2020).

Como pode ser visto, essa situação detém uma importância singular, haja vista que o processo penal não pode ser usado como instrumento de constante fiscalização da vida íntima do cidadão o qual possui vedação expressa no texto constitucional, corroborando para uma atividade investigatória especulativa, prospectiva e desarrazoada.

Dessa forma, a pescaria probatória não pode ser recepcionada, muito menos tolerada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que viola os direitos constitucionais assegurados ao cidadão no curso da persecução penal, sendo imperiosa a sua vedação e consequente nulidade, sob pena de legitimar uma prática que fere de morte preceitos basilares insculpidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, apesar de sua ilicitude ao contextualizar exemplos do *fishing expedition* no ordenamento jurídico brasileiro, obstante o entendimento consolidado do STF, ainda existem diversas provas do abuso da mentalidade inquisitiva do judiciário que pode ser provada pelos acórdãos denunciando a prática destas pescarias probatórias que indicam a ocorrência do mecanismo nos juízos de instâncias inferiores vide o Agravo Regimental no Inquérito 2245/MG e o Habeas Corpus 137.828/RS.

Ou seja, apesar de ser proibida pela lei a prática da pescaria probatória, ainda existem muitos casos em que esse tipo de procedimento ilícito ocorre com frequências no curso do processo penal brasileiro. E a prova de sua ocorrência no processo indubitavelmente poderá ferir o direito a intimidade e vida privada dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do tema demonstrou a relevância das garantias fundamentais no Processo Penal Brasileiro, atrelando sua análise a não recepção da pescaria probatória no sistema de persecução penal, haja vista que esse instituto ainda é pouco conhecido no ordenamento jurídico brasileiro visto que, a busca desenfreada por provas na persecução penal pode constituir um ato ilícito vindo a não respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Também buscou-se trazer alguns entendimentos judiciais e situações que poderiam apresentar decisões acerca da vedação do *fishing expedition* no Brasil, objetivando-se, assim, tentar demonstrar as possíveis implicações práticas que o uso desta técnica pode causar em um Estado de direito, no processo penal, e aos direitos que estes pretendem, ou pelo menos deveriam pretender proteger ser.

Visto como ferramenta indispensável na limitação do poder punitivo estatal, o processo penal não podendo ser manuseado para contribuir para a impunidade, mas, sim, utilizado como instrumento de proteção a direitos e garantias fundamentais, visando evitar a espetacularização no processo penal, na busca desenfreada pela verdade real, revestida de ilegalidades.

Por fim, o trabalho é de uma relevância indiscutível, haja vista a pertinência temática e atualidade do estudo, bem como ser um fato que repercute diretamente no sistema acusatório, detidamente no campo probatório, por se tratar a *fishing expedition*

de uma técnica que desvirtua o instrumento processual para fins escusos e, como consequência, levando à ruína direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Amarante Oliveira de. **Pescaria probatória no processo penal brasileiro**: o conflito entre o sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz. Revista Estudantil Manus Iuris, 1(2), 186 - 198. (2021). Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2675-8423.v1i2a9914.2020>. Acesso em: 11 set. 2021.

BANDEIRA, Sara Oliveira de. **A Ilegalidade da pesca predatória por provas (“fishing expedition”)** Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como no curso de Direito da UFERSA. Mossoró/RN, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/6317/1/SaraOB_MONO.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad: Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOTELHO, Jeferson. Manual de Processo Penal; FERNANDES, Fernanda Kelly Silva Alves, Editora D'Plácido, BH, 1ª edição, 2015.

BRASIL. **Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 04 set. 2021.

DECRETO LEI Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set 2021

DIAS, Guilherme Luan. **A concessão do mandato de busca e apreensão coletivo, genérico e indiscriminado a luz da constituição federal**: O cidadão como inimigo do estado. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 8, p.129142, out/2020. ISSN 2358155. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2200/1596>. Acesso em: 03 de set de 2021.

FIGUEREDO, Mitidieri Leandro. **Persecução penal mais eficiente e democrática**: seletividade declarada e regrada. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 15 – n. 47, p. 321-349 – jan./jun. 2016 Disponível em: [file:///C:/Users/santo/Downloads/11.%20Persecucao%20penal%20mais%20eficiente%20e%20democratica%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/santo/Downloads/11.%20Persecucao%20penal%20mais%20eficiente%20e%20democratica%20(2).pdf). Acesso em: 11 set. 2021.

GOMES, Carneiro Rodrigo. **Busca e apreensão: prévia instauração do inquérito e representação pelas medidas cautelares**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 67-92, set./dez. 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **Processo Penal / Valter Kenji Ishida - 8. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2020**

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. Revista ampla e atual. Salvador. Ed. Juspodivm, 2020.

MANFIO, Piovesan Gustavo. **A inviolabilidade do domicílio frente a busca e apreensão na ordem constitucional brasileira**. Trabalho de Conclusão de Curso – TCC. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Ijuí, rs 2018. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5268/Gustavo%20Piovesan%20Manfio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 set. 2021.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. **Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação**. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017> Acesso em: 22 dez 2021.

MOLINA, Colombo Augusto Pedro. **A fishing expedition e seus reflexos no sistema democrático: O uso da investigação ampla e genérica como possível flerte com modelos autoritários.** Monografia - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso. Barra do Garça 2020. Disponível em: <https://bdm.ufmt.br/bitstream/1/1845/1/Pedro%20Augusto%20Colombo%20Molina%20TCC.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

SOUZA, Diogo Rosa. **O caráter cautelar das medidas de busca e apreensão no processo penal brasileiro.** Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Diogo_Souza.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, Gildo Rodrigues da; SILVA, Rocha Carlos Arlindo. **As interceptações telefônicas e o direito ao sigilo das informações.** *Direito & Realidade*, v.5, n.3, p.15-29-/2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7Y7FzZ0cEMcJ:www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/download/1023/785+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 04 set. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 137828.** Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 16 dezembro. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000311556&base=baseMonocratic> as. Acesso em: 10 set. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Mandado de busca genérico contraria presunção de inocência,** diz Celso de Mello. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso>. Acesso em: 10 set. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário:** RE 603616 RO. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05.11.2015. Dje: 10.05.2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864040028/recurso-extraordinario-re-603616-ro-rondonia>. Acesso em: 10 set. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no habeas corpus:** RE 144.159 PA. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-acao-penal-local.pdf>. Acesso em 18 de set. 2021.