

A PESCA PROBATÓRIA E O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FISHING EXPEDITION AND THE FORTUITOUS FINDING OF PROOFS IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

PESCA DE PRUEBAS Y ENCUENTRO FORTUITO DE PRUEBAS EM LA ORDEN JURÍDICA BRASILEÑA

Anna Valentina Teófilo Valentim¹
Adriano Fernandes Ferreira²

RESUMO: O presente artigo visa à análise da possibilidade de utilização, no âmbito processual, do conjunto probatório oriundo de uma investigação infundada e meramente especulativa e das provas que são encontradas fortuitamente no decorrer de uma atividade investigatória legalmente autorizada. Para tanto, faz-se necessário o levantamento jurídico e bibliográfico dos efeitos de admissibilidade e licitude desses elementos probatórios, através do método qualitativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, a fim de, não só caracterizar em linhas gerais o que seria a pesca probatória e a serendipidade, mas como também o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em casos concretos, o qual permite a utilização das provas obtidas, desde que respeitadas as garantias individuais.

Palavras-chave: Provas. Admissibilidade. Licitude.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of using, in the procedural sphere, the body of evidence arising from an unfounded and merely speculative investigation and evidences that are found fortuitously in the course of a legally authorized investigative activity. For this purpose, it is necessary to carry out a legal survey of the effects of admissibility and lawfulness of these evidentiary elements, through the qualitative method, using bibliographical research, in order to not only characterize in general terms what fishing expedition would be and the serendipity, but also the jurisprudential understanding of the Superior Court of Justice in specific cases, which allows the use of the evidence obtained, as long as individual guarantees are respected.

559

Keywords: Proofs. Admissibility. Legality.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar la posibilidad de utilizar, en el ámbito procesal, el acervo probatorio surgido de una investigación infundada y meramente especulativa y la prueba que se encuentra fortuitamente en el curso de una actividad investigativa legalmente autorizada. Con este objetivo, es necesario realizar un estudio jurídico de los efectos de admisibilidad y legalidad de estos elementos probatorios, a través del método cualitativo, utilizando investigación bibliográfica, a fin de no sólo caracterizar en términos generales lo que sería la pesca probatoria y la la serendipia, pero también la comprensión jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia en casos específicos, que permite el uso de la prueba obtenida, siempre que se respeten las garantías individuales.

Palabras clave: Pruebas. Admisión. Legalidad.

¹Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

²Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001), mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2005), é doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilha la Mancha, na Espanha (2014) e Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Atualmente, é professor Adjunto IV, da Universidade Federal do Amazonas-UFAM -das disciplinas de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Diretor da Faculdade de Direito da UFAM, Professor do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Direitos da Amazônia da Faculdade de Direito da UFAM. Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Câmara de Inovação Tecnológica da UFAM. Membro da Câmara de Pesquisa e Pós-graduação da UFAM.

INTRODUÇÃO

As provas constituem elementos imprescindíveis no âmbito do processo penal, de modo que prova é todo elemento pelo qual se visa demonstrar a existência e a veracidade de um fato, a fim de obter o convencimento do julgador. Isso posto, resta evidente a relação intrínseca existente entre o direito probatório e as decisões judiciais. Todavia, deve-se reconhecer as limitações pertinentes ao conhecimento da prova e do convencimento do juiz, uma vez que a busca da verdade real no processo penal, embora seja um mito e uma consequência do sistema inquisitório, ainda é apto a motivar arbitrariedades dos órgãos estatais, devendo, pois, haver uma análise, por parte do Magistrado (o destinatário da prova), dos sistemas de avaliação probatórios, sobretudo da definição de prova ilícita e suas exceções.

Nesse viés, configuram-se como ilícitas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, as quais podem ser excluídas do processo.

Em se tratando das divergências que envolvem a questão probatória no processo penal, destacam-se os fenômenos do “*fishing expedition*” (pescaria probatória) e da serendipidade. O primeiro relaciona-se com uma investigação especulativa e arbitrária, sem objeto determinado, utilizando-se de uma rede de medidas investigatórias para “fisgar” eventuais provas que podem servir para subsidiar uma acusação penal. Enquanto a serendipidade diz respeito ao encontro fortuito de provas, conforme extrai-se da própria etimologia da palavra, está relacionada ao encontro de algo que não estava se procurando, constituindo, pois, em encontro de elementos probatórios relativos a fato delituoso diverso daquele que se está investigando.

Ressalta-se que a pesca probatória é vedada pelo ordenamento jurídico, tendo em vista ser inadmissível investigações especulativas indiscriminadas. Por outro lado, admite-se o fenômeno da serendipidade, eis que a prova é fruto de uma descoberta inesperada, consequência de uma investigação legalmente autorizada, de delito que não era fruto da investigação inicial.

Diante disso, o presente artigo busca analisar: o conceito de provas no processo penal; a determinação das provas ilícitas; a serendipidade probatória; o fenômeno da pesca probatória e a admissibilidade e licitude das provas obtidas mediante a pesca probatória e o encontro fortuito pelo Superior Tribunal de Justiça.

MÉTODOS

A metodologia a ser aplicada na presente pesquisa se dará por exploratório e descritivo, com abordagem qualitativa, para que seja possível apontar uma interpretação sobre a questão da

licitude e admissibilidade dos elementos probatórios obtidos a partir do “*fishing expedition*” e do encontro fortuito de provas, consoante decisões selecionadas do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à natureza do artigo, trata-se de uma pesquisa qualitativa que tem como finalidade não só caracterizar em linhas gerais o que seria a pesca probatória e a serendipidade, mas como também o entendimento jurisprudencial do STJ em casos concretos e o tratamento da prova ilícita no âmbito do Processo Penal.

Em se tratando do procedimento da pesquisa, tem-se como característica a predominância da pesquisa bibliográfica que é configurada como uma fonte de coleta de dados secundária, tendo contribuições culturais ou científicas realizadas no passado a respeito de determinado assunto, tema ou problema que possa ser estudado.

Isso posto, não foi realizada uma pesquisa de campo. Entretanto, a pesquisa teve suporte de livros, artigos, jurisprudências e outros materiais afins para a realização do presente projeto.

DISCUSSÃO DE RESULTADOS

1. PROVAS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, destaca-se que a prova no processo se destina a informar ao julgador acerca da validade do enunciado proposto na acusação ou no pedido de prestação jurisdicional. Como não se trata de uma investigação com a pretensão de confirmar ou produzir uma certeza delirante e inquestionável na mente do julgador, a condição de que seu objetivo esteja subordinado tanto a valores democráticos quanto a uma decisão final fundamentada faz com que a prova não possa se divorciar dos preceitos constitucionais e legais que a disciplinam (Tavares e Casara, 2020, p.20).

De igual modo, Maier (1999, p.859) aduz que prova é tudo aquilo que, no procedimento, representa o esforço para incorporar os rastros ou sinais que conduzem ao conhecimento certo ou provável de seu objeto. Mas esse é só um dos sentidos do conceito, pois também se recorre a ele quando se pretende indicar um resultado da atividade probatória. Desse modo, o conceito de prova é a síntese de diversos aspectos, pois a figura da prova é poliédrica.

Nesse sentido, é necessário ressaltar que o direito à prova não é absoluto, eis que encontra seus limites nos direitos e garantias fundamentais assegurados no Texto Constitucional, sobretudo a partir dos princípios do *nemo tenetur se detegere*, do contraditório e o da vedação da licitude da aquisição probatória.

Destaca-se que o *nemo tenetur se detegere* é oriundo do princípio do direito ao silêncio e da

presunção da inocência, eis que a Constituição Federal enuncia, em seu artigo 5º LXIII, que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, de modo que é proibido submeter que o acusado produza provas contra si próprio. Ademais, o princípio do contraditório assegura que toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte, garantindo, portanto, que a parte contrária tenha o direito de contradizer a prova apresentada.

Acerca do princípio da vedação de provas ilícitas, Rangel (2015, p.471) dispõe que a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, de modo que, hodiernamente, há um grande embate entre a normatividade e efetividade dos direitos previstos no Texto Constitucional, ou seja, estão previstos, consagrados, normalizados, mas não são garantidos, aplicados, efetivados. Mas não somente, cumpre ressaltar que a Constituição Federal é clara ao determinar que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI).

Isso posto, é válido ratificar que a função do conjunto probatório está destinada a provar a hipótese acusatória contida na denúncia ou as alegações dos fatos formuladas pelas partes. A prova é, pois, um procedimento que possui seus elementos de demonstrar a verdade contida no enunciado, devendo-se observar as garantias constitucionais e a função dos órgãos atuantes no processo penal, de modo que não é permitido, por exemplo, que o Magistrado atue de ofício na busca de provas. Nesse ponto, salienta Aury Lopes (2023, p.445):

É preciso que cada um ocupe o seu “lugar constitucionalmente demarcado” (clássica lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), com o MP acusando e provando (a carga da prova é dele), a defesa trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando. Simples? Nem tanto, basta ver que a estrutura inquisitória e a cultura inquisitória (fortíssima) fazem com que se resista a essa estrutura dialética por vários motivos históricos, entre eles o mito da “busca da verdade real” e o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que faça justiça mesmo que o acusador não produza prova suficiente.” (Jr., 2023, p.445).

Nota-se, nesse sentido, que as limitações ao direito probatório constituem meios de impedir a “produção de provas a qualquer custo”, sob o fundamento da busca incessável pela “verdade real”. Assim sendo, o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” ; com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo ; e com a figura do juiz-ator .O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se

disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade. (Jr., 2023, p.869).

Ademais, destaca-se que, consoante o Código de Processo Penal, constituem meios de provas: os exames de corpo de delito e perícias (art.158 a 184), a confissão (art.197), as perguntas ao ofendido (art.200), as testemunhas (art.202 a 225), o reconhecimento de pessoas e coisas (art.226 a 228), a acareação (art.229 e 230), os documentos (art.231 a 238), os indícios (art.239) e a busca e apreensão (art;240 a 250), de forma que constituem um meio através do qual se oferece ao juiz formas de conhecimento e de formação da história do delito, ao passo que esses resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão judicial.

1.1 A prova ilícita

É imprescindível abordar a temática da prova ilícita, uma vez que há vedação constitucional acerca de sua incorporação em um processo. Todavia, pode-se haver exceção ao artigo 5º, LVI da CF/88, sendo possível a sua admissibilidade quando favorável ao acusado (*proporcionalidade pro reo*).

A ilicitude de elementos probatórios e sua admissibilidade no âmbito processual penal é corroborada pelo conflito entre a preservação de garantias individuais (sobretudo, a preservação de sua intimidade) por parte dos órgãos inerentes ao papel investigatório e à exigência de uma punição aos infratores, incentivada pelo anseio social, eis que, comumente, muitos dos meios e procedimentos de investigação, podem resultar na violação da esfera privada humana, constituindo colisão entre o direito à intimidade e a incansável busca por uma verdade real.

Nesse ponto, cumpre destacar que o Código de Processo Penal enuncia, em seu artigo 157, que as provas ilícitas são aquelas obtidas mediante a violação de normas constitucionais ou legais. Isso posto, exemplificam-se como provas ilícitas, dentre outras, a confissão do acusado obtida mediante tortura, coação ou maus-tratos, violando o direito à incolumidade física (art. 5º, III, da CF) e o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF); a busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial ou durante a noite (art. 5º, XI, da CF); a interceptação telefônica efetivada sem permissão judicial (art. 5º, XII, da CF).

Constitui prova ilegítima aquela que sua obtenção infringe norma processual dizendo respeito à própria produção da prova, é o caso de quando uma infração deixa vestígios e o laudo de exame de corpo de delito – direto ou indireto – foi suprido pela confissão do acusado.

Destarte, se houver uma motivação deficiente na decisão judicial prolatada para a restrição de um direito fundamental na produção da prova, se o magistrado for incompetente para a medida ou ocorrer a violação aos requisitos legais necessários à interceptação telefônica, por exemplo, os vícios processuais daí decorrentes levarão à nulidade da prova, e não à sua ilicitude. (Mougenot, 2019, p.799-802).

Assim sendo, está-se diante de uma prova ilícita quando há violação ao direito material, de modo que é obtida mediante vedação de natureza substancial. Enquanto a prova ilegítima é produzida a partir do desrespeito à norma processual, estando presente no momento de produção da prova. Esse último elemento representa uma distinção primordial entre os referidos tipos de prova, eis que a ilícita é produzida no momento de colheita, o elemento da prova é lícito, todavia os instrumentos utilizados para sua obtenção são ilícitos. Acerca da identificação de prova ilícita no processo, Mougenot (2019, p.802-805), afirma:

Certo é que as provas obtidas por meio considerado ilícito não poderão ingressar no processo. Caso já se encontrem nos autos, deve o julgador determinar seu desentranhamento, ou seja, sua retirada dos autos, de modo a evitar que essas provas, ainda que racionalmente desconsideradas pelo julgador, acabem por exercer influência na formação de seu convencimento (art. 157, caput, do CPP). Com a preclusão de decisão que determinou o desentranhamento da prova inadmissível, o juiz determinará sua inutilização, sendo facultado às partes acompanhar o incidente de inutilização (art. 157, § 3º, do CPP). A sentença que se fundar em prova ilícita será nula. De observar, contudo, que, tratando-se de matéria constitucional, nada impede, por estratégia processual, que a arguição de prova ilícita se dê em grau de recurso ou até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visando, no primeiro caso, a reforma do édito condenatório e, na segunda hipótese, a nulificação do processo.

Como se nota, é imprescindível analisar, a partir do caso concreto, os meios e procedimentos utilizados na investigação probatória, a fim de garantir a preservação dos princípios constitucionais e do ordenamento jurídico vigente, possibilitando determinar a admissibilidade e a licitude da prova obtida.

1.2 A prova ilícita por derivação

O artigo 157 do Código de Processo Penal dispõe que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O referido dispositivo também determina que fonte independente é aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato o objeto da prova.

Infere-se que o Código de Processo Penal expressamente não admite o uso de prova

ilícita por derivação, eis que estará “contaminada”, porém, não ocorre essa contaminação quando não há evidências de nexos de causalidade, tampouco quando a referida prova puder ser obtida por uma fonte independente da ilícita, de modo que deve haver, no processo, o desentranhamento do elemento probatório identificado como ilícito. Nesse ponto, o § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal trata da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada declara que são inadmissíveis os meios probatórios que apesar de produzidos em momento posterior, acham-se afetados pela ilicitude da prova originária, que a eles se transmite por efeito do nexo de causalidade. Circunstância na qual novos dados probatórios são conhecidos pelo Poder Público apenas em razão de transgressão praticada anteriormente pelos agentes da persecução penal, em desrespeito à garantia constitucional a direitos fundamentais. (CARVALHO, 2016). Essa definição também é trazida por Mougenot (2019, p.805-809):

As provas obtidas licitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.

Assim sendo, constitui exemplo prático típico de aplicação da referida teoria a apreensão de objetos utilizados para o cometimento de um crime (exemplo de armas, carros.) ou mesmo que constituam o corpo de delito, e que tenham sido obtidos a partir da escuta telefônica ilegal ou através da violação de correspondência eletrônica. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, com o mandado respectivo, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, contaminado está (LOPES JÚNIOR., 2023, p.1011). Nesse sentido, exemplifica-se a referida teoria a partir de Julgado do Supremo Tribunal Federal:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina — crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (artigo 10 da Lei 9.296/96) — por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Nesse diapasão, tal teoria, de cunho da Suprema Corte norte-americana (United States Supreme Court, 1920), tem sido aplicada na ordem normativa brasileira (STF – HC 93.050 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe 1º-8-2008 e STJ – HC 191.378 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 5-12-2011). (BRASIL, 2011).

Desse modo, para saber se uma prova foi contaminada pela prova ilícita é necessário saber se a prova questionada como derivada teria sido produzida ainda que a prova ilícita não

tivesse sido obtida. Faz-se necessário uma conexão mais que natural, é preciso uma conexão jurídica. Assim, o problema passa a ser o da identificação da conexão da antijuridicidade entre as provas. É preciso verificar se há algum elemento capaz de romper juridicamente a relação de causalidade e, sobretudo, analisar se a admissão da segunda prova como ilícita contribui para defesa dos direitos que se objetiva proteger através da proibição da prova ilícita. Ou seja, a teoria em questão somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais. (Rangel, Braga e Machado, 2014).

1. SERENDIPIDADE – O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA ADMISSIBILIDADE PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre afirmar que a Serendipidade visa à análise da legitimidade das provas fortuitamente obtidas, a partir da busca de outras devidamente autorizadas no decorrer do procedimento, a fim de verificar a licitude das mesmas e, por consequência, a possibilidade de seu uso no processo.

Isso posto, a linguística explica que a identificação etimológica da palavra serendipidade advém do inglês “*serendipity*”, que significa descobrir coisas por acaso. Nesse sentido, de maneira prática seria como sair em busca de uma determinada coisa e descobrir outra, em uma aparente coincidência (SILVA JÚNIOR, 2019, p.16).

Alerta-se que a validade dessas provas estaria condicionada ao preenchimento de determinados requisitos, entre eles o modo como foi produzida a diligência que levou ao meio probatório em questão. Assim sendo, no caso de comprovado desvio de finalidade, a prova oriunda de tal ato não poderia ser considerada válida, devendo, portanto, ser desentranhada dos autos, tendo em vista, a existência de irregularidades no decorrer da diligência. Como se pode notar, este entendimento tem o propósito de evitar a prática de eventuais abusos de autoridade por parte dos envolvidos na execução das diligências relacionadas à persecução penal. Outro requisito a ser observado refere-se à existência da conexão. Em outras palavras significa dizer que entre o delito objeto da investigação originária e as provas casuisticamente alcançadas em momento posterior, deverá existir um elemento de conexão, apto a estabelecer uma relação suficientemente capaz de vincular um ao outro (REIS, 2017, p.29).

Observa-se que, caso não haja conexão entre a prova encontrada e o caso ora apurado (ou se tiver relação à investigado diverso), esse elemento probatório será dispensado, não podendo ser utilizado nos autos, eis que caracterizaria como uma prova ilícita. Porém, a prova

fortuitamente descoberta não seria totalmente descartada, uma vez que poderia subsidiar eventual nova investigação independente da anterior, constituindo, pois uma “*notitia criminis*” a ser apurada separadamente, sendo assim uma fonte de prova. Não será “a” prova, mas um elemento indiciário para o início da investigação, de modo que nova investigação pode ser instaurada e novas buscas, interceptações podem ser adotadas. Mas a prova desse crime deve ser construída de forma autônoma. (LOPES, JÚNIOR, 2023, p.987).

É o que se convencionou chamar de Serendipidade de Primeiro Grau e Serendipidade de Segundo Grau. O encontro fortuito de provas é analisado a partir de duas vertentes, conforme anteriormente exposto. Haverá serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau, quando no curso da investigação criminal, descobre-se um crime diferente daquele investigado, porém, este novo fato tem ligação com o fato objeto da investigação. Por outro lado, está-se diante da Serendipidade de Segundo Grau, quando um novo fato criminoso ou novo sujeito for descoberto e estes não tiverem relação com fato a qual se investigava, ocasião em que as provas obtidas não serão aptas para a condenação do sujeito, servindo apenas como uma notícia crime.

Em síntese, três são os entendimentos possíveis acerca da prova fortuita: 1) é válida; 2) é válida somente se houver vinculação causal e 3) pode ser empregada como *notitia criminis* para futura investigação (DA ROSA, 2021, p.745)

A posição doutrinária é reforçada por Renato Brasileiro (2017,p.900), o qual afirma que a teoria do encontro fortuito ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida, ou seja, deve o julgador analisar cada caso concreto.

Os Tribunais superiores têm tratado como serendipidade os fatos em que ocorre o encontro fortuito e casual de provas, que existe o encontro fortuito de provas, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligências regularmente autorizadas para a investigação de outro crime. (SILVA JÚNIOR, 2019, p.18).

Nesse sentido, Lopes Júnior (2023, p.978) afirma que no Brasil, o STJ tem adotado o chamado “Princípio da Serendipidade”, para aceitar a colheita acidental de provas mesmo quando não há conexão entre os crimes. A palavra “serendipidade” vem da lenda oriental sobre

os três príncipes de Serendip, que eram viajantes e, ao longo do caminho, fizeram descobertas sem ligação com o objetivo original. (...) Inclusive a colheita de provas, mesmo quando não há conexão entre os crimes, como decidido pelo STJ na Ap 690. No HC 187.189, em que foi aceita a prova colhida em interceptação telefônica para apurar conduta diversa daquela que originou a quebra, em nome da descoberta fortuita, de modo que predomina no STJ o entendimento da admissibilidade da prova obtida através do encontro fortuito.

Ademais, a referida Corte também tratou do assunto através do Recurso em Habeas Corpus Nº 39.412 - SP (2013/0230625-6).

Inicialmente, o RHC 39.412 trata de acusado advogado que foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts.33, caput, da Lei n. 11.343/06 e 12 da Lei n.10.826/03, em virtude de cumprimento de mandado de busca e apreensão em seu escritório, expedido com a finalidade de apreender arma que pertenceria a estagiário do escritório, a polícia se deparou com aproximadamente 765 g (setecentos e sessenta e cinco gramas) de maconha e um revólver, calibre 38, além de 14 (quatorze) cartuchos íntegros em uma caixa de metal.

O STJ entendeu que os policiais estavam legitimamente autorizados a ingressar no escritório de advocacia por meio de mandado regularmente expedido. A determinação de busca e apreensão se deu para o endereço profissional do investigado, e não para uma sala ou mesa específica, haja vista que, por razões óbvias, a suposta arma de fogo poderia ter sido escondida em qualquer outro lugar que não aqueles utilizados para o desempenho da função de estagiário por parte do investigado. A localização de elementos que configuram outros crimes, praticados por pessoa que não figura como objeto do mandado de busca e apreensão, se insere na hipótese de encontro fortuito de provas. Não obstante o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apuração de crime praticado pelo estagiário do escritório do recorrente, verificou-se, coincidentemente, no cumprimento da medida, a ocorrência flagrancial de dois outros crimes que possuem natureza permanente, ou seja, sua consumação se protraí no tempo. Contraria a razoabilidade exigir-se dos policiais envolvidos na diligência que fingissem não ter visto os crimes, para solicitar, a posteriori, um mandado específico de busca e apreensão para o escritório do recorrente (o que configuraria desrespeito ao art.301 do CPP).

A partir da análise dos referidos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que as provas oriundas do encontro fortuito são lícitas e admitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, a Serendipidade é permitida pela jurisprudência, a qual considera válidas as provas encontradas casualmente por agentes da persecução penal relativas a infrações

penais até então desconhecidas, no curso do cumprimento de medidas de investigação autorizadas para apuração de outros delitos, desde que não haja desvio de finalidade na execução das diligências

1. A PESCARIA PROBATÓRIA E SUA INADMISSIBILIDADE SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É possível definir a Pescaaria Probatória (“fishing expedition”) como a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, “pescar” qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada.

Por se tratar de meio (abusivo) de obtenção de prova, tem largo campo de ocorrência na cultura da prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas e o interrogatório do acusado (MELO E SILVA, 2017), de modo que tal prática é responsável por macular a imparcialidade e a presunção de inocência do investigado, os quais são imprescindíveis consoante o processo penal acusatório assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Nesse viés, discorre Rosa (2020, p.326) que a ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado é decorrência da compreensão autêntica do devido processo legal substancial. No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais.

Não somente, Rosa (2020, p.389) afirma que pescaaria 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.”, de modo que a ausência de indícios de qualquer prática criminosa antes da adoção de medidas constritivas ou invasivas destinadas à “pescaaria” de indícios da ocorrência de fatos criminosos pode trazer, claramente o caráter exploratório e abusivo pela autoridade, quando sem a existência de lastro mínimo que indique sua necessidade, bem como sem objeto, pessoa ou delito definidos a serem investigados, praticam a “pescaaria de provas”. O entendimento é de que a pescaaria probatória ocorrerá nos casos em que fique realmente configurado o desvio de

finalidade e falta de quaisquer evidências que possam embasar eventual instrução criminal futura, mas não os casos em que pode emergir as chamadas provas fortuitas. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de prova (SILVA,2022).

Infere-se, pois, que o termo “*fishing expedition*” faz referência à incerteza probatória das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas se tem a convicção. Ou seja, o agente não tem provas, mas tem convicção (ROSA, SILVA E SILVA, 2022, p.50).

Constata-se a prática da pesca probatória, sobretudo a partir de mandados genéricos de busca e apreensão, bem como em interceptações telefônicas, com representações pela interceptação em longa escala, sem individualização dos números de telefones. E não somente, é possível também verificar sua ocorrência nos pedidos de prisões cautelares, eis que a prisão é usada como estratégia de “*fishing*” não apenas para conseguir uma confissão, mas também para alcançar declarações sobre fatos até então desconhecidos, transformando a investigação em uma busca que se estende permanentemente (ROSA, SILVA E SILVA,2022, p.50).

Isso posto, cumpre afirmar que diferença primordial da pesca probatória e do encontro fortuito é que, no primeiro, há iniciativa da autoridade titular da investigação para utilização de meios de investigação infundados, sem que haja quaisquer indícios capazes de autorizar as medidas realizadas, a fim de pescar qualquer elemento hábil a impulsionar uma futura investigação criminal diversa. Enquanto no segundo, o elemento probatório é encontrado por acaso, mas dentro dos limites de ordem judicial limitadora.

Observa-se que a prática da pesca probatória contribui para a perpetuação da seletividade penal, eis que, em se tratando de investigação especulativa e indiscriminada, os alvos mais propensos a eventual abordagem dos agentes investigatórios são os indivíduos socialmente e historicamente marginalizados.

Cabe ao legislador definir quais os bens que serão tutelados pelo direito penal (criminalização primária) e depois, cabe à polícia, com base em estereótipos, selecionar os indivíduos que serão submetidos a um inquérito policial e, posteriormente, a um processo penal, cabendo ao juiz exercer a mesma seletividade (criminalização secundária). O processo de criminalização primária e secundária opera-se nos campos da quantidade e da qualidade, de modo que a seletividade quantitativa diz respeito ao número de condutas rotuladas como

criminosas e ao de autores em relação aos quais são atribuídas a condição de criminoso. Já a eletividade qualitativa relaciona-se com a não inclusão de todas as condutas socialmente nocivas como criminosas, bem como deixa abranger todas as condutas e pessoas criminosas.

Desta forma, a seletividade do sistema penal acaba por criar as denominadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo, no primeiro caso, com que muitos crimes e/ou muitos autores de crimes não sejam investigados e/ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, com que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização, que recairá sobre as camadas sociais mais frágeis (MACHADO, 2010, p.1099).

Ademais, Batista (2003, p.103) observa, ao analisar a fala dos policiais, que o que se percebe é que “atitude suspeita” não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do “fazer algo suspeito”, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social. É isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres, pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama.

Assim sendo, a distorção das ideias de suspeição e de periculosidade (mesmo sem indícios objetivos da prática de atos criminosos) se articula, portanto, como um instrumento de pretensa preservação da ordem no espaço urbano por meio da punição antecipada de indivíduos considerados presumidamente perigosos, de modo que essa prática contribui efetivamente para a ocorrência de uma investigação especulativa indiscriminada, objeto da pescaria probatória.

Para fins exemplificativos, o presente artigo demonstrará o entendimento acerca do tema a partir do RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 158580 - BA (2021/0403609-0).

Em primeiro lugar, o RHC 158580 diz respeito a uma revista pessoal que a Corte entendeu como ilegal, eis que baseada apenas em “atitude suspeita”, em que resultou na prisão em flagrante do acusado pela prática do crime de tráfico de drogas. Na ocasião, a guarnição policial se deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista, além da vaga menção a uma suposta “atitude suspeita”, algo insuficiente para tal medida invasiva.

Nesse ponto, os policiais, diante da reiteração da atividade, podem “sentir” algo diferente. A diferença é que na atividade de segurança pública, a restrição de direitos de liberdade depende de prévias evidências objetivas, tangíveis e demonstráveis. É inválida qualquer abordagem policial com suporte em “intuições”, ainda que comprovadas depois, porque

a ação pressupõe “causa democrática e objetiva”. A “fundada suspeita” decorre de ação ou omissão do abordado, e não simplesmente porque o agente público “não foi com a cara”, “cismou”, “intuiu” ou porque o lugar é perigoso, pelos trajés do submetido, cor, a saber, por estigmas e avaliações subjetivas, não configurando desobediência a negativa imotivada, sob pena de nulidade da abordagem e, também, prejuízo à licitude da prova.

Não se pode aceitar como normal a nociva prática utilizada pelos agentes da lei de empregar toda e qualquer pessoa, destacando discricionariamente os potenciais suspeitos, via estigmas, por violação aos Direitos Fundamentais -inocência e dignidade. (ROSA,2022, p.625), sendo evidente que o art.244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como praxe da polícia (finalidade preventiva e com motivação exploratória).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que se exige, em termos de *standard* probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência, a fim de garantir a determinação contida no art.244 do CPP (o qual só autoriza buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata), de modo que há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração.

Desse modo, o STJ consolidou o entendimento de que a medida de busca tem uma finalidade legal probatória e não pode se converter em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal, respeitando o art.244 do Código de Processo Penal.

Isso posto, constata-se que as provas oriundas da pesca probatória não são admitidas pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que decorrem de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação.

Evidenciando, também, uma prática que contribui para a perpetuação de práticas discriminatórias sociais que refletem no âmbito do Direito Processual Penal, caracterizando-se, pois, as provas obtidas pelo *fishing expedition* como nulas.

CONCLUSÃO

Diante o exposto, a prova no processo se destina a informar ao julgador acerca da validade do enunciado proposto na acusação ou no pedido de prestação jurisdicional, devendo o conjunto probatório estar intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais e legais que os disciplinam. Todavia, comumente, na prática, muitos dos meios e procedimentos de investigação, podem resultar na violação da esfera privada humana, constituindo colisão entre o direito à intimidade e a incansável busca por uma verdade real.

No âmbito probatório, caracteriza-se a serendipidade como o encontro fortuito e casual de provas, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligências regularmente autorizadas para a investigação de outro crime.

Por outro lado, a pesca probatória é oriunda de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada.

Conforme exposto no presente artigo, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça considera que as provas oriundas do encontro fortuito são lícitas e admitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, a Serendipidade é permitida pela jurisprudência, a qual considera válidas as provas encontradas casualmente por agentes da persecução penal relativas a infrações penais até então desconhecidas, no curso do cumprimento de medidas de investigação autorizadas para apuração de outros delitos, desde que não haja desvio de finalidade na execução das diligências

Entretanto, o STJ não admite as provas oriundas da pesca probatória, uma vez que decorrem de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, representando uma prática que contribui para a perpetuação de práticas discriminatórias sociais que refletem no âmbito do Direito Processual Penal, caracterizando-se, pois, as provas obtidas pelo *fishing expedition* como nulas.

Ante o exposto, deve-se verificar, para a admissibilidade de provas, a preservação das garantias fundamentais, bem como a necessidade de uma decisão judicial fundamentada e

coerente com o caso concreto, a fim de evitar violações de direitos.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Felipe Babiski; MACHADO, Patrícia Portela; RANGEL Tauã Lima Verdan. Legitimidade das gravações midiáticas no processo civil: uma reflexão à luz da teoria da árvore dos frutos envenenados. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28091/legitimidade-das-gravacoesmidiaticas-no-processo-civil>>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014

CARVALHO, Amanda. Teoria do Fruto da Árvore Envenenada. Jusbrasil. 2016.

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 31 out.2023.

LOPES, Jr, Aury. Fundamentos do processo penal: Introdução crítica - 9.ed - São Paulo, SaraivaJur,2023.

MACHADO, Nara. Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>. Acesso em:30 out.2023

574

MAIER, Julio. Derecho procesal penal, tomo 1, Fundamentos, 2a edição, Buenos Aires, 1999.

MELO E SILVA, Philipe Benoni, Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. *Empório do Direito*. 2017. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-probatória-por-prova-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao> Acesso em: 30 de out de 2023.

MOUGENOT, Edilson. Curso de processo penal. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Mainara. Encontro Fortuito de Provas e sua admissibilidade no Processo Penal Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Centro Universitário de Formiga UNIFOR, Formiga, 2017. Disponível

em:<https://bibliotecadigital.uniformg.edu.br:21015/jspui/handle/123456789/573>. Acesso em:05 nov 2023.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do Processo Penal conforme à Teoria dos Jogos.6.ed. Florianópolis:EMais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal Estratégico. Florianópolis: EMais, 2021.

ROSA, Alexandre; SILVA, Phiplipe; Silva Viviani. Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e apreensão – um dilema oculto no processo penal- 2 ed.- Florianópolis: Emais, 2022. STF – HC 93.050 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe 1º-8-2008 e STJ – HC 191.378 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 5-12-2011). (BRASIL, 2011).

STJ – RHC 158.580 – Rel.Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910®istro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF&_gl=1%2a16sth43%2a_ga%2aMTMx

NTkiMDcwNC4xNTcwNTcoMjcx%2a_ga_F31NoL6Z6D%2aMTY5NzgyMjIzOC4xODguMS4xNjk3ODIyMzUyLjcuMC4w. acesso em: 25 out 2023.

STJ - RHC 39.412 – Rel. Min. Félix Fischer. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1385919&num_registro=201302306256&data=20150317&formato=PDF&_gl=1%2aiymwtx%2a_ga%2aMTMxNTkiMDcwNC4xNTcwNTcoMjcx%2a_ga_F31NoL6Z6D%2aMTY5NzgyMjIzOC4xODguMS4xNjk3ODIyMzUyLjcuMC4w.. Acesso em: 25 out 2023.

TAVARES, Juarez; CASARA, RUBENS, Casara. Prova e Verdade [livro eletrônico] -1.ed - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.