

## FISHING EXPEDITION: DESCONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

### FISHING EXPEDITION: NONCOMPLIANCE WITH THE LEGAL ORDER

Anderson Bezerra França de Oliveira<sup>1</sup>

Karlos Douglas de Sousa Gonçalves<sup>2</sup>

Juliano de Oliveira Leonel<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho teve como objetivo analisar e compreender a natureza da "*fishing expedition*" e seus possíveis impactos no processo penal e na prática jurídica. Buscou-se examinar se essa abordagem investigativa está em conformidade com a legislação brasileira e os princípios constitucionais que orientam a persecução penal. Para alcançar esse propósito, empregou-se uma abordagem de pesquisa que combinou métodos dedutivos e indutivos, juntamente com uma análise qualitativa de casos nos quais o fenômeno em questão foi identificado. O primeiro capítulo abordou os fundamentos do processo, enquanto o segundo explorou a epistemologia da prova, especialmente no que diz respeito à busca e apreensão no Código de Processo Penal. O terceiro capítulo, por sua vez, focou na "*fishing expedition*" no contexto do sistema jurídico brasileiro, examinando casos relacionados à temática. A constatação central foi que o uso desse tipo de abordagem não está em conformidade com as leis infraconstitucionais nem com a Constituição, revelando características de modelos autoritários.

5676

**Palavras-chave:** Fishing Expedition. Fundamentos do Processo. Epistemologia da prova.

**ABSTRACT:** The present work aimed to analyze and understand the nature of the "*fishing expedition*" and its possible impacts on criminal proceedings and legal practice. We sought to examine whether this investigative approach complies with Brazilian legislation and the constitutional principles that guide criminal prosecution. To achieve this purpose, a research approach was used that combined deductive and inductive methods, together with a qualitative analysis of cases in which the phenomenon in question was identified. The first chapter addressed the fundamentals of the process, while the second explored the epistemology of evidence, especially with regard to search and seizure in the Criminal Procedure Code. The third chapter, in turn, focused on "*fishing expedition*" in the context of the Brazilian legal system, examining cases related to the topic. The central finding was that the use of this type of approach does not comply with infra-constitutional laws or the Constitution, revealing characteristics of authoritarian models.

**Keywords:** Fishing Expedition. Fundamentals of the Process. Epistemology of proof.

<sup>1</sup> Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

<sup>2</sup> Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

<sup>3</sup> Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

## INTRODUÇÃO

A abordagem da persecução penal é, indiscutivelmente, um tema recorrente no cotidiano dos brasileiros, seja nos principais veículos de comunicação, nos debates acalorados entre a população, e, mais recentemente, nas discussões promovidas nas redes sociais. Embora a democratização do diálogo sobre a criminalidade seja positiva em termos de engajamento social, por outro lado, essa abertura também resulta em uma profusão de opiniões desprovidas de fundamentação teórica, muitas das quais permeadas por alarmismo e concepções jurídicas infundadas. Essas perspectivas, por vezes, são prontamente aceitas como verdades absolutas por uma parcela significativa da sociedade.

A metodologia empregada nesta pesquisa foi delineada para abordar de maneira abrangente o tema proposto, incorporando tanto fontes literárias quanto recursos disponíveis na internet. A combinação dessas duas fontes visa proporcionar uma visão completa e atualizada o *Fishing Expedition*. A escolha dessa abordagem foi fundamentada na necessidade de compreender as bases teóricas consolidadas, bem como explorar contribuições contemporâneas e desenvolvimentos recentes no campo de estudo.

O objetivo central foi, portanto, compreender as possíveis implicações da chamada "fishing expedition" no âmbito do processo penal, considerando sua fundamentação em um Estado Democrático de Direito e a concepção de um processo alinhado aos princípios garantistas. 5677

Além disso, procurou-se compreender a teoria da prova e as implicações das provas ilícitas no contexto da persecução penal. Diante desse arcabouço teórico, o foco foi direcionado para a investigação da "fishing expedition", esclarecendo sua natureza e analisando casos que se materializaram na prática.

Adicionalmente, a pesquisa provocou reflexões sobre a possibilidade de desvirtuamento dessa técnica, levantando a questão crucial de se ela não poderia ser facilmente deturpada, resultando no uso inadequado dos instrumentos de investigação criminal. Esse desvio, se ocorrer, pode conduzir a situações de vigilância injustas e arbitrárias, destoando dos objetivos legítimos que justificam a existência dessa estratégia no contexto da persecução penal.

No primeiro capítulo, buscou-se fazer uma análise geral dos fundamentos do processo penal contemporâneo, especialmente no contexto brasileiro, considerando a sua lógica, a natureza jurídica, e a sua orientação voltada à instrumentalidade garantista. A compreensão dos princípios que regem esse sistema jurídico é essencial para delinear o propósito subjacente a ele e responder à pergunta crucial: Qual é a finalidade do processo penal e para quem ele serve?

O segundo capítulo desta obra se dedica a explorar a Epistemologia da Prova, um campo que investiga os fundamentos do conhecimento probatório no contexto jurídico. Para tanto, é crucial delinear o significado intrínseco do termo "prova" e sua relevância no processo penal contemporâneo.

Este capítulo, portanto, propõe-se a analisar a epistemologia da prova no contexto do processo penal, desvelando suas nuances e desafios. Por meio dessa abordagem, almeja-se contribuir para uma compreensão dos elementos que sustentam o edifício probatório, elucidando seu papel fundamental na busca pela justiça e na preservação dos direitos individuais no sistema jurídico.

Por fim ao explorarmos a epistemologia da prova e adentrarmos no intrigante terreno da pescaria probatória, revelamo-nos diante de uma prática que desafia as bases do Estado democrático de direito. A busca especulativa, desprovida de causa provável, alvo definido ou finalidade tangível, transcende os limites autorizados, adentrando territórios muitas vezes sombrios da invasão de privacidade e desvio de finalidade.

A metáfora da "pescaria probatória" ilustra a incerteza que permeia essas expedições, onde os agentes, mesmo na ausência de provas concretas, lançam suas redes com a esperança de encontrar material probatório. No entanto, essa prática suscita questões cruciais sobre a preservação das garantias constitucionais em um Estado que se propõe a ser democrático e de direito.

5678

À medida que nos aprofundamos nas diversas manifestações dessa pescaria, como mandados de busca e apreensão e interceptações telefônicas, confrontamos um dilema: a necessidade de garantir as proteções constitucionais versus a ameaça representada pela busca indiscriminada por evidências.

Diante desse cenário, a reflexão sobre a legalidade dessas práticas torna-se essencial. Afinal, em um ambiente em que a incerteza caracteriza a busca por evidências, a preservação dos princípios constitucionais se mostra não apenas imperativa, mas também um pilar fundamental para a justiça e a equidade no processo penal.

## I FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL

Quando nos propomos a analisar o processo penal contemporâneo, a questão inicial que se coloca é a necessidade de reexaminar os fundamentos que justificam sua existência. Devemos indagar sobre o propósito subjacente a esse sistema jurídico, questionando para quem ele existe

e por que é indispensável. Em resumo, a interrogação essencial seria: Qual é a finalidade do processo penal e para quem ele serve?

Buscar a resposta a essa pergunta nos leva à definição da lógica do sistema, que orientará a interpretação e aplicação das normas processuais penais. Em outra dimensão, implica estabelecer nosso paradigma de leitura do processo penal, identificando o ponto fundamental do discurso. Optamos pela abordagem constitucional, enxergando o processo penal como um instrumento para efetivar as garantias constitucionais.

*Aponta James Goldschmidt, [1] que o processo penal de uma nação não é outra coisa que um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição, de modo que a uma Constituição autoritária teremos um processo penal inquisitório e autoritário; mas, por outro lado, diante de uma Constituição democrática, inexoravelmente teremos que democratizar o processo penal.*

Uma Constituição autoritária se reflete em um processo penal autoritário e utilitarista. No entanto, em uma Constituição democrática, como a nossa, é imperativo que haja correspondência com um processo penal democrático. Este é concebido como um instrumento voltado para maximizar a eficácia do sistema de garantias constitucionais individuais.

## 1.2 INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA

5679

O sistema processual penal brasileiro se destaca por sua orientação voltada à instrumentalidade garantista, sendo moldado por princípios que visam assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no processo.

Aury Lopes Junior defende a ideia de que o processo penal não é um fim em si mesmo, mas sim um meio, um instrumento a serviço da efetivação das garantias individuais consagradas na Constituição. Sua abordagem destaca a importância de considerar o processo penal como um mecanismo destinado a proteger os direitos do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado.

No cerne dessa perspectiva, encontra-se a noção de que o devido processo legal não é um mero formalismo, mas sim um verdadeiro escudo contra arbitrariedades estatais. Aury Lopes Junior ressalta a necessidade de uma interpretação constitucional do processo penal, colocando a Carta Magna como referência fundamental para a compreensão e aplicação das normas processuais.

A garantia de um processo penal eficaz, segundo Lopes Junior, não significa sacrificar as garantias individuais em prol da persecução penal, mas sim harmonizar ambos os objetivos. O

jurista destaca a importância de um contraditório robusto, de uma ampla defesa e do respeito aos direitos fundamentais desde as fases iniciais da investigação até o julgamento final.

Em síntese, a instrumentalidade garantista proposta por Aury Lopes Junior ressalta que o processo penal brasileiro deve ser compreendido como um meio de concretização dos valores constitucionais, sendo um instrumento que, longe de ser um fim em si mesmo, visa garantir que a busca pela justiça não se sobreponha à proteção dos direitos individuais, constituindo, assim, um pilar essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

### 1.2.1 NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Na primeira parte de sua obra, Goldschmidt realiza uma crítica minuciosa e detalhada à tese que concebe o processo como uma relação jurídica processual. Essa crítica é abordada em três vertentes distintas: atacando os pressupostos da relação jurídica, negando o conteúdo da mesma (a existência de direitos e obrigações processuais) e rejeitando, de forma definitiva, a então doutrina imperante por considerá-la estática ou metafísica. Goldschmidt diz que os pressupostos processuais não condicionam o nascimento da relação jurídica processual, mas são pressupostos da sentença.

Em seguida, direciona seu foco para o conteúdo da relação jurídico-processual. Inicialmente, examina a obrigação do juiz de conhecer a demanda e conclui que, nem no Direito Romano, nem no Direito Moderno, pode-se afirmar que tal obrigação derive ou corresponda a uma pretensão do autor, que formaria a relação processual. Pelo contrário, ele argumenta que essa obrigação decorre da "obrigação estatal de administrar a justiça".

Revisita cada uma das obrigações processuais, como a contestação da ação e a apresentação de provas, destacando que essas obrigações, na realidade, não são verdadeiras obrigações. Ele ressalta que as partes as aceitam para evitar efeitos desfavoráveis e, mais do que obrigações, o que existe no processo são "ônus", pelos quais, ao serem cumpridos, evitam-se prejuízos decorrentes de uma sentença desfavorável.

Os sujeitos processuais, orientados por esse propósito, situam-se em uma condição fundamentalmente dinâmica. Operam com o intuito de obter uma sentença com conteúdo específico que, por meio de sua autoridade de coisa julgada, solucione o conflito de forma vantajosa para suas respectivas aspirações dentro do processo. Todos os atos processuais são direcionados a alcançar uma sentença favorável, alinhada às pretensões de cada uma das partes.

Os atos processuais já não são concebidos como a expressão do exercício de um direito ou obrigação processual. As partes não ostentam direito, mas “chances”, ou seja, “possibilidades” ou “ocasiões e oportunidades” processuais, com cujo aproveitamento, mediante a realização do ato processual correspondente, obtém uma vantagem processual.

As partes não têm incumbências, mas sim "ônus processuais", concebidos como a responsabilidade de cada parte realizar determinado ato processual para prevenir desvantagens no processo, e, em última instância, uma sentença desfavorável.

Cada ato processual é realizado como expressão de uma “chance” ou de uma “carga processual”, e cria uma “situação processual”, da qual cada sujeito processual considera e examina as suas perspectivas sobre a sentença desejada. Por processo deve-se entender, portanto, o conjunto destas situações processuais, vistas do prisma da posterior sentença com força de coisa julgada.

### 1.2.2 EQUÍVOCO DO AUTORITARISMO

Quanto aos equívocos do autoritarismo no processo penal, Aury Lopes Jr. defende uma abordagem mais garantista e respeitosa aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no sistema penal destacando a importância de respeitar os direitos fundamentais dos acusados durante o processo penal, como o direito à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência e outros direitos humanos.

5681

Além disso, Lopes Jr. argumenta que o autoritarismo pode resultar na supressão de garantias processuais em nome da eficiência ou da ordem pública, enfatizando a necessidade de preservar essas garantias para um processo penal justo e equitativo. Criticando a concentração excessiva de poder nas mãos dos juízes, defendendo a necessidade de um sistema em que o juiz atue de maneira imparcial e balanceada, evitando arbitrariedades.

A busca pela punição a todo custo pode levar a injustiças e violações dos direitos individuais, é de suma importância uma defesa robusta e da igualdade de armas entre acusação e defesa, e o autoritarismo pode minar a capacidade da defesa de exercer efetivamente seu papel.

No Brasil, o atual CPP, concebido durante a ditadura do Estado Novo, é reconhecidamente um código autoritário, inspirado no CPP fascista de Mussolini, no qual a rápida leitura de sua exposição de motivos descortina a ideologia de “superioridade do coletivo sobre o individual, mas o ‘coletivo’ não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado”. Esse contexto deu origem a um código voltado para a perseguição do inimigo, ou seja, aqueles que se

contrapunham ao declarado “autoritarismo democrático” de Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas e principal jurista autoritário do período, e como forma de reação à Constituição liberal de 1934.

Com a promulgação da nova Constituição da República, torna-se evidente a incompatibilidade de certos dispositivos originais com o novo texto constitucional, o que os coloca na condição de não recepcionados. A orientação democrática emergente exigia a superação das amarras inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal (CPP), que serviu a duas ditaduras. Isso culminou na elaboração e promulgação de um novo conjunto de normas procedimentais, visando adequar o processo penal brasileiro aos princípios constitucionais, seguindo a trajetória observada em outros países da América Latina.

O legislador não optou por essa alternativa, escolhendo, em vez disso, realizar reformas pontuais. Embora essas reformas tenham apresentado aspectos positivos, não foram bem-sucedidas em romper com a estrutura inquisitorial anterior nem em erradicar a mentalidade inquisitória profundamente enraizada na cultura jurídica brasileira.

Conforme destaca Jacinto Coutinho, a estrutura de todo e qualquer sistema de justiça criminal será sempre determinada por um princípio unificador, seja acusatório ou inquisitório. É esse princípio unificador, que norteará não só a elaboração do texto normativo, como sua interpretação em concreto. Portanto, caso o princípio unificador adotado pelo atual Código de Processo Penal (CPP) permaneça sendo o inquisitório, como era originalmente, é improvável que reformas pontuais possam alterar de maneira significativa a lógica do sistema. Na prática, o sistema buscará reafirmar o seu propósito originário.

5682

### 1.2.3 O PROCESSO É PARA A GARANTIA DO INDIVÍDUO

Um dos princípios fundamentais no contexto do processo penal, é assegurar garantias individuais. No sistema jurídico, o processo penal desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos em um procedimento judicial. Essas garantias incluem o direito à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência e a outros princípios que buscam assegurar um julgamento justo e equitativo.

Portanto, o processo penal é concebido não apenas como um meio de punição, mas também como um instrumento destinado a proteger os direitos e liberdades individuais. A ideia subjacente é equilibrar a busca pela verdade com a necessidade de garantir que a investigação e o julgamento sejam conduzidos de maneira justa, respeitando os direitos e a dignidade do

acusado. Essa abordagem é parte integrante de um sistema jurídico que preza pelos princípios democráticos e pelos direitos humanos.

### 1.3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição.

Pode-se dizer que o sistema processual penal é um “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.” (RANGEL, 2010, p.49)

Segundo a doutrina, ao longo da história, os sistemas processuais penais se manifestam em três formas distintas: Acusatório, Inquisitório e Misto.

Em linhas gerais, o Sistema Acusatório se caracteriza por atribuir os poderes de acusar, defender e julgar a três órgãos distintos. Por outro lado, o Sistema Inquisitório concentra em uma única pessoa as funções mencionadas, transformando o réu em mero objeto da persecução penal. Por fim, o Sistema Misto incorpora características de ambos os sistemas mencionados anteriormente, configurando uma abordagem híbrida.

Os sistemas processuais não se uniformizam em todos os Estados, variando de acordo com a conjuntura político-social de cada um. No Brasil, duas correntes abordam o tema. A primeira sustenta que o sistema adotado é acusatório, fundamentada nos princípios expressos na Constituição Federal de 1988. A segunda corrente argumenta que o sistema processual brasileiro é misto, combinando elementos inquisitivos na fase pré-processual e acusatórios na fase processual.

Ao analisar as características de cada sistema, torna-se evidente que o sistema acusatório predomina em países que valorizam a liberdade individual e possuem uma base democrática sólida. Em contrapartida, o sistema inquisitório historicamente prevalece em países marcados por maior repressão e inclinação ditatorial, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo. Nessas nações, onde o interesse coletivo muitas vezes suprime o individual, observa-se o fortalecimento da hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Daí a conclusão de que no Brasil vigora o sistema acusatório, segundo *Aury Lopes Jr*: “O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica

*parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz 'apaixonado' pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação"*

*A preferência pelo processo penal acusatório é claramente evidenciada na Constituição Federal de 1988, que estabelece como princípios garantidores e inerentes ao Estado democrático de Direito as seguintes garantias: inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), juiz e promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, caput e I), ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX), e presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII).*

## **2 BUSCA E APREENSÃO**

*Durante o procedimento investigatório, o agente público tem o dever de obediência à estrita legalidade, diante da possibilidade manifesta de se praticar atos que invadam e violem direitos fundamentais do indivíduo, tratando-se de uma proteção ao cidadão face eventual arbítrio do estado, não existindo autorização de atingi-lo a não ser por objeto claro e específico em sede de apuração.*

*Com a delimitação do objeto, o agente investigativo (agente de polícia, delegado ou promotor) busca*

5684

*construir elementos indiciários, da materialidade e autoria de noticiado fato punível, sob o fito de dar base para existência (ou não) de justa causa para a propositura de ação penal com o legitimado ativo para tanto. Tais elementos probatórios, por sua vez, vem com objetivo central de busca pela justa causa enquanto "suspeita sólida" para fins de consolidar a opinio delicti, assim ademais, em com a propositura da ação, tem o condão de limitar o objeto da acusação, da mesma maneira que viabilizar a decisão judicial quanto ao seu recebimento, se for o caso.*

*Entretanto, em tempos de insegurança jurídica constante e banalização de direitos fundamentais do investigado, os elementos probatórios passam a ser alvo de debates para compreender, numa delimitação teleológica, quais os limites que não podem ser transgredidos, usando como referência a legislação e os precedentes.*

## **3 FISHING EXPEDITION**

*Investigação exploratória, também conhecida como pescaria probatória, consiste na busca especulativa, seja no ambiente físico ou digital, sem uma "causa provável", alvo definido ou finalidade*

*tangível, e ultrapassando os limites autorizados (desvio de finalidade). Essa prática visa encontrar elementos que possam atribuir responsabilidade penal a um indivíduo.*

*A expressão "pescaria probatória" descreve a ação comum de aproveitar os espaços de exercício de poder para distorcer a lógica das garantias constitucionais. Isso envolve a invasão da intimidade, da vida privada e a violação de direitos fundamentais para além dos limites legais. A metáfora da pescaria reflete a incerteza inerente a essas expedições, onde não se conhece previamente a presença de "peixes", os tipos de evidências que podem ser obtidos, nem sua quantidade, embora haja uma "convicção" por parte do agente, mesmo na ausência de provas concretas.*

**Segundo Alexandre Morais da Rosa, 'Fishing Expedition ou Pescaria Probatória' é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. É a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade". (ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina). [Grifo do autor].**

5685

A pescaria de informações não se limita a apenas um método de obtenção de evidências; pelo contrário, pode manifestar-se em diversos modelos. Nesse contexto, dois desses modelos são mais frequentemente encontrados, a saber: os mandados de busca e apreensão, e as interceptações telefônicas.

Assim surge uma questão crucial sobre o Estado democrático de direito. Por um lado, é sabido que um Estado democrático de direito garante as proteções constitucionais. Portanto, devem ser aplicadas em todos os momentos possíveis para evitar qualquer forma de ilegalidade. Conseqüentemente, em qualquer investigação, é imperativo garantir todas as garantias constitucionais, de modo a prevenir futuras alegações de ilegalidade e a preservar as evidências já obtidas.

Por outro lado, há a preocupante prática do *Fishing Expedition*, que procura, de maneira ilegal, lançar "redes" na esperança de encontrar material probatório para uma futura acusação. Somente após a descoberta desse material, as garantias constitucionais seriam invocadas,

potencialmente para justificar uma busca e apreensão ilegal ou uma interceptação telefônica ilícita.

Elementos como a dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias fundamentais, a soberania popular, a democracia participativa, o devido processo legal, a presunção de inocência, o pluralismo político e o princípio do Estado de Direito, entre outros, impõem a todos os participantes do jogo democrático a obrigação de conhecer as regras e a nova cultura estabelecidas pela Constituição antes de entrarem em cena.

A preliminar de nulidade das provas obtidas durante a prisão em flagrante do réu, devido à ilegalidade da busca e apreensão realizada, foi acolhida pela Segunda Turma Criminal.

Na presente situação, os policiais ingressaram na residência do réu com a autorização de sua esposa, com o propósito de procurar por uma terceira pessoa em fuga. No entanto, sob o pretexto de perceberem o odor de maconha, acabaram revistando os pertences do apelante e descobriram uma quantidade significativa de entorpecentes, uma arma de fogo e um celular proveniente de furto. O réu apelante foi condenado pelos crimes de receptação (art. 180, caput, do CP), posse irregular de arma de fogo de uso proibido (art. 12 da Lei 10.826/2003) e tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006).

Ao analisar o recurso, o Relator destacou que o STJ tem rejeitado a prática do chamado *"fishing expedition"*, que consiste na busca especulativa por provas, caracterizada pela condução desvirtuada de seu objetivo principal, através da coleta de evidências aleatórias, sem suspeitas prévias. O Relator esclareceu que, no caso em questão, os policiais ultrapassaram os limites da autorização concedida pelo réu, iniciando uma "busca aleatória por outros indícios, invadindo e violando o direito à intimidade". Isso descaracterizou o encontro fortuito de provas.

Assim, o Colegiado deu provimento ao recurso para acolher a preliminar de nulidade das provas colhidas durante a prisão em flagrante do réu apelante, devido à ilegalidade da busca e apreensão realizada. Decidiu, por fim, pela absolvição do recorrente, uma vez reconhecida a ilicitude das provas que fundamentam a acusação.

(Acórdão 1656667, 0710984-95.2021.8.07.0001, Relator: Josaphá Francisco dos Santos, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 26/1/2023, data de publicação: 8/2/2023).

Em casos como esse, ao reconhecer a arbitrariedade e a falta de direcionamento na investigação que se baseia em uma "pescaria probatória", cabe a alegação da ilegalidade das provas que sustentam a acusação. Nesse contexto, é possível contestar a chamada *"fishing expedition"* e, em defesa do cliente cuja intimidade, privacidade e sigilo profissional foram

violados, pleitear a absolvição necessária do acusado, com base no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos os fundamentos do processo penal contemporâneo, torna-se evidente a necessidade de uma reflexão crítica sobre sua finalidade e lógica. Optamos por adotar uma abordagem constitucional, compreendendo o processo penal como um instrumento para efetivar as garantias constitucionais. James Goldschmidt destaca a relação entre a natureza autoritária ou democrática de uma Constituição e seu reflexo no processo penal, enfatizando a importância de uma abordagem democrática.

O processo penal não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para efetivar as garantias individuais consagradas na Constituição. A importância do contraditório, da ampla defesa e do respeito aos direitos fundamentais desde as fases iniciais da investigação até o julgamento final é enfatizada como essencial para a harmonização entre persecução penal e proteção dos direitos individuais.

No que tange à natureza jurídica do processo, desafia a concepção tradicional de relação jurídica processual, argumentando que os sujeitos processuais não ostentam direitos, mas sim "ônus processuais" em busca de uma sentença favorável. Essa perspectiva dinâmica redefine a natureza dos atos processuais, destacando a busca por vantagens processuais em vez de simples exercício de direitos ou obrigações processuais.

5687

No contexto brasileiro, a crítica ao autoritarismo no processo penal é central. Destaca a importância de uma abordagem garantista, respeitando os direitos fundamentais dos acusados e evitando concentração excessiva de poder nas mãos dos juízes. A análise histórica do Código de Processo Penal revela sua origem autoritária durante o Estado Novo, exigindo adaptações para adequação aos princípios constitucionais pós-ditadura.

A discussão sobre sistemas processuais penais ressalta a importância de compreendermos o sistema acusatório adotado no Brasil, embasado na Constituição de 1988. O embate entre correntes que defendem o caráter acusatório ou misto do sistema destaca a necessidade de alinhar o processo penal aos princípios constitucionais, evitando a permanência de características inquisitoriais.

A seção dedicada à busca e apreensão aborda questões cruciais sobre a legalidade e limites desse procedimento. A prática da "*fishing expedition*" é denunciada como uma violação dos

direitos fundamentais, e o exemplo apresentado demonstra como a ilegalidade na obtenção de provas pode levar à nulidade e absolvição do acusado.

Diante disso, prosseguiu-se com a pesquisa com o intuito de aprofundar a compreensão sobre o fenômeno da *fishing expedition*, explorando seu significado, natureza e as circunstâncias em que essa técnica é empregada. Além disso, buscou-se investigar os casos e situações específicas em que a *fishing expedition* ocorreu, contextualizando-a e destacando suas consequências.

O propósito deste estudo também incluiu a demonstração de que essa técnica pode resultar no desvirtuamento dos instrumentos de persecução penal disponíveis ao Estado. Isso implica no uso indevido desses instrumentos para fins não declarados e potencialmente prejudiciais. No cerne dessa abordagem, pretendeu-se evidenciar que a *fishing expedition* pode levar a práticas como a vigilância excessiva de cidadãos e desrespeito aos seus direitos fundamentais. Esses objetivos, se concretizados, representariam uma ameaça à integridade do sistema legal, comprometendo valores democráticos e direitos individuais.

Diante dessas considerações, reiteramos a importância de uma abordagem constitucional e garantista no processo penal contemporâneo brasileiro é essencial para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, onde o processo penal seja verdadeiramente um instrumento a serviço da justiça e da preservação das garantias constitucionais.

5688

## REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.** In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais.* Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verità nel diritto.** trad. de Valentina Carne-vale. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 69.

**Fernando,** Capez [https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/#_ftn3) acessado em:16/11/2023

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.** Barcelona, Bosch, 1935.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCELO Batlouni Mendroni <https://investidura.com.br/doutrina/direitopenal/a-doutrina-do-mestre-goldschmidt/> acessado em 16/11/2023

GOLDSCHMIDT, James, 1874. **Problemas juridicos y politicos del proceso penal.**

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 4<sup>a</sup> edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 725.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto no processo penal.** 2019