

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO - 2024

**O IMPACTO DA PESCA PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Júlia Zopelaro da Silva¹

Marcus Paulo Moraes²

Bráulio da Silva Fernandes³

RESUMO: A pesca probatória é a busca por provas ou informações de forma ampla e indiscriminada, sem um alvo definido. Essa prática representa uma questão fundamental no campo do direito penal brasileiro. Dessa forma, como objetivo traçado, busca-se analisar como os Tribunais Superiores abordam a temática. A metodologia estabelecida foi qualitativa, descritiva e exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica, além de analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema proposto no presente trabalho. Como possíveis conclusões, espera-se uma maior conscientização dos Tribunais e do Poder Legislativo em relação à pesca probatória.

Palavras-Chave: Provas no processo penal; Princípios constitucionais; pesca probatória.

ABSTRACT: Evidentiary fishing is the search for evidence or information in a broad and indiscriminate manner, without a defined target. This practice represents a fundamental issue in the field of Brazilian criminal law. Thus, as an objective, we seek to analyze how the Superior Courts approach the issue. The established methodology was qualitative, descriptive and exploratory, through bibliographical research, in addition to analyzing the position of the Superior Courts on the theme proposed in this work. As possible conclusions, a greater awareness of the Courts and the Legislative Power in relation to probationary fishing is expected.

Keywords: Evidence in criminal procedure; Constitutional principles; Probationary fishing.

1 Bacharel em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC) – Ubá/MG E-mail: juliazopelaro07@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC) – Ubá/MG E-mail: marcuspaulomoraes2@gmail.com

3 Professor orientador. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC) – Ubá/MG E-mail: brauliosilvafernandes@gmail.com

1 - INTRODUÇÃO

A “Fishing Expedition”, conhecida como pesca probatória, diz respeito a buscas por provas ou informações de forma ampla e indiscriminada, sem um alvo definido. Essa prática representa uma questão fundamental no campo do direito penal brasileiro, especificamente à luz dos direitos individuais, pois levanta preocupações sobre a linha tênue entre a busca pela verdade e a violação dos direitos fundamentais, reforçando a necessidade de um sistema Judiciário que respeite a dignidade humana e os princípios do Estado democrático de direito.

A pertinência deste estudo gira em torno da busca por uma justiça que respeite os direitos individuais, sendo necessário para a credibilidade do sistema Judiciário e para a proteção de cada indivíduo, além de revelar como os Tribunais têm reagido a essas práticas que violam os direitos individuais. As decisões Judiciais a respeito da "Fishing Expedition" permite não apenas compreender as diretrizes estabelecidas pelos Tribunais, mas também descrever possíveis lacunas e abusos que possam comprometer a dignidade e os direitos dos investigados.

Nesse sentido, buscando problematizar o tema, surgiu a seguinte situação-problema: de que maneira a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem interpretado e limitado a prática de "Fishing Expedition" para assegurar o equilíbrio entre a busca genérica de provas e a garantias dos princípios Constitucionais? A metodologia do presente estudo será qualitativa, descritiva e exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica, além de analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema proposto no presente trabalho.

O trabalho abordará, no primeiro tópico, de maneira pormenorizada, as provas no processo penal, discutindo os diferentes tipos de provas, as regras de admissibilidade e a importância dessas provas na formação da convicção do juiz.

No segundo tópico, abordará o princípio acusatório como garantia em relação às provas no processo penal, dissertando sobre a distribuição de papéis entre a acusação e defesa e sua influência na produção de provas, garantindo os direitos do indivíduos.

O terceiro tópico discorrerá sobre a pesca probatória no processo penal, analisando profundamente o conceito da “pesca probatória”, além do posicionamento dos Tribunais Superiores e os limites impostos à busca irregular por provas, abrangendo estudos de casos emblemáticos onde a prática foi aplicada.

2 - PROVAS NO PROCESSO PENAL

2.1 - Regras da admissibilidade

A admissibilidade é um aspecto essencial no processo penal, desempenhando um papel vital na eficácia do sistema judicial. As regras que definem a admissibilidade orientam a aceitação e o uso de provas, endossando que apenas aquelas que são legítimas e relevante sejam consideradas. Como destaca Júnior (2023), a discussão sobre as provas é essencial para a integridade do processo penal. Essas normas são indispensáveis para assegurar a validade do processo, pois ajudam a filtrar informações que possam ser tendenciosas ou prejudiciais para a busca da verdade.

A análise comparativa das regras de admissibilidade em diferentes ordenamentos jurídicos reveste-se de crucial importância para a compreensão das especificidades e semelhanças entre os sistemas legais de várias nações. Comparando as regras de admissibilidade de provas, torna-se possível identificar de que maneira cada sistema aborda a obtenção e aceitação de provas no contexto penal, inclusive no que diz respeito à admissibilidade de provas ilícitas, testemunhais, periciais e outros aspectos relevantes. Isso contribui para uma visão mais ampla e fundamentada sobre a importância das regras de admissibilidade no processo penal.

Outrossim, aplicar essas regras de maneira correta e adequada é imprescindível para evitar a violação significativa dos direitos fundamentais do acusado, assegurando assim um julgamento que seja justo, equitativo e imparcial. Em suma, as regras de admissibilidade de provas no processo penal são fundamentais na busca pela justiça e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, garantindo assim uma segurança a legalidade e a legitimidade das informações utilizadas no julgamento, prevenindo possíveis desrespeitos aos princípios constitucionais e aos direitos individuais.

Para o futuro, é imperativo que se promova uma constante revisão e atualização dessas regras, considerando as novas demandas e desafios que surgem no cenário jurídico. O aperfeiçoamento das normas de admissibilidade pode facilitar de maneira significativa para a eficácia do processo penal e para a preservação dos valores democráticos que sustentam o sistema judiciário.

2.2 - Princípios constitucionais relacionados às provas no processo penal

Os Princípios Constitucionais do Processo Penal configuram o alicerce robusto sobre o qual repousa a legitimidade do poder punitivo estatal, estabelecendo normas que garantem a proteção dos direitos fundamentais e a integridade do sistema judicial. Eles garantem que o

sistema jurídico funcione de maneira justa e equitativa, protegendo os direitos das partes envolvidas e mantendo a integridade do processo.

Esses princípios respeitam os valores constitucionais e promovem decisões com regras claras e justas, assegurando que a punição seja aplicada de maneira racional, proporcional e equilibrada. Em outras palavras, os princípios vinculam conteúdos essenciais que devem ser aplicados de maneira tão ampla quanto possível, orientando a interpretação e a aplicação das normas processuais de forma abrangente.

A aplicação desses princípios cruciais contribui para a construção de um sistema de justiça penal que não apenas pune, mas também protege os valores constitucionais e promove a equidade no tratamento dos indivíduos perante a lei. Eles agem como guias fundamentais que asseguram que a justiça seja administrada de forma imparcial e que os direitos humanos sejam respeitados. As garantias inerentes ao devido processo legal, que incluem o direito ao contraditório, à ampla defesa, estão profundamente interligadas e entrelaçadas com as regras de admissibilidade de provas no âmbito do processo penal.

Estas garantias são devidamente destinadas a assegurar de forma eficaz que o réu possa exercer plenamente seu direito à defesa, sendo de extrema importância que as provas apresentadas no processo estejam em estrita e rigorosa conformidade com os princípios legais e constitucionais que foram estabelecidos. A correta e adequada aplicação das regras de admissibilidade é vital para evitar a violação dos direitos fundamentais do acusado e, assim, garantir um julgamento justo, equitativo e imparcial.

A ligação intrínseca com as garantias do devido processo legal reflete-se no fato de que a aceitação de provas ilícitas ou ilegítimas atenta diretamente contra essas garantias, podendo comprometer seriamente a legitimidade do processo e resultar em decisões que possam ser consideradas injustas, desiguais ou enviesadas. Portanto, a observância rigorosa dessas garantias é imprescindível para manter a integridade do sistema jurídico e proteger os direitos do indivíduo em situações processuais. Agora, deve-se analisar alguns princípios atinentes ao processo penal:

O primeiro princípio é o da legalidade, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Este princípio determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, assegurando que a atuação do poder público respeite as normas estabelecidas. Ele se diferencia do princípio da reserva legal, que indica que apenas a lei pode criar normas que limitam os direitos fundamentais.

Vale ressaltar que o este princípio não se confunde com o da reserva legal, pois apesar de estarem relacionados e serem cruciais para a proteção e garantia individual, o princípio da

reserva legal demonstra que somente a lei pode criar normas que limitam os direitos fundamentais:

O princípio da legalidade consiste na submissão a todas as espécies normativas elaboradas em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (leis em sentido amplo), já o princípio da reserva legal incide apenas sobre campos materiais específicos (delimitados), submetidos exclusivamente ao tratamento do Poder Legislativo (leis em sentido estrito). (texto online)

Pode-se afirmar, portanto, que a legalidade constitui um dos fundamentos indispensáveis ao Estado Democrático de Direito, onde determina que a atuação do poder público tem que respeitar as normas estabelecidas, ajudando a prevenir abusos e arbitrariedades dos poderes constituídos, como forma de garantir os direitos dos cidadãos.

O princípio do contraditório, garantido pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, assegura às partes a igualdade processual e o direito de se posicionar contra os atos realizados pelo oponente, utilizando todos os meios e recursos legais disponíveis. É crucial para um julgamento justo, equilibrando o poder punitivo do Estado com o direito à liberdade e à presunção de inocência do réu.

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune as penas arbitrárias e desproporcionais). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (LOPES, 2017.p. 97).

Diante disso, o contraditório pode ser visto em duas dimensões: a informação e a participação. O direito de informação é quando as partes tomam conhecimento sobre os atos e termos do processo, sendo a participação um direito à igualdade de condições de se manifestar. Contudo, o princípio do contraditório é mais do que uma formalidade legal; ele representa a essência do justo processo judicial. Ao garantir que as partes tenham voz e vez, o contraditório não só assegura o direito de defesa, mas também protege a integridade do sistema judiciário.

O terceiro princípio diz respeito à ampla defesa. Assim como o princípio do contraditório, também é assegurada pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, garantindo que as partes tenham todos os meios legais e provas disponíveis para defender seus direitos. Ela inclui a autodefesa, exercida pelo próprio acusado, e a defesa técnica, realizada com o suporte de um advogado. A autodefesa pode ser positiva, quando o réu presta seu depoimento ou auxilia na produção de provas, ou negativa, optando pelo direito de silêncio. A defesa técnica, por sua vez, é indispensável para garantir a observância dos procedimentos legais e, na ausência de um defensor, pode resultar em nulidade absoluta do processo.

Já o princípio da necessidade é um dos pilares que orientam a aplicação de medidas cautelares, assegurando que a liberdade individual seja protegida contra abusos, salvo em situações que justifiquem a intervenção do Estado. Nessa circunstância, Junior (2022) alega que a necessidade de um processo penal é intrínseca ao exercício do poder de punir do Estado, destacando a importância das garantias processuais na proteção dos direitos fundamentais dos acusados.

Além do mais, o princípio da necessidade decorre da proporcionalidade, onde a norma só deve ser criada se for necessária, idônea e ter um fim necessário. Assim, este princípio mostra que o processo penal vai além de meramente aplicar penas, ele é um instrumento indeclinável para garantir a justiça e a proteção dos direitos humanos.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem o objetivo de assegurar que as medidas adotadas pelo Estado sejam proporcionais aos objetivos almejados, evitando excessos e arbitrariedades. No âmbito penal, este princípio é aplicado na análise da adequação das penas em relação aos delitos cometidos, garantindo uma punição justa e equilibrada. Além disso, o princípio da proporcionalidade é utilizado na avaliação da necessidade e da intensidade das intervenções estatais no contexto criminal, contribuindo para a proteção dos direitos individuais dos cidadãos.

2.3 - Classificação das provas e regras específicas

No processo penal, a justificação e aceitabilidade das evidências têm um impacto direto sobre o resultado do julgamento. Entre os tipos de provas mais utilizados e recorrentes, podemos destacar as provas testemunhais, documentais e periciais. A admissibilidade dessas provas, que desempenham um papel essencial no andamento do processo, está sujeita ao cumprimento minucioso de preceitos legais e constitucionais, como a obtenção lícita, a relevância em relação ao fato investigado e a integridade da cadeia de custódia.

Além disso, é importante destacar que as provas obtidas de forma ilícita não são admissíveis no processo penal, em respeito ao direito fundamental, que garante a integridade do devido processo legal. É essencial que haja um compromisso ético na coleta e apresentação dessas evidências, assegurando que o processo judicial permaneça justo e equitativo para todas as partes envolvidas. Essa vigilância é crucial para preservar a confiança no sistema de justiça e assegurar que todos tenham um tratamento justo perante a lei.

A prova documental tem seu conceito definido no código de processo penal em seu artigo 164. Este conceito esclarece que a prova documental é a declaração, sinal ou anotação

registrada por escrito ou por meios técnicos necessários, conforme estabelecido pela lei. É importante reconhecer que o código de processo penal, especialmente no que diz respeito ao procedimento comum ordinário, demonstra uma clara preferência pela forma escrita. Essa característica pode ser vista em vários artigos, como os arts. 9º, 27 e 973, entre outros do código de processo penal. Essa ênfase na escrita reflete a intenção do legislador de garantir clareza e organização nos processos judiciais, facilitando a compreensão e a análise dos casos.

Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.; [...]

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.; [...]

Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.”

Dito isso, a prova documental nada mais é do que a prova reduzida a escrita obtida por meios lícitos. A função de perpetuação refere-se ao fato de que o documento serve como uma representação de uma declaração materializada, sendo fundamental no processo judicial e na preservação da memória dos fatos.

A prova testemunhal refere-se à pessoa que declara perante o juízo seu conhecimento acerca dos fatos. Conforme exposto no artigo 206 do código de processo penal, a testemunha não pode se eximir da obrigação de depor, salvo em situações específicas.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Portanto, em sua essência, uma pessoa pode ser considerada testemunha quando apresenta informações sobre fatos relevantes no processo, oferecendo uma perspectiva que documentos e evidências físicas não conseguem captar. Dito isso, a testemunha pode ajudar a contextualizar os fatos, permitindo que o juiz ou o júri entendam a situação da forma como os fatos ocorreram.

A prova pericial é um procedimento técnico-científico realizado por perito, conforme preceitua previsto no art. 159 do código de processo penal: “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.”

Sua finalidade é fornecer informações objetivas e imparciais que ajudam na formação do convencimento do Juiz. Para tanto, importa fixar os contornos da perícia, adequada para

aquelas situações em que se entenda necessária à elucidação da matéria fático-probatória.

O juiz não há de recorrer à perícia todas as vezes que seja incapaz de julgar uma da coisa, mas sempre que se trate de coisa não incidente na percepção comum. [...] É preciso, por isso recorrer à perícia, sempre que qualquer outro homem racional, nas condições de cultura, seja incapaz de julgar. (MALATESTA, 2005, p. 526)

Cabe ressaltar que o perito deve agir de forma neutra, sem favorecer qualquer das partes envolvidas no processo. Portanto, é uma ferramenta indispensável no processo Penal, pois é capaz de fornecer subsídios fundamentais para a elucidação de fatos e a tomada de decisões judiciais.

Ademais, o rigor científico e a imparcialidade exigidas, garantem que a conclusão apresentada seja confiável, o que reforça a integridade jurídica, sendo capaz de assegurar decisões judiciais que sejam fundamentadas em evidências robustas, promovendo a justiça e a proteção dos direitos de todos os envolvidos.

A prova material é a prova referente a elementos físicos e tangível que podem ser utilizados para demonstrar a veracidade dos fatos. Tais provas podem ser objetos que se relacionam ao crime como armas, roupas ou documentos também podem ser considerados provas materiais, uma vez que é tangível. Assim, deve ser apresentada e obtida por meios e maneiras legais, respeitando os direitos do acusado. A validade da prova material é crucial para que o juiz, bem como o júri, forme sua convicção. Além disso, é fundamental que a prova material se integre a outros tipos de evidências, como testemunhais e documentais, para criar um conjunto probatório coerente.

Nesse sentido, a prova material desempenha um papel crucial no processo penal, sendo fundamental para a configuração do fato delituoso, garantindo um julgamento justo e fundamentado, respeitando os direitos do acusado e contribuindo para a busca da verdade real. A prova ilegal é aquela obtida em desobediência às normas legais, portanto, compromete sua admissibilidade e valor probatório no processo penal. A prova pode ser considerada ilegal por violação de direitos fundamentais, tais como o direito à privacidade, direito previsto no artigo 5º, inc. X, que estabelece a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A falta de autorização judicial para busca e apreensão ou a obtenção por meio de tortura ou coação também são meios ilegais de obtenção de prova. No direito penal, a teoria dos frutos da árvore envenenada estabelece que se a prova original é obtida por meios ilegais, todas as provas subsequentes que dependem da prova original serão contaminadas. Ou seja, a ilicitude contamina o conjunto probatório. Conforme afirmado por Capez "A prova obtida por meios

ilícitos é nula e não pode ser utilizada em juízo, pois fere os princípios da legalidade e da ampla defesa" (CAPEZ, 2020, p. 123).

A prova ilegal pode ser impugnada pela defesa e o juiz deve excluí-la do processo. A inadmissão da prova ilegal visa proteger os direitos do acusado, além de garantir a integridade do sistema judicial.

Em suma, a prova ilegal no direito penal não apenas prejudica o processo judicial, mas fere princípios fundamentais do Estado de Direito, como o devido processo legal e a proteção dos direitos humanos previstos na Constituição Federal brasileira.

3 – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

3.1 - Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo teve sua origem na Idade Média, especialmente na Europa, como uma resposta às necessidades de controle social e ordem pública. Com o tempo, a crítica a esse modelo e os abusos que ocorreram levaram a reformas e a transições para sistemas mais justos, como o sistema acusatório.

Hoje, o sistema inquisitivo é amplamente considerado obsoleto e ultrapassado em muitas jurisdições, embora ainda exista em algumas partes do mundo, principalmente em contextos onde o Estado exerce um controle mais rigoroso sobre a justiça penal.

O sistema inquisitivo é um modelo de processo penal onde as funções de defesa e julgamento são centralizadas em um único órgão. Essa abordagem apresenta várias características que a diferenciam do sistema acusatório. Nele, as mesmas pessoas responsáveis por acusar também desempenham o papel de julgar, o que gera uma concentração de funções bastante peculiar.

O sistema inquisitivo é descrito como “sigiloso, sempre escrito, não contraditório e concentrando em uma única figura as funções de acusar, defender e julgar” (CAPEZ, 2006, p. 46). Segundo ao autor (2006), nesse sistema o réu é tratado como mero objeto da persecução, o que leva à aceitação de práticas como a tortura para obter a confissão, considerada a prova mais importante.

Caracteriza-se pela concentração das funções de acusação e julgamento na mesma pessoa. Esse sistema é composto por dois elementos fundamentais: o princípio inquisitivo e a possibilidade de abertura do processo tanto por meio de uma acusação formal quanto de ofício (ANDRADE, 2008).

Destaca-se, portanto, como a concentração das funções de acusação e julgamento em única figura resulta na desumanização do réu. Conforme preceitua Coutinho (2023), a afirmação de que o imputado se torna um “mero objeto de verificação” revela a falta de um tratamento respeitoso e digno, característica desse modelo, onde a noção de parte é praticamente inexistente.

Essa análise enfatiza a necessidade de um sistema processual que promova a participação ativa do acusado, como ocorre no sistema acusatório, onde os direitos individuais são respeitados e a imparcialidade do juiz é garantida. Essa crítica é fundamental para entender as deficiências do sistema inquisitivo e a importância da evolução para estruturas mais justas e equilibradas.

3.2 – Sistema acusatório

A garantia no devido processo legal foi concebida como uma proteção específica para o processo penal, assegurando que as formas de procedimento não possam comprometer o direito de defesa. Essa garantia é fundamental para a proteção dos direitos individuais, especialmente em contextos em que o acusado enfrenta a possibilidade de sanções severas, como a prisão.

O princípio acusatório é um elemento crucial quando se discute o processo penal em sistemas jurídicos que adotam a divisão de funções entre investigação e julgamento. O sistema acusatório define uma divisão precisa das funções processuais, garantindo que cada parte exerça sua função legal. Assim, o magistrado terá um papel crucial, já que deve preservar sua neutralidade, mantendo-se distante das partes envolvidas. A sua obrigação é avaliar com base nas evidências e argumentos fornecidos, sem privilegiar nenhum deles.

Como a doutrina afirma, “[...] autor e réu encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro” (MARQUES, 1998, p.71).

Essa visão destaca a importância do equilíbrio entre as partes, fundamental para a legitimidade do processo e a proteção aos direitos individuais. Assim, o sistema acusatório, ao garantir a imparcialidade do Juiz e a igualdade entre as partes, ajuda a prevenir abusos, que podem comprometer a justiça e os direitos civis.

A Constituição Federal enfatiza de forma clara a importância do sistema acusatório, estabelecendo uma distribuição equitativa de papéis processuais e mantendo a dinâmica do

processo. De acordo com essa visão, Távora (2015) destaca que a estrutura do sistema deve garantir que todos os envolvidos sejam tratados de maneira justa, assegurando um equilíbrio que favorece a justiça e a proteção dos direitos individuais.

A observância de um devido processo penal transcende a mera observância de formalidades, englobando também princípios como o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz. Esses princípios garantem que todas as partes tenham a oportunidade de apresentar suas alegações e provas no processo, promovendo um ambiente de justiça e equidade. Assim, o devido processo penal se estabelece não apenas como uma exigência formal, mas como um pilar essencial para a legitimidade do sistema de justiça.

A distinção entre os sistemas inquisitivo e acusatório no direito processual penal é fundamental para entender a evolução e a prática da justiça em diferentes contextos históricos. No sistema inquisitivo, como exposto acima, acumula-se as funções de acusar e julgar, o que pode levar a uma concentração de poder e à ausência de garantias processuais. Nesse modelo, o réu muitas vezes têm seus direitos reduzidos, já que a investigação e a decisão são centralizadas em uma única figura, comprometendo a imparcialidade do julgamento.

Por sua vez, o sistema acusatório emergiu como uma resposta às limitações do sistema inquisitivo, promovendo a separação das funções de acusação, defesa e julgamento. Nesse modelo, conforme aponta autor como Capez, o processo se baseia em princípios como o contraditório, a publicidade e a imparcialidade, garantindo que as partes tenham oportunidades equitativas de apresentar suas provas e argumentos. O juiz, nesse contexto, atua como um árbitro neutro, sem poderes investigatórios, o que fortalece a ideia de um julgamento justo e transparente.

Com o tempo, muitos países adotaram o sistema acusatório em seus ordenamentos jurídicos, promovendo legislações que asseguram o devido processo legal. Isso inclui garantias como o direito à ampla defesa e ao contraditório, fundamentais para a proteção dos indivíduos diante do poder estatal.

No contexto do sistema acusatório no Direito Penal, é fundamental reconhecer a importância de um sistema que respeite os direitos individuais do acusado e assegure a imparcialidade judicial. Essa estrutura não apenas protege o réu, mas também contribui para a confiança da sociedade no sistema de justiça.

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o “olhar da complexidade” e não mais com o “olhar da Idade Média”. Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal,

tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, 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. (LOPES, 2001. p.13)

Portanto, a transição do sistema inquisitivo para o acusatório representa um avanço significativo na luta pela justiça e pela proteção dos direitos humanos, evidenciando a importância de um processo penal que respeite a dignidade do réu e assegure a imparcialidade do julgamento. Essa evolução é crucial para compreender as práticas contemporâneas do direito penal e a necessidade de constante vigilância sobre os direitos processuais.

3.3 - Influência do sistema acusatório na produção e análise das provas

O princípio acusatório fortalece a ideia de que as partes devem produzir provas. Isso significa que o juiz não pode determinar a produção de provas de ofício, sendo fundamental manter a imparcialidade. Além disso, o respeito ao contraditório é uma consequência direta desse princípio, garantindo que as partes tenham a oportunidade de contribuir para a formação do conjunto probatório, refletindo na equidade do processo penal.

A análise das provas à luz do princípio acusatório revela a importância de garantir a imparcialidade e independência na avaliação das evidências apresentadas. Nesse sentido, é fundamental que as provas sejam colhidas de forma imparcial, respeitando os direitos das partes e garantindo a igualdade de armas. A análise deve ser realizada de forma objetiva, sem qualquer tipo de influência externa, assegurando a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos no processo penal.

Outro aspecto relevante é que o princípio acusatório promove uma distribuição mais equitativa das responsabilidades entre as partes, incentivando um maior rigor e dedicação na apresentação das provas. Tal fato ajuda a evitar o uso de provas ilícitas e a manipulação indevida de informações, uma vez que a condução do processo depende das evidências apresentadas de forma legítima e respeitando os direitos dos envolvidos. Dessa forma, o princípio acusatório atua como um baluarte para a correta análise das provas, permitindo a construção de uma decisão justa e equilibrada, que respeita os preceitos do devido processo legal e assegura a proteção dos direitos fundamentais.

4 - A PESCA PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

A "pesca probatória" refere-se à busca de provas em um processo penal de forma indiscriminada, aleatória e sem a devida fundamentação legal. Tal prática caracteriza uma investigação excessiva e muitas vezes descontrolada, que não se pauta por indícios concretos de crime ou pela necessidade de uma justificativa efetiva que possa respaldar as ações dos investigadores.

Segundo o professor Alexandre Morais da Rosa (2021), a "pesca probatória" é uma busca especulativa de provas, seja em meios físicos ou digitais, sem uma causa provável, um alvo claro, uma finalidade tangível ou sem seguir os limites autorizados. Isso significa que estão procurando evidências sem ter uma base concreta ou justificativa.

Quando não há indícios de crime antes de tomar medidas como invasões de privacidade ou restrições, a ação pode ser vista como abusiva. Ou seja, se não há uma justificativa mínima, um objeto, uma pessoa ou um crime específico a ser investigado, isso se caracteriza como "pescaria de provas".

A "pescaria probatória" ocorre quando há desvio de finalidade e falta de evidências que sustentem uma futura instrução criminal. Não se aplica quando surgem provas fortuitas (provas encontradas por acaso durante uma investigação legítima). O agente que conduz a investigação deve sempre respeitar os limites do escopo - ligados a uma justa causa - para a qual a privacidade foi excepcionalmente restringida, exceto nos casos de encontro fortuito de provas. Esse conceito é amplamente utilizado na crítica a abordagens e metodologias de investigação que priorizam a obtenção de elementos probatórios aleatórios, sem qualquer tipo de direcionamento claro acerca dos fatos que estão sendo apurados. Essa abordagem problemática acaba por violar princípios fundamentais, como o da legalidade e o do respeito à privacidade dos indivíduos envolvidos nas investigações. Em diversas situações, isso resulta em invasões indevidas de direitos, onde a intimidade e a dignidade das pessoas são desconsideradas em nome de uma suposta busca pela verdade. Isso não apenas compromete o direito à privacidade, mas também fere a confiança na atuação do sistema jurídico.

A crítica à "pesca probatória" é, portanto, essencial para preservar os direitos fundamentais dos cidadãos e garantir que as investigações se mantenham dentro dos limites legais e éticos estabelecidos. É crucial que as normas que regem a busca por provas e a proteção dos direitos humanos sejam respeitadas em uma sociedade que deve ser justa e equitativa. Essa discussão destaca a importância de se estabelecer diretrizes claras para a coleta de provas e enfatiza a necessidade de um equilíbrio entre a eficácia das investigações e a proteção dos direitos dos indivíduos, pilares de uma justiça que se propõe a ser transparente e respeitosa.

A "pesca probatória" não apenas mina a confiança no sistema judicial, mas também

pode resultar em danos irreparáveis à vida dos investigados. Em um estado democrático de direito, é fundamental que as investigações sejam conduzidas com base em critérios rigorosos, objetivando não apenas a descoberta da verdade, mas também a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

4.1 – Posicionamento dos Tribunais Superiores

Os Tribunais Superiores, que englobam o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm se posicionado de maneira crítica e minuciosa em relação à prática da pesca probatória. Esse posicionamento reflete a importância e a complexidade dessa temática no contexto jurídico contemporâneo.

Os Tribunais têm estabelecido diretrizes claras que orientam que a obtenção de provas deve sempre respeitar rigorosamente as garantias constitucionais, previstas na Constituição Federal, além de considerar as normativas processuais já existentes e aplicáveis ao caso. O entendimento predominante entre os Tribunais Superiores é que a busca por provas deve ser não apenas adequada ao contexto e à necessidade do processo judicial em análise, mas também proporcional e razoável. Isso é essencial para evitar abusos e excessos que possam comprometer os direitos fundamentais dos réus.

Em 2020, o STF já se posicionava sobre o tema (no julgamento do HC 163461/PR - Relator 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. (HC 163461, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05-02-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 31-07-2020 PUBLIC 03-08-2020)

Nesse sentido, segue o posicionamento no julgamento do HC 201.965/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

Processo penal. Alegação de nulidade de relatórios de inteligência financeira (RIFs) e de procedimento investigativo. Produção de RIFs a pedido sem a prévia instauração de investigação. Realização de diligências pelo COAF junto a bancos. Violação às regras estabelecidas pelo STF no RE 1.055.941/SP (tema 990 da repercussão geral). Prática de fishing expedition. Instauração de investigação sem prévia autorização e supervisão pelo Tribunal competente. Ordem concedida para declarar a nulidade de relatórios de investigação financeira e a imprestabilidade, em relação ao paciente, dos elementos colhidos em procedimento investigativo. (HC 201965, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30-11-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 25-03-2022 PUBLIC 28-03-2022)

Um equilíbrio justo e equitativo deve ser cuidadosamente mantido para assegurar a integridade do sistema penal, garantindo que todos os indivíduos envolvidos no processo jurídico sejam tratados de maneira justa e digna, em conformidade com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico vigente.

O papel dos Tribunais, portanto, é crucial para garantir que as práticas judiciais estejam alinhadas com os direitos humanos e as liberdades fundamentais, assegurando um ambiente onde a justiça prevaleça de forma justa, imparcial e respeitosa. É fundamental evitar a violação dos direitos individuais, que são cruciais para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária. Assim, todos podem usufruir de seus direitos em plena liberdade e segurança, refletindo um compromisso robusto com a dignidade humana e a efetividade da justiça social

A 3ª Seção do STJ, ao julgar dois recursos em Habeas Corpus (RHC 83.447 e 83.233), declarou ilegal a requisição de dados fiscais pelo Ministério Público à Receita Federal sem autorização judicial. Em um Estado democrático de direito é inadmissível que órgãos de persecução penal solicitem informações sigilosas de forma informal e sem urgência, sem controle judicial, violando a vida privada dos cidadãos.

Em trecho retirado do referido julgado, o Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reforça:

Mais do que nunca, necessário é, a meu ver, garantir ao cidadão brasileiro que suas informações privadas, constitucionalmente submetidas ao sigilo, de fato, só sejam acessadas por determinação legal e por quem detém efetivamente competência funcional para tanto. E o caminho para que isso se torne uma realidade é obedecer o que o texto constitucional estabelece, tornando efetivamente o acesso a informações sigilosas uma exceção à regra. (JÚNIOR, 2017, P. 17)

Nesse contexto, é absolutamente imprescindível que qualquer ação investigativa respeite as normas estabelecidas e promova a justiça de forma equilibrada, ética e responsável. Essa abordagem assegura que os direitos de todos os envolvidos sejam mantidos e valorizados ao longo do processo investigativo, reforçando a confiança na justiça e na integridade do sistema legal. O sistema deve funcionar de maneira eficaz para proteger todos os cidadãos e garantir que a ordem jurídica e social se mantenha, assegurando um ambiente de respeito mútuo e justiça para todos.

Outro exemplo disso é o julgamento do RMS 62.562, onde a Quinta Turma do STJ determinou a destruição de material apreendido em uma empresa devido ao reconhecimento de uma "fishing expedition" durante uma diligência de busca e apreensão. No curso da investigação de uma suposta organização criminosa envolvida em desvios de patrimônio, foi

copiado todo o banco de dados de uma empresa que não havia indícios de participação nos delitos investigados. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca destacou:

os indícios de autoria antecedem as medidas invasivas, não se admitindo em um Estado Democrático de Direito que primeiro sejam violadas as garantias constitucionais para só então, em um segundo momento, e eventualmente, justificar-se a medida anterior, sob pena de se legitimar verdadeira fishing expedition. (FONSECA, 2019, P. 55)

É fundamental que a sociedade mantenha um diálogo aberto sobre a importância de tais regulamentações e seu papel crucial na preservação do estado de direito. A corrupção e o abuso de poder não podem ser tolerados, e a proteção dos direitos humanos deve prevalecer acima de quaisquer interesses ou pressões externas.

A formação e a conscientização dos profissionais encarregados de conduzir investigações são essenciais. Eles devem atuar com alto nível de responsabilidade, considerando as implicações de suas ações na vida das pessoas envolvidas. É imprescindível garantir que todos os procedimentos sejam desenvolvidos de maneira coesa e pautados na ética, sempre respeitando a dignidade humana, que deve ser o parâmetro norteador das atividades de busca por provas.

5 - CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como foco a análise crítica da prática da "fishing expedition" no direito penal brasileiro, destacando suas implicações para os direitos individuais e a integridade do sistema judiciário. Trouxe à tona importantes considerações sobre a busca por uma justiça equilibrada e a necessidade de limitar rigorosamente essa prática, promovendo métodos investigativos que respeitem a dignidade humana e os princípios do estado democrático de direito. A análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros revelou que, embora existam diretrizes claras estabelecidas para conter essa prática, ainda há lacunas e desafios a serem enfrentados.

Os Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm desempenhado um papel crucial na crítica e limitação da pesca probatória. Suas diretrizes enfatizam a necessidade de que a obtenção de provas seja sempre adequada, proporcional e razoável, evitando abusos que comprometam os direitos fundamentais.

Os limites impostos à busca indiscriminada por provas são essenciais para assegurar a justiça e a integridade do sistema legal. As investigações devem ser direcionadas, fundamentadas e embasadas em evidências concretas, promovendo uma justiça equilibrada,

ética e responsável. Dessa forma, a confiança na justiça e na ordem jurídica é reforçada, assegurando um ambiente de respeito mútuo e justiça para todos.

O caso notório da Operação Lava Jato foi correlacionado ao tema, ilustrando os desafios e implicações da prática investigativa ampla e indiscriminada no sistema jurídico brasileiro. É essencial que o sistema judiciário continue a evoluir, buscando sempre um equilíbrio entre a eficiência investigativa e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Adicionalmente, é fundamental considerar o sistema acusatório, que estabelece uma clara divisão entre as funções de acusação, defesa e julgamento. Esse modelo garante a imparcialidade do juiz, que deve atuar como árbitro neutro, assegurando um processo justo e transparente. O devido processo legal, que inclui princípios como o contraditório e a ampla defesa, é essencial para a proteção dos direitos individuais, garantindo que o acusado tenha a oportunidade de se defender adequadamente e evitando abusos. Assim, o sistema acusatório, ao equilibrar as partes e assegurar a imparcialidade do juiz, contribui para a confiança na justiça e na proteção dos direitos fundamentais.

A prática da "Fishing Expedition" representa um desafio significativo para o direito penal brasileiro. Pesquisas futuras poderão explorar mecanismos mais eficazes de prevenção e controle dessa prática, bem como o impacto de novas tecnologias no processo investigativo. Além disso, é fundamental continuar monitorando a jurisprudência dos Tribunais para identificar avanços e retrocessos na proteção dos direitos fundamentais. A continuidade da crítica e limitação dessa prática pelos Tribunais é fundamental para garantir que a busca por justiça não comprometa os direitos individuais, fortalecendo um sistema judiciário que respeite a dignidade humana e os princípios do estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Comentário do Código Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 2.^a Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

ANDRADE, M.F. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

AURUM. **O que é princípio da legalidade?**. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-principio-da-legalidade/>>. Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.562 - MT (2019/0374119-3)**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Caiu na rede: é fishing expedition ou serendipidade?** Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22102023-Caiu->

na-rede-e-fishing-expedition-ou-serendipidade.aspx>. Acesso em: 15 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, p.23. Acesso em: 23 out. 2024.

G1. Plenário do STF reconhece decisão da Segunda Turma que declarou Moro parcial ao condenar Lula. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/06/23/plenario-do-stf-reconhece-decisao-da-segunda-turma-que-declarou-moro-parcial-ao-condenar-lula.ghtml>>. Acesso em: 15 out. 2024.

JUSBRASIL. **Todos os princípios do processo penal**. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/todos-os-principios-do-processo-penal/1638620917>>. Acesso em: 14 out. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2017, p.25.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 2019. Disponível em:

<<https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2024.

LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.48. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Trad: Paolo Capitanio**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1, 2 e 3. Ed. – 2 tiragem Campinas: Bookseller.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **O fishing expedition e os entendimentos do STJ**.

Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/365591/o-fishing-expedition-e-os-entendimentos-do-stj>>. Acesso em: 15 out. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos**, 1ª ed., Santa Catarina: Ematis, 2021, p. 389-390.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recurso em Habeas Corpus nº 83.447 - SP (2017/0089929-9)**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700899299&dt_publicacao=15/03/2022. Acesso em: 15 out. 2024

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Habeas Corpus nº 163.461**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paraná, PR. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753368425>. Acesso em: 02 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz**

Sérgio Moro na condenação de Lula no caso triplex. Disponível em:
<<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/2a-turma-reconhece-parcialidade-de-ex-juiz-sergio-moro-na-condenacao-de-lula-no-caso-triplex/>>. Acesso em: 15 out. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Habeas Corpus n° 201.965**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759912843>. Acesso em: 02 nov. 2024.

TAVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosamar. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador, Juspodvm, 2015.