

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

João Victor Inkis de Mattos Ramos

DAS PROVAS ILEGAIS: UM OLHAR SOBRE A *FISHING EXPEDITION*

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

SÃO PAULO

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

João Victor Inkis de Mattos Ramos

DAS PROVAS ILEGAIS: UM OLHAR SOBRE A *FISHING EXPEDITION*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de BACHAREL em Direito, sob a orientação da Prof.^a Maria Eugênia Ferreira da Silva Rudge Leite.

SÃO PAULO
2022

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de curso à memória de minha amada e falecida mãe, Silvia D'Almeida Ramos Inkis, a mulher que mais amei e que mais me amou em toda a minha vida. Dedico a ela não apenas por este trabalho em si, mas sim por tudo aquilo que ele representa. O fechamento de um ciclo abençoado e glorioso de cinco anos, no qual conheci pessoas maravilhosas e me desenvolvi como ser humano, cidadão e estudante de Direito. Me aprimorei, me apaixonei, me frustrei, me perdi e me encontrei. Obrigado por tudo que você fez por mim, mãe. Por todo o seu amor, por todo o seu carinho, por todo o seu legado. Sempre vi em você uma mulher que fazia de tudo pela nossa família e que constantemente praticava o amor ao próximo, seja na vida pessoal, como um exemplo de mulher cristã, seja na vida profissional, como a pediatra mais atenciosa, doce e meiga que conheci. Como meu pai diz, sou produto de oração e do seu amor com ele, então que eu possa exercer parte dessas bênçãos e desse amor neste próximo ciclo que está por vir. Novamente, obrigado por tudo, mãe. Amarte-ei para todo sempre!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus – o Deus do impossível, do amor ao próximo, da graça e do perdão – por toda a minha abençoada vida e especialmente por estes cinco últimos anos mais do que especiais.

Ao meu pai, Justino de Mattos Ramos Netto, o homem que mais pensa no próximo que já convivi em toda minha vida e que me ensina diariamente a ser uma pessoa melhor. Obrigado por tudo, pai. Desde antes de eu nascer, mas especialmente de 02 de fevereiro de 2012 até hoje, só nós sabemos o que passamos e você foi o melhor pai e exemplo possível que eu poderia ter. Se sou quem eu sou, o principal responsável é você. Que continuemos com a relação que temos e que, até o final de minha vida, eu possa dizer que nunca dormi sequer uma noite brigado com você. Amar-te-ei eternamente!

À minha querida madrastra Debora Daniel de Mattos Ramos, sempre atenciosa e que exerce papel essencial em minha vida.

Às minhas avós Evelyn D’Almeida Ramos Inkis e Lorete Pires de Mattos Ramos, mulheres que sempre demonstram um amor gigante por mim e que são especialistas em encher a minha bola, e à memória de meus avôs João Washington Inkis e Justino de Mattos Ramos Júnior, que aqui representam todos os meus antepassados, homens que me amaram com seus modos particulares, que sempre admirei as virtudes e aprendi a compreender os defeitos.

Às minhas tias Bia, Paula e Larissa e aos meus tios Paulo e Caito, que de formas distintas demonstram carinho e amor por mim.

Às minhas primas Malu, Laurinha, Lelê, Rebecca e Sophia, e aos meus primos Enzo, Gabriel, Rafael, João Pedro e Pepa, que possamos seguir com os legados de nossas famílias.

Ao restante dos familiares, onde quer que estejam, Americana, Belo Horizonte, Limeira, São Paulo, Tampa ou qualquer outro lugar, meu muito obrigado pelo apoio e carinho de sempre.

Às mulheres que participaram de minha criação em casa, aqui representadas por Josefina Maria de Jesus e Maria do Socorro, mulheres nordestinas, batalhadoras e de fé, que para além dos cuidados que sempre prestaram, me trataram e tratam com amor e carinho.

Ao meu amigo Pedro Stefani Luciano, que invariavelmente recebe o título de melhor amigo desde 2004, obrigado por toda a parceria de sempre.

Às amigas e aos amigos de Dante Alighieri, aqui representados por Flávia Galvão, Isabella Paletta, Alexandre Touloubre, André Navarro, Eduardo Marins, Felipe Camargo, Luca Cirenza e Murilo Albregard, em especial a este último, também santista e meu colega de FFLCH, a quem posso conversar por horas sobre os mais variados assuntos e me socorro nos momentos de elaboração dos textos mais complexos, como no presente trabalho, pela inteligência e atenção de sempre.

À minha orientadora, Professora Maria Eugênia Ferreira da Silva Rudge Leite, a quem tive o prazer de ser monitor neste último semestre e com quem muito tenho aprendido.

À Professora Doutora Raecler Baldresca, quem me introduziu na matéria processual penal e a quem também tive o prazer de ser monitor nos últimos dois anos e que desde então vem me ensinando muito sobre o processo penal.

À minha amiga, conselheira e orientadora informal nos mais diversos trabalhos acadêmicos, Natália Kovacs Pendl, quem muito admiro intelectualmente e pelos ideais e lutas que abraça, especialmente no que diz respeito às ciências criminais, e com quem muito me divirto falando por horas sobre os mais variados assuntos. Obrigado por todo o apoio e compreensão, especialmente quanto ao presente trabalho.

Aos meus melhores amigos de Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e membros do CSS, os quais devo ressaltar individualmente.

Henrique Chuster, meu grande conselheiro para todas as horas, não precisamos falar para saber o que cada um está pensando.

Henrique Molina, meu amigo santista com um coração gigante e sempre o mais prestativo, sei que posso contar com você para todos os momentos e a recíproca é verdadeira, conte comigo sempre.

Igor Uenohara, meu conselheiro santista nos momentos mais peculiares, com você a alegria é garantida e o conselho é o melhor possível.

João Pedro Amaral, meu amigo afetuoso e gentil, da minha cidade favorita para jogos universitários, também amante das ciências criminais e que cedeu a casa neste último ano depois dos treinos de basquete nos horários peculiares de sempre.

Matheus Klug, meu amigo atencioso, carinhoso e organizador dos melhores eventos do nosso grupo.

Pedro Caracante, meu amigo santista, de princípios sólidos e que traz em diversos momentos um contraponto essencial.

Pedro Rezende, meu amigo com os melhores papos e desabafos no privado, que soube aproveitar a PUC e também cedeu a casa neste último ano depois dos treinos de basquete nos horários peculiares de sempre.

Nós fomos felizes e sempre soubemos disso, o que só fez os momentos serem ainda mais especiais.

Às minhas amigas e aos meus amigos da sala ME, Bruninha, Bruninho, Camila, Carol, Heitor, Giu, Maca, Madê, Manu, Maria, Samuca e Valentina, vocês tornaram a minha graduação mais especial.

Aos meus colegas da sala ME que proporcionaram um ambiente agradável e amistoso nestes últimos cinco anos.

Ao Basquete Masculino da PUC-SP como instituição, que proporcionou os momentos mais especiais da minha graduação e fez com que eu conhecesse ainda mais pessoas desta Faculdade. Os títulos dos Jogos Jurídicos Estaduais de 2022, da série B do NDU do 2º semestre de 2022 e dos Integras Mix de 2019 e 2022, e os momentos de alegria, comunhão e confraternização do time compensaram os horários esdrúxulos de treino, as lesões, as noites mal dormidas e os momentos de frustração.

Aos meus companheiros de time que conviveram comigo em algum momento nestes cinco anos, aqui representados por Ariel, Binda, Chiapa, Fabrizio, Funt, Greg, Lucca, Luz, Michel, Nathan, Rafa, Ricardinho, Smith, Thiago e Viktor, em especial este último, o qual me

possibilita os melhores, papos, desabafos e risadas, sempre com uma postura crítica, porém, educada e pensando no melhor para o povo brasileiro e o Brasil, país que nutrimos um amor absoluto em comum.

À minha amiga e companheira de monitoria Giulia Bissoto, que sempre se dispõe a me ajudar e de fato muito tem me ajudado neste último ano.

Aos professores e demais colaboradores da PUC-SP, como funcionários do administrativo, pessoal da biblioteca, da portaria e da limpeza, que ajudaram no meu desenvolvimento como ser humano, cidadão e estudante de Direito, e proporcionaram um melhor ambiente universitário.

A todos que trabalhei e convivi por conta dos estágios que realizei, em especial Cefora Bertoco, Paulo Guilherme Amaral Toledo, Sabrina Meneguetti, Douglas França, Marcos Roberto das Chagas e Murilo Peruchi, os quais sempre me apoiaram, ensinaram e foram compreensíveis nos momentos que precisei.

Ao meu amigo e tio de consideração Marcos Paes Molina, poder conhecê-lo de fato depois de mais de duas décadas de amizade sua com o meu pai foi maravilhoso. Obrigado por toda a ajuda nesses cinco anos, seja em caronas, dicas para a vida, discussões jurídicas ou desabafos sobre o Santos Futebol Clube.

Aos meus colegas da História, Davi Oliveira e Luiz Duarte, que neste último semestre me deram um grande apoio na FFLCH-USP.

Por fim, gostaria de agradecer à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como instituição, a qual historicamente se pautou na defesa do Estado Democrático de Direito e que com seu modo particular – e que muito tem a melhorar – proporcionou cinco anos muito especiais em minha vida.

“When I find myself in times of trouble

Mother Mary comes to me

Speaking words of wisdom, let it be

And in my hour of darkness

She is standing right in front of me

Speaking words of wisdom, let it be

Let it be, let it be

Let it be, let it be

Whisper words of wisdom, let it be”

Paul McCartney

RESUMO

O presente trabalho buscou fazer uma análise sobre o termo *fishing expedition* a partir de certas noções fundamentais sobre o sistema processual penal, à luz da teoria geral das provas no processo penal e levando em consideração a temática das provas ilegais e suas consequências. Quanto às noções fundamentais sobre o sistema processual penal, tratou-se sobre os sistemas processuais penais e suas características e certos princípios processuais penais. Em relação à teoria geral das provas no processo penal, abordou-se sobre o termo prova, seus conceitos e significados, tratou-se sobre a distinção entre provas e elementos informativos e discorreu-se sobre as fontes de prova, os meios de prova e os meios de obtenção de prova. No que se refere à temática das provas ilegais, dissertou-se sobre as provas ilícitas e ilegítimas e suas consequências, as provas ilícitas por derivação e suas limitações e a inutilização das provas ilícitas e a descontaminação do julgado. Por fim, tratou-se sobre a *fishing expedition*, sua origem, conceitos e hipóteses, fazendo uma conclusão sobre a sua ilegalidade a partir de tudo que foi estudado.

Palavras-chave: processo penal, *fishing expedition*, teoria geral das provas e provas ilegais.

ABSTRACT

The objective of this paper was to analyze the “fishing expedition” concept, based on fundamental notions about the Brazilian system of criminal procedure, especially considering the general theory of evidence in criminal procedures and the issue of illegal evidence and its consequences. As for the fundamental notions about the system of criminal procedure, the main types of systems and their characteristics were analyzed, as well as certain criminal procedure principles. As for the general theory of evidence in criminal proceedings, the paper discussed the legal meaning of the term “evidence”, with its concepts and meanings, the distinction between evidence and informational elements, as well as the sources of evidence, means of evidence and means of obtaining evidence. As for the issue of illegal evidence, there was a discussion on illicit and illegitimate evidence and its consequences, on illicit evidence by derivation and its limitations, as well as on the destruction of illicit evidence and the decontamination of the judgment. Finally, there was a detailed analysis about the fishing expedition, including its origin, concepts and hypotheses, thus making a conclusion about its illegality.

Keywords: criminal procedure, fishing expedition, general theory of evidence and illegal evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acórdão
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI's	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
AGInt	Agravo Interno
AI	Agravo de Instrumento
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça eletrônico
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
Prof.	Professor
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL PENAL	13
2.1 Sistemas Processuais Penais	13
2.2 Princípios Processuais Penais	16
3 TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	22
3.1 O termo prova: conceitos e significados	23
3.2. Distinção entre provas e elementos informativos.....	24
3.3. Fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova	27
4 DA PROVA ILEGAL.....	31
4.1 Provas ilícitas e ilegítimas e suas consequências	32
4.2 Provas ilícitas por derivação e suas limitações.....	35
4.3 Inutilização das provas ilícitas e descontaminação do julgado.....	38
5 A <i>FISHING EXPEDITION</i> (“PESCA PROBATÓRIA”).....	43
5.1 Origem e conceito	43
5.2 Hipóteses de <i>fishing expedition</i>	46
5.3 A <i>fishing expedition</i> à luz do sistema processual penal acusatório brasileiro e dos princípios processuais penais e suas consequências	50
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

A persecução penal é um tema que gera diversas polêmicas, tanto no dia a dia do povo brasileiro, com notícias sobre fatos criminosos e suas repercussões, quanto na própria academia, onde estudiosos das ciências criminais – e tantos nem tão estudiosos assim – debatem sobre as mais diversas questões que envolvem criminologia, política criminal, dogmática jurídico-penal e processo penal.

Assim, por ser um tema que envolve debates éticos e morais e que mexe com noções como justiça, vida, patrimônio e liberdade, deve ser tratado com muita cautela, especialmente por aqueles que se dispõem a estudar e se especializar a respeito. Entretanto, o que muitas vezes se observa é justamente o contrário, os estudiosos sucumbem ao senso comum e passam a emitir opiniões superficiais e que podem gerar consequências praticamente irremediáveis.

O senso comum faz com que se pense em soluções fáceis e simples para problemas complexos e grandes, como são os casos dos inúmeros problemas que envolvem a persecução penal, a qual por si só já possibilita uma série de debates um tanto quanto polêmicos.

Nesse sentido, justamente pelo senso comum, parece que as soluções para os problemas da atual sociedade, especialmente no que diz respeito à persecução penal, são a punição e a simplificação de tudo que envolve o processo penal, como limitações ao direito de defesa e a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, a qual viola o princípio da presunção de inocência.

Há também a ideia de que os fins justificam os meios e uma presunção de culpabilidade – lógica totalmente invertida e que viola o já mencionado princípio – onde, na prática, o investigado/acusado já é tratado como culpado e deve ter seus direitos equivalentes aos de um já condenado, ou muito pior, “nem deve ter tantos direitos assim”.

Isso é o que se observa quando se trata sobre a temática das provas ilegais, o senso comum se socorre justamente na ideia de que os fins justificam os meios e que não faz sentido inadmitir um ato ou uma prova que indica a culpabilidade de alguém por um desrespeito a determinada formalidade ou determinação legal. Todavia, aqui há dois pontos. Primeiramente, muitas vezes direitos e garantias fundamentais são violadas e não há qualquer envolvimento criminal. A truculência apenas passa por cima do povo brasileiro e coisa alguma é falada, justamente porque nada foi observado e por essa normalização que há do autoritarismo. O outro ponto é que, quando se fala sobre direitos e garantias fundamentais, especialmente na persecução penal, que envolve conceitos como honra, reputação e liberdade, todo cuidado é pouco, pois as consequências que podem ser geradas são irreparáveis, vide o famoso caso da

Escola Base, onde inocentes foram acusados injustamente e tiveram suas vidas atormentadas e praticamente acabadas.

Nesse sentido é que surge a principal motivação do presente trabalho, que é estudar o termo *fishing expedition* que vem ganhando certa atenção dos estudiosos do processo penal a partir de certas noções fundamentais sobre o sistema processual penal, à luz da teoria geral das provas no processo penal e levando em consideração a temática das provas ilegais e suas consequências, buscando esquivar-se do senso comum e de respostas simplórias para problemas altamente sérios.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais – as quais visam a proteção dos bens jurídicos mais relevantes – cominando as respectivas sanções àqueles que vierem a praticar as condutas consideradas delituosas. A partir do momento em que um sujeito pratica uma conduta considerada delituosa, surge ao Estado o poder para que este seja perseguido (*jus persecuendi*) e submetido à sanção penal (*jus puniendi*). Entretanto, não é porque determinado agente supostamente praticou certo delito que ele poderá ser punido imediatamente. Existem certas leis que regulamentam o poder de persecução estatal, tendo o sujeito o direito de defender-se e de ser julgado em um processo justo, com leis previamente estabelecidas, sendo função do processo penal, portanto, regulamentar a persecução penal.

Assim, antes de adentrar nas questões referentes especificamente à Teoria Geral das Provas e seus desdobramentos, como a temática das provas ilegais, e também quanto às práticas que serão estudadas no presente trabalho (*fishing expedition*), mostra-se necessária uma análise a respeito dos sistemas processuais penais e dos princípios do processo penal, para que possa haver uma base para uma melhor compreensão acerca do sistema vigente no Brasil, dos princípios que devem nortear o processo penal brasileiro e, conseqüentemente, quanto à legalidade ou não das referidas práticas no âmbito da persecução penal.

2.1 Sistemas Processuais Penais

Nas mais diversas sociedades sempre se buscou que fossem evitadas e combatidas certas práticas que, para determinado corpo social, eram consideradas delituosas, seja na Babilônia de Hammu-rabi, seja na França de Napoleão, seja no Brasil atual. Assim, no contexto da persecução penal, historicamente surgem certos sistemas processuais penais, sendo três os considerados pelas doutrinas: i) inquisitório; ii) acusatório; iii) misto.

Quanto ao sistema inquisitório, este surge na Europa Ocidental por volta do século XIII, em um contexto no qual Estado e Igreja confundiam-se como algo só e buscavam reprimir heresias e tudo que fosse contrário ou pudesse criar dúvidas quanto aos dogmas da Igreja Católica¹. Neste sistema não há separação das funções de acusar, defender e julgar, sendo papel do chamado “juiz inquisidor” exercê-las juntamente. Ademais, a gestão da prova está nas suas mãos, possuindo o “juiz inquisidor” iniciativa acusatória e probatória, podendo este determinar

¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 44.

de ofício a colheita de elementos informativos e de provas². Tais características impedem o contraditório e a imparcialidade do julgador, pois não há contraposição de ideias entre defesa e acusação e aquele que busca as provas é o mesmo que decide a partir delas. Outra característica marcante desse sistema é a forma como é tratado o acusado, o qual não é considerado sujeito de direitos, mas sim simples objeto do processo, o que permitia, inclusive, a prática da tortura como meio de obtenção de uma suposta verdade real – algo criticado por Beccaria já no século XVIII³. Por fim, também são características desse sistema um processo escrito e sigiloso, porém, tais formas não são essenciais para a sua caracterização.

Em relação ao sistema acusatório, este ressurgiu a partir do século XVIII por meio dos ideais iluministas e suas revoluções, como a Americana e a Francesa – ressurgiu, pois entende-se que na Antiguidade grega e romana, bem como em parte da Idade Média, o sistema que vigorava era o acusatório⁴.

São características desse sistema a separação das funções de acusar, defender e julgar, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, com um juiz imparcial (princípios do contraditório e da imparcialidade do julgador). Além disso, historicamente o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um espectador da atividade das partes, às quais incumbia a atividade probatória – modernamente entende-se que o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de certos poderes instrutórios, o que, todavia, não é unânime pela doutrina⁵. Neste sistema o acusado é considerado como sujeito de direitos, tendo garantias fundamentais, como a presunção de inocência, e não há uma busca por uma verdade real, mas sim uma busca pela verdade, devendo a prova ser produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa⁶. Por último, também são características históricas desse sistema a oralidade e a publicidade.

Acerca do sistema processual misto, este também é denominado como sistema francês, uma vez que surge na França napoleônica por meio do *Code d'Instruction Criminelle* (1808), no qual havia duas fases: a primeira (pré-processual) com características inquisitórias e a segunda (processual) com características acusatórias⁷.

² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 46.

³ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 61-66.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 45.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 112-113.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 46.

⁷ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 48.

Este sistema, portanto, possui características dos dois sistemas já mencionados, de modo que há críticas no sentido de que tal definição é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os sistemas puros uma referência histórica, e que para definir um sistema deve-se observar o seu princípio unificador (acusatório ou inquisitivo), sendo a gestão da prova ponto central em tal definição, como entendem Aury Lopes Jr. e Jacinto Coutinho⁸.

No tocante à discussão quanto a qual sistema processual penal é vigente no Brasil, diferentes doutrinas já entenderam pela possibilidade de serem enquadrados os três sistemas expostos.

Quanto àqueles que entendem que o sistema processual é o acusatório, concluem a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual prevê de forma expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurados os princípios da imparcialidade, da presunção de não culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa⁹.

Em relação àqueles que entendem que o sistema processual brasileiro é o misto, consideram assim pelas características inquisitórias da fase pré-processual e pelos poderes instrutórios do juiz – como entendia Guilherme de Souza Nucci, o qual atualmente considera que, após a reforma realizada pela Lei nº 13.964/2019, o sistema adotado no Brasil é o acusatório mitigado¹⁰.

Já aqueles que entendem ou entendiam que o sistema processual penal vigente no Brasil é o inquisitório ou neoinquisitório, como Aury Lopes Jr., compreendem ou compreendiam de tal forma especialmente porque o princípio informador é ou era inquisitivo, uma vez que a gestão das provas está ou estava nas mãos do juiz¹¹. Aqui há um cuidado quanto aos tempos verbais utilizados, pois o artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, o qual foi incluído pela Lei nº 13.964/2019 e dispõe que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”, teve sua eficácia suspensa pela concessão de liminar na Medida Cautelar nas ADI’s nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux, sendo este artigo essencial para tais mudanças de entendimento, apesar de que para tais doutrinadores essa inclusão na

⁸ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 48-50.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 45-47.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p. 41-42.

¹¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 48.

legislação não é o suficiente, pois entendem que a eficácia de certos artigos com ranço inquisitório deve ser expurgada e, principalmente, deve haver uma mudança cultural por parte de todos os atores judiciários¹².

Assim, para o presente trabalho, será considerado como vigente no Brasil o sistema processual penal acusatório, pois é o sistema que está em consonância com a Constituição da República e que, portanto, deve ser o buscado, sendo respeitadas as referidas críticas a tal entendimento. Ademais, ao menos em teoria, há a separação das funções de acusar, defender e julgar, e são assegurados os princípios da imparcialidade, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, princípios estes que serão examinados oportunamente pelo presente trabalho. Por fim, apesar da suspensão de sua eficácia, o artigo 3-A, do Código de Processo Penal, revela um caminho para a consolidação de fato do sistema acusatório no Brasil.

2.2 Princípios Processuais Penais

A palavra princípio possui uma série de significados, seja no âmbito jurídico, seja fora dele. O trabalho em questão não entrará na relevante discussão acerca da distinção feita pela doutrina entre princípios, normas, regras e postulados, a qual é muito bem tratada por Robert Alexy¹³, que entende princípios como “mandamentos de otimização”¹⁴. Para o presente trabalho, princípios serão entendidos como mandamentos nucleares de um sistema.

Sobre tal definição, dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello

Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. A época dissemos: "Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". Eis porque: "violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".¹⁵

¹² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 51.

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 54.

Posto isso, para qualquer discussão acerca de determinadas inconstitucionalidades e/ou ilegalidades, fica clara a importância de uma análise sobre os princípios do universo processual penal que tenham relação com o tema. Assim, no presente tópico tratar-se-á sobre certos princípios processuais penais.

Quanto aos chamados princípios fundamentais do processo penal, muitos destes estão elencados na Constituição da República, já outros advêm de raciocínios doutrinários ou de Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil e que incluíram diversas garantias ao sistema processual penal brasileiro.

O primeiro princípio a ser tratado é o da presunção de inocência, também conhecido como da não culpabilidade, o qual está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da CR, o qual preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A partir do referido princípio, segundo a doutrina¹⁶, derivam-se duas regras fundamentais, quais sejam, a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento. Para Gustavo Henrique Badaró, além das duas mencionadas regras, o referido princípio também constitui uma garantia política. Sobre isso, dispõe que

A primeira, e talvez mais importante forma de analisar o princípio, é como garantia política do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um o prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A presunção de inocência é, segundo Pisani, uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.

O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A “presunção de inocência” também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar,

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 48.

além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.

Por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias. A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será combatível com a presunção de inocência.¹⁷

Segundo Renato Brasileiro de Lima, tal princípio pode ser definido como

[...] o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).¹⁸

O segundo princípio que deve ser abordado é o do contraditório, o qual está previsto no art. 5º, inciso LV, da CR, que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sobre o referido princípio, dispõe Renato Brasileiro de Lima

Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.³⁹ De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.

Como se vê, o direito à informação funciona como consectário lógico do contraditório. Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação. Não por outro motivo, de acordo com a súmula 707 do Supremo Tribunal Federal, “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 74-75.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 48.

Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária.¹⁹

O terceiro princípio que deve ser tratado é o da ampla defesa, o qual também tem previsão constitucional no mencionado art. 5º, inciso LV, da CR. Ao tratar sobre este princípio, Renato Brasileiro de Lima entende que

Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade. Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: a) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; b) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu.

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*.²⁰

O quarto princípio que deve ser abordado é o do juiz natural, o qual tem previsão, ainda que não expressamente com as palavras “juiz natural”, nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º, da Constituição da República. Segundo Renato Brasileiro de Lima

O princípio do juiz natural deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei.

Visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente. Afinal, a necessidade de um terceiro imparcial é a razão de ser da própria existência do processo, enquanto forma de heterocomposição de conflitos, sendo inviável conceber a existência de um processo em que a decisão do feito fique a cargo de um terceiro interessado em beneficiar ou prejudicar uma das partes. Aliás, segundo o art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, todo acusado tem direito a ser julgado por um juiz independente e imparcial.

Cuida-se de princípio fundamental do processo penal, instituído em prol de quem se acha submetido a um processo, impedindo o julgamento da causa por

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 57.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 59.

juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato delituoso, definida na Constituição Federal, valendo, assim, pelo menos para a doutrina, a regra do *tempus criminis regit iudicem*. Na dicção do Min. Celso de Mello, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.²¹

O quinto princípio que deve ser abordado é o do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Sobre o referido princípio, dispõe Renato Brasileiro de Lima

De acordo com o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal, o princípio do *nemo tenetur se detegere* também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.3, “g”), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, “g”).

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação. Como anota Maria Elizabeth Queijo, como direito fundamental, o princípio do *nemo tenetur se detegere* “objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações”.²²

O sexto princípio que deve ser tratado é o da vedação da prova ilícita ou da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o qual está previsto na Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LVI, o qual dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O referido princípio preocupa-se em vedar e inadmitir as assim consideradas provas obtidas por meios ilícitos, sendo abordadas especificamente no presente trabalho as ideias por trás deste princípio no capítulo “Da Prova Ilegal”.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 362.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 70.

Por fim, o sétimo e último princípio processual penal que será abordado no presente trabalho é o do *favor rei*, o qual se caracteriza, principalmente, pela prevalência do valor da liberdade sobre o poder de punir do Estado, tendo em vista especialmente a desigualdade que há entre Estado e indivíduo na persecução penal. Dessa forma, a ideia é garantir, no curso do processo penal, certos direitos exclusivamente ao réu.

Sobre o princípio do *favor rei*, disserta Renato Brasileiro De Lima

Sob a ótica formal, o princípio da igualdade preconiza que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. No entanto, a realidade demonstra, de maneira incontestável, que esta igualdade não existe, notadamente em sede processual penal. Afinal, de um lado geralmente está o Ministério Público, titular da ação penal pública, com todo seu poder e aparato oficial, sendo auxiliado por outro órgão estatal – Polícia Judiciária –, que municia o *dominus litis* com os elementos de informação necessários ao oferecimento da denúncia. Do outro lado coloca-se o acusado, invariavelmente num plano de inferioridade, até mesmo por conta do caráter seletivo do direito penal. Por isso, não basta uma mera igualdade formal. Há de ser buscada uma igualdade substancial por meio da criação de mecanismos processuais capazes de reequilibrar tamanha desigualdade, permitindo que o acusado possa desenvolver sua defesa em paridade substancial de armas com a acusação.

Esses mecanismos, que compõem um conjunto de privilégios processuais estabelecidos em favor do acusado, dando ensejo ao denominado *favor rei* ou *favor libertatis*, justificam-se exatamente pela situação inicial de desigualdade que coloca o acusado em posição inferior àquela ocupada pela acusação. Portanto, são plenamente constitucionais à luz do princípio da isonomia porque objetivam conferir tratamento desigual aos desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade. São diversos os exemplos de mecanismos postos à disposição exclusiva da defesa na busca de equilibrar os pratos da balança com a acusação: recursos privativos da defesa, como os embargos infringentes; regra de interpretação da prova do *in dubio pro reo*; absolvição por falta de provas; proibição da *reformatio in pejus*; revisão criminal exclusivamente pro reo, etc.²³

Assim, postos certos princípios processuais penais relevantes para as questões referentes ao presente trabalho, pode-se partir para uma análise quanto à teoria geral das provas no processo penal, que será abordada no capítulo seguinte.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 622.

3 TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Nos processos em geral, usualmente, há uma controvérsia fática entre as versões expostas pelas partes envolvidas na questão. No processo penal não é diferente, havendo, comumente, uma imputação de fatos penalmente relevantes pela acusação e a negativa de tais fatos pela defesa²⁴. Assim, há a necessidade de uma reconstrução histórica dos fatos para que o julgador possa chegar a uma certa conclusão, como a ocorrência ou não de tais fatos e se estes são ou não juridicamente relevantes para o julgamento do processo.

Como entende Aury Lopes Jr., portanto, o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, estando destinado a instruir o julgador e a proporcionar o seu conhecimento por meio da reconstrução histórica de um fato²⁵.

Nesse contexto, devem haver meios para que essa reconstrução histórica dos fatos ocorra e esses meios são justamente as provas, as quais funcionam como instrumentos úteis para a demonstração da veracidade ou não das alegações das partes – sempre importante lembrar que no processo penal rege o princípio da presunção de inocência, no qual está inserida a regra probatória do *in dubio pro reo*, segundo a qual cabe à parte acusadora o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não a este de provar a sua inocência²⁶.

Aqui mostra-se importante destacar o papel da verdade no processo penal, especialmente no que diz respeito às provas. A busca pela chamada “verdade real”, no que diz respeito a uma verdade absoluta, revela-se há muito tempo uma questão superada no processo penal²⁷. A “verdade real” é inatingível e a busca pela verdade não pode significar mais do que o conhecimento de que há uma probabilidade elevada de que tais fatos ocorreram de tal forma.

Entretanto, não é por isso que a busca por uma verdade deve ser dispensada. O ceticismo quanto à possibilidade de se atingir um conhecimento verdadeiro nada tem a acrescentar no campo probatório, pior ainda, pode levar a um total negacionismo e um descrédito das instituições, já que, se não há qualquer verdade, não há justiça. E se não há justiça, não há motivos para respeitar o Poder Judiciário e suas decisões.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 433.

²⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 395.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 48.

²⁷ GRINOVER. Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 56.

Nesse sentido, para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, a realização da justiça depende de um conhecimento verdadeiro sobre os fatos. Assim, deve-se ter em mente que o conhecimento da verdade nunca será absoluto. Todavia, a sua busca mostra-se como critério essencial para uma decisão justa.

Como entende Gustavo Henrique Badaró, a verdade não é o fim último do processo penal, não podendo a sua busca partir da premissa de que os fins justificam os meios, no sentido de que abusos, arbitrariedades, ilegalidades e violações de direitos fundamentais, como o respeito à dignidade humana e à proteção da intimidade, podem ser cometidos a fim de que se atinja uma determinada verdade²⁸. A história demonstra como tal concepção é equivocada, por exemplo, com a Inquisição Moderna, onde violências eram praticadas e mesmo assim injustiças eram cometidas – injustiças essas que acontecem em qualquer sistema, pois não há um que seja perfeito e, justamente por esse motivo, deve-se ter ainda mais cautela quanto a possíveis violações de direitos e garantias fundamentais. Além do mais, como já exposto em tópico anterior, no sistema acusatório o acusado é considerado como sujeito de direitos, tendo garantias fundamentais, as quais não podem ser simplesmente violadas.

Assim, a busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas sim um meio para a mais correta aplicação da lei penal²⁹. Surge aqui, portanto, o papel central das provas no processo penal, as quais permitem ao julgador, segundo critérios racionais de valoração, concluir se o enunciado presente na acusação tem ou não elementos suficientes que o confirmem. Havendo elementos suficientes, haverá a condenação, sendo o enunciado da acusação considerado verdadeiro quando as provas fornecerem justamente tais elementos suficientes que o confirmem³⁰.

3.1 O termo prova: conceitos e significados

Posto o papel das provas em um termo geral e da busca da verdade no processo penal, interessante destacar os diversos conceitos e significados que podem ser extraídos dessa palavra.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 438.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 439.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 439.

A partir de uma breve leitura nos dicionários é possível verificar inúmeros significados para a palavra prova, entre os quais: “aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; evidência, comprovação [...] ato que dá uma demonstração cabal de (afeto, fidelidade, felicidade etc.); manifestação, sinal”³¹.

Já a doutrina jurídica entende que há, no mínimo, três acepções da palavra prova no âmbito processual, sendo elas: i) atividade probatória; ii) meio de prova; iii) resultado probatório.

A palavra prova como atividade probatória consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se busca chegar a uma certa verdade quanto aos fatos relevantes para o processo³². Como dispõe Gustavo Henrique Badaró: “É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos”³³. É nesse sentido de prova que o artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, estabelece que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.

Quanto ao sentido de prova como meio, entende-se como um instrumento através do qual são introduzidos no processo elementos para a formação da convicção do julgador sobre a existência ou não de um fato. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal e prova pericial, por exemplo.

Já a prova como resultado consiste na própria convicção do julgador acerca da existência ou não de determinado fato. É nesse sentido de prova que o artigo 312, do Código de Processo Penal, dispõe que: “[...] quando houver prova da existência do crime [...]”.

Postas as três principais acepções da palavra prova no âmbito processual, mostra-se necessária uma distinção entre prova e elementos informativos, especialmente uma vez que no presente trabalho tratar-se-á sobre a legalidade ou não da *fishing expedition*, práticas e fatos que majoritariamente ocorrem na fase investigatória, onde não há necessariamente a participação dialética das partes e a garantia do contraditório e da ampla defesa.

3.2. Distinção entre provas e elementos informativos

³¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.p. 2320.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 571.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 439.

Como já mencionado, a partir do momento em que um sujeito pratica uma conduta considerada delituosa, surge ao Estado o poder para que este seja perseguido (*jus perseguendi*) e submetido à sanção penal (*jus puniendi*). Entretanto, para que seja deflagrada a persecução penal no âmbito judicial, é necessária a presença de elementos mínimos quanto à autoria e à materialidade relacionada a determinada infração penal. Portanto, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, mostra-se necessária a presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade do acusado ser o seu autor³⁴.

Nesse sentido, revelam-se altamente importantes as investigações preliminares, como o inquérito policial, onde são colhidos os chamados elementos informativos ou elementos de informação, os quais são decisivos para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade ou não da acusação e também exercem papel fundamental em relação a possíveis decretações de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial, como uma interceptação telefônica, por exemplo³⁵.

Todavia, apesar da relevância dos elementos informativos, especialmente quanto à convicção do titular da ação penal para a sua propositura, tais elementos não podem ser tratados simplesmente como sinônimos e ter o mesmo peso de provas em *stricto sensu*. Isso porque, os elementos informativos são colhidos na fase investigatória, onde não há necessariamente a participação dialética das partes e a garantia do contraditório e da ampla defesa, diferentemente das provas, as quais são colhidas ou ao menos submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Sobre tais distinções, relevantes são as lições de Renato Brasileiro de Lima, o qual ao tratar sobre elementos informativos dispõe que

[...] são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em *acusados em geral* na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397)³⁶

Já quanto à prova, discorre o referido autor que

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 158.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 158.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 158.

a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas. A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é condição *sine qua non* para a escoreita produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como tal, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.³⁷

Tamanha é a importância dessa distinção que, com as alterações produzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a constar no Código de Processo Penal uma diferenciação entre os valores de provas e elementos informativos, estando disposto no artigo 155, do CPP, que

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, percebe-se que a lei não impede que o juiz considere os elementos informativos provenientes da fase pré-processual, mas impõe que tais elementos sejam acompanhados de provas que foram produzidas ou ao menos submetidas ao contraditório e à ampla defesa na instrução processual, havendo a ressalva às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No que se refere a tal discussão, Gustavo Henrique Badaró, citando as lições de Taruffo, ao tratar sobre as diferenças quanto ao regime do contraditório em relação às provas pré-constituídas (fontes de conhecimento pré-existentes ao processo) e provas constituídas (que são constituídas e produzidas no âmbito do processo), dispõe que

Como explica Taruffo, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente no processo, ou seja, para as provas constituídas, que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as pré-constituídas, o importante é que seja garantido o contraditório, não para a formação da prova, mas para a sua valoração. Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial. É exatamente no sentido acima que deve ser interpretado o *caput* do art. 155 do CPP que, com base na garantia do contraditório, distingue entre prova, produzida em contraditório, de um lado, e elementos informativos colhidos na investigação, produzidos na fase policial, sem a dialética de partes, de outro. Não se confundem, pois, atos de prova e atos de investigação.³⁸

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 158.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 447-448.

Nesse sentido, percebe-se que não há a necessidade de se considerar como prova apenas os elementos que tenham sido produzidos sob o contraditório e a ampla defesa, mas sim bastando que estes elementos sejam submetidos a tais princípios. Por exemplo, um documento obtido na fase pré-processual é considerado um elemento informativo, mas basta que seja submetido ao contraditório e à ampla defesa para que tenha valor de prova, sendo considerado, inclusive, uma prova pré-constituída.

3.3. Fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

Posta a distinção entre provas e elementos informativos, é possível partir para outros conceitos basilares referentes à temática das provas, como as fontes de prova, os meios de prova e os meios de obtenção de prova.

Quanto às fontes de prova, Gustavo Henrique Badaró as define como

[...] tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa. As fontes de provas são anteriores ao processo (por exemplo, alguém que viu um acidente é testemunha do acidente, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento judicial dessa testemunha).³⁹

Assim, fontes de prova são pessoas ou coisas de onde se pode prover informações referentes a determinados fatos, inclusive, havendo na doutrina as classificações em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado e testemunhas) e fontes reais (do latim *res*, portanto, coisas, como documentos)⁴⁰.

Em relação aos meios de provas, entende Gustavo Henrique Badaró como sendo

[...] os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo: o depoimento da testemunha, a perícia no instrumento do crime etc.⁴¹

Nesse sentido, os meios de prova são os instrumentos por meio dos quais as chamadas fontes de prova são introduzidas ao processo, como os depoimentos das testemunhas (arts. 202

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 439-440.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 574.

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 440.

a 225, CPP), a acareação (arts. 229 e 230, CPP) e a juntada de documentos (arts. 231 a 238, CPP), entre outros.

Segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima⁴², são características dos meios de prova tratarem-se de atividades endoprocessuais, portanto, que, em regra, são realizados na fase processual da persecução penal. Ademais, consistem em atividades desenvolvidas perante o juiz competente e que são produzidas sob o crivo do contraditório, com prévio conhecimento e participação das partes.

Quanto aos meios de obtenção de prova, os quais também são chamados por parte da doutrina como meios de investigação da prova⁴³, Gustavo Henrique Badaró os define de forma breve como sendo “[...] instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova.”⁴⁴ – aqui, entende-se elemento de prova como sendo “[...] o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz.”⁴⁵

Assim, diferentemente dos meios de prova, o objetivo dos meios de obtenção de prova não é introduzir as chamadas fontes de prova ao processo, a fim de que sejam obtidos elementos de prova, os quais podem vir a ser elementos de convicção, mas sim a obtenção das fontes materiais de prova, para que assim essas fontes sejam levadas e sirvam a um eventual processo criminal.

Sobre tal questão, aborda Gustavo Henrique Badaró

A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução histórica dos fatos.⁴⁶

Nesse sentido, são considerados pela doutrina meios de obtenção de prova a busca e a apreensão (arts. 240 a 250, CPP), a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 575.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 575.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 443.

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 440.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. p. 441.

(Lei nº 9.296/1996) e as chamadas “quebras” de sigilos legalmente protegidos, como o financeiro (Lei Complementar nº 105/2001) e o fiscal (art. 198, CTN), entre outros.

Segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima⁴⁷, são características dos meios de obtenção de prova tratarem-se de atividades extraprocessuais, uma vez que, em regra, são executados na fase preliminar de investigação, apesar de haver a possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de novas fontes de provas. Ademais, são executados, em regra, por policiais aos quais é outorgada a atribuição de investigação de infrações penais, geralmente com prévia autorização e fiscalização judicial.

Outra característica de grande parte dos meios de obtenção de prova é que, em regra, tais meios implicam em restrições de direitos fundamentais, os quais são garantidos pela Constituição da República. Sobre tal característica, dispõe Gustavo Henrique Badaró

Em regra, os meios de obtenção de prova implicam restrição a direitos fundamentais do investigado, em geral liberdades públicas ligadas à sua privacidade ou intimidade ou à liberdade de manifestação do pensamento. É o que ocorre na quebra de sigilo bancário ou fiscal, em que há restrição à intimidade (CR, art. 5.º, *caput*, X), na busca domiciliar, que implica restrição à inviolabilidade do domicílio (CR, art. 5.º, *caput*, XI) ou, ainda, à interceptação telefônica, realizada como exceção constitucionalmente prevista à liberdade de comunicação telefônica (CR, art. 5.º, *caput*, XII).

Tais restrições de direitos fundamentais ocorrem justamente pela característica de surpresa dos meios de obtenção de prova, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova buscadas, uma vez que, sendo previamente comunicados os investigados que, em tese, praticam atividades criminosas, estes passariam a evitar o canal pelo qual ocorreria o meio de obtenção de prova, maculando a eficiência da medida.

Assim, postos os conceitos e características das fontes de prova, dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova, interessante destacar uma última distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova e que possui ampla afinidade com o presente estudo, que são as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de suas produções. Sobre isso, trata Renato Brasileiro de Lima

Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 575.

regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*)⁴⁸

Dessa forma, entende parte substancial da doutrina que, os meios de prova praticados em desconformidade com norma legal e princípios gerais do ordenamento devem ser sancionados, em regra, com a nulidade absoluta ou relativa, ao passo que, os meios de obtenção de prova praticados com tais desconformidades devem ser reconhecidos como ilegais, com o consequente desentranhamento dos autos do processo, tema este que será melhor abordado no próximo capítulo.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 575.

4 DA PROVA ILEGAL

O direito à prova, seja para a acusação, seja para a defesa, como todo e qualquer direito fundamental, não é um direito absoluto. Logo, está sujeito a certas limitações, justamente por coexistir com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Foi justamente nesse sentido que o constituinte elaborou o artigo 5º, inciso LVI, da CR, o qual dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Assim, percebe-se que há uma preocupação do legislador para com o que chama de “provas obtidas por meios ilícitos” às quais aplica uma consequência, que é o fato de serem consideradas “inadmissíveis, no processo”. Porém, antes de adentrar nas questões sobre quais seriam essas provas e suas inadmissibilidades, mostra-se importante destacar o porquê dessa preocupação. Sobre tal questão, dispõe Renato Brasileiro de Lima

Mas por que se vedar a utilização da prova ilícita no processo? Aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele, os fins justificam os meios. Ora, não podemos perder de vista, jamais, que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e que neste a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo.⁴⁹

Tal lição casa justamente com o que já fora dito no presente trabalho sobre o sistema acusatório e a busca pela verdade no processo penal. No referido sistema, o acusado é considerado como sujeito de direitos, tendo garantias fundamentais, as quais não podem ser simplesmente violadas. Ademais, não há uma busca por uma verdade real, mas sim uma busca pela verdade, a qual, inclusive, não é o fim último do processo penal, não podendo a sua busca partir da premissa de que os fins justificam os meios, no sentido de que abusos, arbitrariedades, ilegalidades e violações de direitos fundamentais podem ser cometidos para que se atinja uma determinada verdade.

Outro ponto que merece desataque é o fato de que seria altamente contraditório, justamente em um processo penal, o qual é destinado a apurar a prática de ilícitos penais, o

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 596.

Estado, para investigar e combater a criminalidade, utilizar-se de métodos ilegais, inclusive, com alguns sendo considerados como crimes, como a violação de domicílio (art. 150, CP), a violação de correspondência (art. 151, CP), a violação do segredo profissional (art. 154, CP) e a tortura (art. 1º, Lei nº 9.455/1997), algo que deslegitimaria todo o sistema punitivo.

Há também a questão de que a vedação das provas ilícitas vai além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, funcionando como uma forma de aprimoramento e controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais e cumprindo uma certa função pedagógica para com os agentes do Estado⁵⁰. Sobre essa função pedagógica, aborda Eugênio Pacelli

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.⁵¹

Assim, postos os motivos para uma limitação às chamadas provas ilegais, necessário adentrar em outros pontos específicos dessa matéria, como os conceitos de provas ilícitas e ilegítimas, a forma como estas devem ser tratadas no âmbito processual penal e suas consequências, o que será abordado nos tópicos seguintes.

4.1 Provas ilícitas e ilegítimas e suas consequências

Apesar de, como já dito, a Constituição da República prever de maneira expressa a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo (CR, art. 5º, LVI), não consta no texto constitucional qualquer conceito de provas ilícitas, nem tampouco um regramento acerca das consequências de sua utilização no processo.

Assim, a doutrina nacional, a qual tinha como seus principais expoentes Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, baseava-se nas lições do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal e também para fazer a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, como se pode observar

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 596-597.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 19ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015. p. 345.

[...] a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.⁵²

Nessa linha, a prova ilegal é gênero, do qual são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

Assim, a prova é considerada ilícita quando obtida por meio da violação de regra de direito material, sendo diversas as inviolabilidades previstas tanto na Constituição da República quanto na legislação infraconstitucional, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (CR, art. 5º, X), a inviolabilidade da casa/domicílio (CR, art. 5º, XI), a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CR, art. 5º, XII), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (CR, art. 5º, III) e o respeito à integridade física e moral do preso (CR, art. 5º, XLIX). Nesse sentido, se determinada prova for obtida por meio de uma dessas violações, entre outras não mencionadas, tem-se que a referida prova será considerada ilícita.

Já a prova ilegítima é assim considerada quando obtida mediante violação à norma de direito processual, sendo diversas também as suas hipóteses, especialmente no Código de Processo Penal, como a ausência de prestação de compromisso por parte de testemunha (CPP, art. 203) e o desrespeito às regras do procedimento de reconhecimento de pessoas e coisas (CPP, arts. 226 a 228). Nestas situações, havendo a obtenção de qualquer prova, esta deverá ser considerada ilegítima, uma vez que fora colhida com violação à regra de direito processual.

Entretanto, com a reforma feita pela Lei nº 11.690/2008, passou a constar no Código de Processo Penal, em seu artigo 157, *caput*, que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. Assim, o legislador ignorou os conceitos de provas ilícitas e ilegítimas que eram tratados pela doutrina e passou a se referir às provas ilícitas como sendo aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não fazendo qualquer distinção se a norma legal é material ou processual, mas apenas determinando que são inadmissíveis e que devem ser desentranhadas do processo.

Tal modificação legal passou a gerar diferentes opiniões na doutrina, algo que anteriormente era de certa forma uníssono.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 126-127.

Parte da doutrina passou a entender que, diante do silêncio da lei e com base na nova redação conferida ao art. 157, *caput*, do CPP, deve ser considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais⁵³. Assim, qualquer violação a normas constitucionais e legais acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova, a qual passará a ser inadmissível e deverá ser desentranhada do processo.

Já outra parte significativa da doutrina segue fazendo a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, anteriormente feita, entendendo que

[...] quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a *normas legais*, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades.⁵⁴

Inclusive, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes criticaram a forma pela qual o legislador definiu as provas ilícitas e suas consequências no artigo 157, *caput*, do CPP, entendendo que

Não parece ter sido a melhor a opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela "obtida em violação a normas constitucionais ou legais" (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva a nulidade do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.⁵⁵

Há ainda uma outra corrente de entendimento, a qual define provas ilícitas como sendo aquelas obtidas, admitidas ou produzidas com violação às garantias constitucionais, que tem como um de seus defensores Gustavo Henrique Badaró, o qual entende que

Em suma, podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais. Os meios de provas obtidos ilicitamente são inadmissíveis no processo, e, se nele indevidamente ingressarem, devem ser desentranhados. Em um ou em outro caso, jamais poderão ser valorados pelo juiz. O desentranhamento da prova dos autos é apenas o mecanismo técnico para assegurar uma proibição de valoração da prova ilícita.

Ressalte-se que tal posicionamento não implica a negação da doutrina clássica sobre o tema, que se formou a partir da respeitabilíssima posição de Ada Pellegrini Grinover sobre as prova ilícitas, mas uma ampliação de seu campo de incidência, na busca de um conceito operacionalmente mais útil para a finalidade de garantir o respeito às garantias constitucionais que asseguram

⁵³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. p. 456-457.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 599.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 127.

direitos fundamentais, sejam de conteúdo material, sejam de natureza processual.

Assim, pode-se dizer que tanto a legislação quanto a doutrina entendem a importância de vedar as provas ilegais, sejam elas obtidas por meio de violações constitucionais ou infraconstitucionais e materiais ou processuais. Ademais, para os que fazem tais distinções, o ponto central nessa discussão é a consequência quanto à natureza da sua ilegalidade. Sendo uma violação material, a prova é considerada inadmissível e deve ser desentranhada do processo. Por outro lado, sendo uma violação processual, os atos deverão ser considerados nulos, devendo ser renovados ou retificados, conforme o artigo 573, *caput*, do CPP, lembrando sempre os quatro princípios básicos relativos às nulidades processuais penais e ressaltados por Renato Brasileiro de Lima

[...] 1) nenhuma nulidade será declarada quando não houver prejuízo – *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563); 2) nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa – princípio da lealdade ou boa-fé (CPP, art. 565); 3) nenhuma das partes pode arguir nulidade que só interesse à parte contrária (CPP, art. 565); 4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (CPP, art. 566).⁵⁶

Dessa forma, para o presente trabalho, o ponto central não é a possível distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, apesar da sua relevância. Aqui, o ponto mais importante é demonstrar como práticas ilegais – inclusive as que aparentemente carregam um teor de legalidade, o que será mais bem tratado no próximo capítulo – geram provas ilegais, as quais não podem de forma alguma ser admitidas e utilizadas na persecução penal.

4.2 Provas ilícitas por derivação e suas limitações

Feitas as distinções entre provas ilícitas e ilegítimas e suas consequências de acordo com a doutrina e a lei, necessário adentrar especificamente no campo das provas ilícitas. Como já exposto, dispõe o artigo 157, *caput*, do CPP, que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. Entretanto, como devem ser tratadas aquelas provas que porventura derivaram das provas ilícitas, ou seja, que são obtidas ou produzidas a partir de informações originalmente alcançadas através de meios ilícitos?

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 600.

Tal resposta encontra-se no Código de Processo Penal, mais especificamente no próprio artigo 157, em seu parágrafo 1º, o qual também foi alterado com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008 e 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.”.

Assim, também são inadmissíveis as chamadas provas ilícitas por derivação, as quais a doutrina define como sendo “[...] os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.”⁵⁷.

O referido conceito tem origem na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, com o desenvolvimento da chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada”. Sobre tal assunto, dispõe Renato Brasileiro de Lima

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso NARDONE v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos), ou *taint doctrine*.

O ápice dessa teoria foi atingido no famoso julgamento MIRANDA v. ARIZONA, de 1966, em que a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado. Nesse caso, a Suprema Corte Americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade – denominada de aviso de Miranda (*Miranda Rights* ou *Miranda-warnings*) – era o bastante para inquirir de nulidade as declarações da pessoa, notadamente a confissão e as provas conseguidas a partir dela.⁵⁸

A ideia de tratar as provas derivadas das ilícitas também como ilícitas é justamente o mesmo que as provas ilícitas, portanto, a fim de evitar que abusos, arbitrariedades, ilegalidades e violações de direitos sejam cometidos para que se atinja algum objetivo, que no caso poderia ser a obtenção dessas provas derivadas na persecução penal. Ademais, também há o fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais e que cumpre certa função

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 601.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 601.

pedagógica para com os agentes do Estado que pretendiam obter essas provas derivadas. Se tais provas fossem simplesmente tratadas como lícitas, eles poderiam agir em desconformidade com a legalidade, pois, apesar da prova inicial poder ser considerada ilícita, as que derivassem dela poderiam ser utilizadas normalmente, o que não faria qualquer sentido.

Assim, percebe-se a importância do cuidado que deve haver com as provas ilícitas por derivação. Entretanto, a própria jurisprudência estadunidense reagiu de forma a limitar a teoria dos frutos da árvore envenenada e as provas ilícitas por derivação. Assim, surgiram as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, as quais também desembarcaram no Brasil e estão presentes no Código de Processo Penal, por meio da reforma proveniente da Lei nº 11.690/2008.

A teoria da fonte independente consiste na ideia de que

[...] se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.⁵⁹

Tal teoria pode ser observada na segunda parte do já mencionado parágrafo primeiro, do artigo 157, do CPP, o qual 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.”

Assim, pode-se dizer que, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas ilícitas e as supostamente derivadas delas, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, estas serão consideradas admissíveis, não importando que as provas que supostamente lhes deram origem sejam consideradas ilícitas.

Quanto à teoria da descoberta inevitável, entende-se que “[...] caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida.”⁶⁰

Parte da doutrina entende que esta teoria passou a constar no Código de Processo Penal, em seu art. 157, § 2º, a partir das alterações trazidas pela Lei nº 11.690/08, apesar de não haver menção expressa ao termo “descoberta inevitável” e, por outro lado, a lei utilizar o termo “fonte independente”.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 601.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 604.

Logo, interessante verificar o disposto no art. 157, § 2º, do CPP, o qual estabelece que “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”.

Nesse sentido, valiosas são as lições de Renato Brasileiro de Lima sobre o assunto, o qual entende que

Parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à fonte independente, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável.

Com efeito, pela própria redação do § 2º do art. 157 do CPP, empregando o verbo no condicional, percebe-se que nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida a partir de uma fonte autônoma e regular de prova (teoria da fonte independente), bastando que houvesse uma mera possibilidade disso (“seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”). Inequívoca, pois, a adoção da limitação da descoberta inevitável.⁶¹

Assim sendo, pode-se observar a origem dos conceitos e o tratamento que recebem pela legislação processual penal brasileira as provas ilícitas por derivação, sendo evidentes também as limitações que recebem pela própria lei.

4.3 Inutilização das provas ilícitas e descontaminação do julgado

Postos os conceitos de provas ilícitas e provas ilícitas por derivação, necessário tratar sobre as consequências após a constatação da inadmissibilidade das referidas provas, que são a inutilização das provas ilícitas (primárias ou por derivação) e a chamada descontaminação do julgado.

Quanto à inutilização das provas ilícitas, necessário observar o disposto no art. 157, § 3º, do CPP, o qual determina que: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”.

Primeiramente, percebe-se que deve haver uma decisão determinando o desentranhamento da prova declarada inadmissível. Ademais, uma vez preclusa tal decisão, a prova declarada inadmissível será inutilizada também por decisão judicial, sendo facultado às partes acompanhar o incidente.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 604.

Quanto ao momento processual no qual o magistrado deverá analisar a ilicitude da prova, não há qualquer menção específica a isso no Código de Processo Penal. Entretanto, entende-se que tal decisão deverá ocorrer o mais rápido possível após a constatação acerca da ilicitude e inadmissibilidade, a fim de evitar que a referida prova contamine outras e macule o próprio processo. Sobre tal questão, dispõe Renato Brasileiro de Lima

O § 3º do art. 157 nada dispõe acerca do momento processual em que o magistrado deverá analisar a ilicitude da prova. A nosso ver, porém, é possível concluir que a apreciação da ilicitude da prova deve ocorrer o quanto antes possível, sobretudo de modo a se evitar que referida prova venha a contaminar outras. Logicamente, se eventual prova ilícita tiver sido produzida no bojo do inquérito policial, já se pode requerer seu desentranhamento.

Se, no entanto, a despeito da ilicitude da prova, houver o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e ulterior recebimento da peça acusatória, pensamos que o reconhecimento da ilicitude da prova deve ocorrer imediatamente após a apresentação da resposta à acusação pela defesa. Assim, deverá o magistrado se pronunciar quanto à ilicitude de eventual prova constante dos autos no momento previsto no art. 399 do CPP.

Obviamente, caso a prova tenha sido apresentada em audiência, deve o magistrado se pronunciar quanto à sua ilicitude de imediato, afastando sua valoração de eventual sentença condenatória. Em ambas as situações, esse desentranhamento imediato há de se limitar a uma inutilização formal provisória, devendo a prova ilícita ser preservada na secretaria judicial, para eventual retorno aos autos principais caso a decisão seja anulada ou modificada. Com efeito, a inutilização formal definitiva e a inutilização material (destruição) somente ocorrerão após a preclusão da decisão que reconheceu a ilicitude da prova.⁶²

Assim, apesar das inúmeras discussões que podem surgir a partir dele, como os recursos cabíveis para as decisões e como seria o incidente de inutilização da prova inadmissível, percebe-se que a preocupação central do art. 157, § 3º, do CPP, é propriamente com o afastamento das provas consideradas ilícitas, justamente para que elas não contaminem outras provas e maculem o processo penal em questão. O legislador ao elaborar a referida norma entende não só a importância de combater as provas ilícitas, mas também a necessidade de conter as consequências danosas que elas podem causar na persecução penal.

Justamente com essa preocupação para com as consequências danosas que as provas ilícitas podem causar é que o legislador também se preocupou com a chamada descontaminação do julgado, ideia esta que está presente no art. 157, § 5º, do CPP, o qual dispõe que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”, trecho este incluído pela Lei nº 13.964/2019, cunhada de “Pacote Anticrime”.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 611.

A ideia do referido dispositivo, o qual traduz a ideia de descontaminação do julgado, é evitar que o magistrado que tiver contato com a prova ilícita venha a julgar o caso, uma vez que não teria isenção de ânimo suficiente para apreciar o caso concreto com a imparcialidade que dele se espera. Assim, apesar deste próprio juiz ter determinado o desentranhamento e consequente inutilização da prova ilícita (CPP, art. 157, §3º), sua imparcialidade acaba sendo prejudicada pelo contato que teve com essa prova inadmissível.⁶³

Tal ideia tem ampla relação com a teoria da dissonância cognitiva utilizada no campo processual penal, segundo a qual o juiz inexoravelmente constrói uma imagem mental dos fatos, sendo inevitável também um certo pré-julgamento por sua parte, principalmente em relação às decisões que eventualmente tomou e tomará ao longo da fase de investigação, como decisões sobre prisão preventiva, medidas cautelares e meios de obtenção de prova.

Entende-se que o juiz se apega à imagem já construída a partir dos autos do inquérito policial e da denúncia, bem como das decisões já proferidas por ele durante a investigação e eventualmente dentro do processo, de modo que ele tentará confirmá-la durante a instrução criminal, ou seja, a partir da dissonância, a tendência é que o magistrado valorize mais as informações consoantes e dê menos valor às informações dissonantes.

Assim, ao receber a denúncia ou decretar uma medida cautelar, por exemplo, o magistrado já estará exteriorizando a sua convicção inicial de que o acusado é culpado quanto aos fatos narrados pela acusação. Dessa forma, ao se deparar com qualquer tese defensiva, haverá uma relação antagônica à sua convicção inicial, o que gerará a chamada a dissonância cognitiva e que fará o magistrado ainda que inconscientemente buscar pela confirmação de sua ideia.

Pior ainda é o contato do magistrado com uma prova considerada ilícita, pois tal prova poderá dar algum indício, ainda que mínimo, da participação do investigado e/ou acusado na prática criminosa – o que pode não corresponder com a realidade justamente pelo caráter ilícito da prova. Assim, estaria o juiz que teve contato com essa prova também de certa forma “contaminado”, pois, ainda que inconscientemente, este acabaria se tornando contrário às teses defensivas e buscaria encontrar elementos admissíveis para a constatação daquilo que eventualmente ele teve contato, portanto, da suposta participação do investigado e/ou acusado na prática criminosa.

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 613.

Dessa forma, tem-se uma ameaça real e grave quanto à imparcialidade do magistrado que teve contato com as provas consideradas ilícitas, por isso o acerto do dispositivo legal quanto à não possibilidade de proferir a sentença ou acórdão.

Entretanto, apesar da clara intenção do legislador de minimizar a contaminação subjetiva do magistrado responsável pelo julgamento do processo que viesse a ter contato com a prova declarada inadmissível, o referido dispositivo legal tem recebido diversas críticas, especialmente quanto a supostas violações aos princípios da legalidade (CR, art. 5º, II) e do juiz natural (CR, art. 5º, incisos XXXVII e LIII).

Quanto às críticas referentes ao princípio da legalidade, disserta Renato Brasileiro de Lima

[...] uma das facetas desse princípio basilar do Estado Democrático de Direito é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual, promovendo-se, assim, previsibilidade e, por consequência, segurança jurídica. Destarte, a utilização de fórmula legislativas excessivamente vagas e abstratas põe em risco a segurança jurídica e o princípio da legalidade. Diante dessas premissas, indaga-se, à luz do art. 157, §5º, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19: o que se deve entender por prova declarada inadmissível? Apenas as provas ilícitas? Ou será que tal conceito também abrange as provas obtidas por meios ilegítimos? Qual é o significado de “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Isso significa apenas ter contato com a prova ou pressupõe que o magistrado necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório em questão? Após “conhecer” do conteúdo dessa prova, o magistrado ainda poderia proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para sentenciar o feito, ou ficará impedido de imediato? Como se percebe, a vagueza do dispositivo certamente deverá suscitar controvérsias à luz do princípio da legalidade⁶⁴

Já em relação às críticas referentes ao do juiz natural, discorre Renato Brasileiro de Lima

[...] deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de conhecer, antecipadamente, a autoridade jurisdicional que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competências estabelecidas pela lei. Como anota Antônio Scarance Fernandes,¹⁰⁹ a expressão ampla desse princípio desdobra-se em três regras de proteção: 1) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. Diante dessa última regra de proteção, como conciliar a ideia de fixação da competência com base em critérios claros e objetivos, se o §5º do art. 157 do CPP passa a admitir o

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 613-614.

afastamento do juiz competente diante de seu contato com uma prova declarada inadmissível, notadamente diante da possibilidade de tal prova ter sido arditosamente produzida pelas próprias partes – acusação e defesa – com o objetivo de afastar do processo o juiz que porventura não seja conveniente a seus interesses? Fosse isso possível, admitir-se-ia, então, que a parte, por ato unilateral, conseguisse o seu afastamento do processo, o que resultaria em discricionária manipulação do juiz competente para o julgamento de determinado feito, violando, à evidência, não apenas o dever de boa-fé processual, que deve nortear a atuação de todos os sujeitos processuais, mas também o postulado do juiz natural.

Justamente no sentido de uma possível violação ao princípio do juiz natural é que, em 15/01/2020, foi proferida a decisão pelo Min. Dias Toffoli no julgamento da ADI 6.298 MC/DF. Entendeu o Excelentíssimo Ministro que

Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão.

Com base nesses argumentos, o Min. Dias Toffoli concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia do art. 157, § 5º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019. A decisão em questão acabou sendo mantida pelo Min. Luiz Fux no tocante ao art. 157, §5º, do CPP, determinando a suspensão da sua eficácia *sine die, ad referendum* do Plenário (ADI 6.299 MC/DF, julgado em 22/01/2020, DJe em 31/01/2020). Tal decisão foi proferida pelo Min. Luiz Fux, uma vez que este se tornou Relator prevento para o julgamento de todas as ADI's até então ajuizadas contra a Lei nº 13.964/2019 (ADI 6.298, ADI 6.299, ADI 6.300 e ADI 6.305).

Assim, percebe-se que, apesar de até o momento que é escrito o presente trabalho, estar o referido dispositivo legal com eficácia suspensa, é evidente a preocupação quanto à mencionada descontaminação do julgado quanto às provas ilícitas, afinal esta pode afetar a imparcialidade do magistrado, princípio basilar do processo penal.

5 A *FISHING EXPEDITION* (“PESCA PROBATÓRIA”)

Após a exposição de certas noções fundamentais sobre o sistema processual penal vigente no Brasil, da teoria geral das provas no processo penal e da temática das provas ilegais, cabe agora analisar a chamada *fishing expedition* – também conhecida como “pesca probatória” – termo este que nos últimos anos tem ganhado a atenção dos estudiosos do processo penal, por se enquadrar em diversas práticas comuns no contexto da persecução penal.

5.1 Origem e conceito

O termo *fishing expedition* surge no contexto do modelo jurídico do *common law*, mais especificamente no direito estadunidense, o qual possui características muito distintas do modelo jurídico adotado no Brasil (*civil law*). No modelo da *common law* estadunidense, o processo judicial é dividido em duas partes: *pretrial* (momento anterior ao julgamento) e *trial* (fase de julgamento que, inclusive, pode ocorrer pelo júri em casos cíveis)⁶⁵.

A fase *pretrial* contempla o *discovery*, que é o momento de revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso jurídico. No referido momento processual não há a participação e a ingerência direta de um magistrado, sendo papel dos advogados realizar a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos⁶⁶.

Tal momento é de extrema importância, pois

No sistema norte-americano, o processo judicial é mais dispendioso para as partes. Tomar parte em ações, cuja possibilidade de vitória não é evidente, é desaconselhável e implica altas despesas com honorários advocatícios. Assim, os advogados procuram orientar seus clientes a ingressar em contencioso apenas se tiverem um caso sólido e provas robustas.

Para a justiça, só existe um “caso” para ser julgado após o procedimento *pretrial*, que determina a solidez das provas, os riscos envolvidos, o procedimento adotado e o tamanho da questão, explicado pelo termo *constrict or expand the flow*.

Tal termo se refere à possibilidade das partes apresentarem à corte um caso mais restrito em que a decisão pode se concentrar em poucas questões sem necessidade de maior dilação probatória ou em um caso expandido, cuja produção de provas na fase *pretrial* exigirá uma análise mais pormenorizada de fatos e de documentos.

Esse juízo prévio, realizado no *pretrial*, faz com que uma diversidade de questões que pretendiam ir a julgamento seja extinta por acordo, desistência,

⁶⁵ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 40, número 245, julho de 2015. p. 5.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 40, número 245, julho de 2015. p. 5.

falta de solidez ou mesmo pela constatação de que os meios de prova não são suficientes para possibilitar um julgamento favorável.⁶⁷

E é neste momento que surge o termo *fishing expediton*, o qual “[...] é utilizado para se referir a situações em que uma parte se utiliza dos instrumentos processuais probatórios disponíveis nas cortes para tentar encontrar informações que não seriam consideradas relevantes para um julgamento.”⁶⁸.

Esta expressão teria sido utilizada pela primeira vez por uma corte no estado do Kansas, dos Estados Unidos da América, ao reverter um entendimento anterior que possibilitava a utilização de depoimentos na fase da *discovery*. Ao anular o próprio entendimento, a corte utilizou o termo *fishing expedition* (“expedição de pesca”) para caracterizar a tentativa das partes em se aproveitar da antecipação da prova para fins diversos⁶⁹.

Quanto à controvérsia e razão para tamanha preocupação para com a *fishing expedition* nos casos cíveis, dispõe Rafael Gomiero Pitta

A controvérsia em relação ao *fishing expedition* ocorre justamente porque as empresas que são partes potenciais em litígios judiciais se preocupam imensamente com informações importantes, e muitas vezes sigilosas, que podem ser expostas a pessoas indevidas no decorrer de um processo, sem que isso se reverta em benefício do próprio processo.

Existe, portanto, uma grande preocupação entre os administradores do sistema de justiça e os autores que pesquisam os meios utilizados durante a fase pretrial em não permitir que um eventual abuso na condução dos atos que envolvem exposição de provas possa servir de justificativa a ataques a suposta excessiva liberdade dos meios processuais.⁷⁰

Para além dos casos cíveis, com o tempo esse termo passa a ser utilizado em casos criminais, sendo emblemático o seu uso no caso Estados Unidos contra Nixon, no qual há a indicação de uma espécie de “teste”, segundo o qual, para fazer um requerimento, a parte solicitante deve demonstrar:

[...] (1) que os documentos são probatórios e relevantes, (2) que não é razoavelmente possível a sua obtenção por outros meios, (3) que a parte não consegue preparar-se propriamente para o julgamento sem essa prévia produção e inspeção, e que o insucesso em obter essa inspeção pode atrasar

⁶⁷ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 40, número 245, julho de 2015. p. 4.

⁶⁸ PITTA, Rafael Gomiero. Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. p. 198.

⁶⁹ PITTA, Rafael Gomiero. Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. p. 198.

⁷⁰ PITTA, Rafael Gomiero. Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. p. 198.

de forma desarrazoada o julgamento, (4) que a solicitação é feita de boa-fé, que não é pretendida como uma genérica *fishing expedition*.⁷¹

Apesar do termo ter sido utilizado para questões processuais e não investigatórias, passou-se a perceber a sua grande possibilidade de utilização no âmbito criminal, para certas práticas consideradas “comuns”.

Tal questão pode ser observada a partir dos conceitos de *fishing expedition* em dicionários estadunidenses que constam na obra *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*, de Viviani Ghizoni da Silva, Philippe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa.

1) um inquérito (como por busca e apreensão) que é desnecessariamente extenso ou não relacionado ao processo; 2) uma investigação que não segue o objetivo declarado, mas espera descobrir prova incriminadora ou digna de apreciação", no "uso de investigação prévia à ação com a realização de busca e apreensão ou questionamento a testemunha numa tentativa sem foco determinado para expor prova avassaladora contra um adversário", ou, "1) procedimento jurídico, sobretudo com o propósito de inquirir um adversário ou examinar sua propriedade e documentos a fim de obter informação útil; 2) inquérito realizado sem definição ou propósito, na esperança de expor informação útil".⁷²

Assim, percebe-se a possibilidade de utilização do termo em questão para casos criminais, inclusive no contexto da persecução penal no Brasil. Justamente por isso é que o termo foi importado e, ainda que de maneira discreta, vem sendo utilizado pelos estudiosos das matérias criminais no país.

Ainda em 2017, Philippe Benoni Melo e Silva conceituou o referido termo como

[...] uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional⁷³

⁷¹ SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philippe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 2ª edição. Florianópolis: Emais, 2022. p. 48.

⁷² SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philippe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 2ª edição. Florianópolis: Emais, 2022. p. 48-49.

⁷³ SILVA, Philippe Benoni Melo e. *Fishing Expedition - A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. JOTA.info, São Paulo, 20 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 23 nov. 2022.

Posteriormente, juntamente com Viviani Ghizoni Silva e Alexandre Morais da Rosa, o termo foi definido 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 prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, interrogatório do acusado etc.⁷⁴

Assim, tendo sido feita uma contextualização histórica da origem do termo *fishing expedition* e expostos os seus conceitos, é possível partir para uma análise acerca das diversas hipóteses de aplicação do termo na prática processual penal brasileira.

5.2 Hipóteses de *fishing expedition*

No presente tópico, tratar-se-á sobre as possíveis hipóteses de *fishing expedition* tendo em vista os conceitos apresentados no tópico anterior. Aqui não se buscará esgotar o tema ou relatar todas as suas hipóteses, mas sim destacar como é possível aplicá-lo a diversas práticas comuns no contexto da persecução penal no Brasil.

Uma das hipóteses de *fishing expedition* são os mandados de busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito, comumente chamados de “mandados genéricos”.

O art. 243, incisos I e II, do CPP, determina que o mandado de busca deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem. Ademais, que deverá mencionar o motivo e os fins da diligência. Entretanto, o que muitas vezes se observa na prática são mandados pouco precisos quanto ao local que se realizará a diligência ou sem um alvo definido, tangível e descrito, o que abre muito espaço para eventuais abusos.

Sobre tal hipótese, dispõem Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa

A busca e apreensão (CPP, artigo 240) é restrição a direito fundamental (inviolabilidade do domicílio, dignidade da pessoa humana, intimidade e a vida privada, incolumidade física e moral do sujeito) e, como tal, deve ser deferida somente no limite de sua autorização legal, a saber, quando os

⁷⁴ SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philipe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 2ª edição. Florianópolis: Emais, 2022. p. 50.

requisitos legais estiverem cumpridamente demonstrados. Deve ser certa (para local determinado por número, GPS, mapas ou equivalente), não podendo ser deferida para toda a rua X, nem ao bairro Y, sob pena de nulidade, por violação expressa ao artigo 243, I e II, do CPP. Os mandados de busca e apreensão genéricos, sem individualização, podem se constituir como modalidades de *fishing expedition*, tática vedada (STF, HC 106.566). A espetacularização do processo penal, diante dos direitos fundamentais em jogo, a publicização externa, com acompanhamento da mídia, deve ser considerada como violadora das regras e configurar, no mínimo, abuso de autoridade e/ou improbidade.⁷⁵

Na referida decisão do Supremo Tribunal Federal (HC 106.566), o Min. Gilmar Mendes não faz qualquer menção ao termo *fishing expedition*, todavia, ressalta a necessidade de respeitar as exigências estabelecidas pelo art. 243, do CPP, no cumprimento dos mandados de busca e apreensão

Na realidade, o mandado judicial de busca e apreensão domiciliar que não observar os requisitos mínimos, intrínsecos e extrínsecos, impostos pelo ordenamento positivo constituirá ato estatal desprovido de validade e de consequente eficácia no plano jurídico, cabendo rememorar, bem por isso, as exigências estabelecidas pelo art. 243 do CPP, cujo inciso I foi claramente transgredido na espécie, pois o mandado de busca domiciliar, ao ser executado no local em que efetivamente se deu a apreensão, não indicava, como ordena a legislação, “o mais precisamente possível”, o espaço privado em que deveria ter sido realizada a diligência.

Ainda tratando sobre esse meio de obtenção de prova, outra hipótese que pode se configurar como *fishing expedition* é a continuidade da busca e apreensão depois de obtido o material objeto da diligência. Ora, se o objetivo deste meio de obtenção de prova é justamente a busca e apreensão de pessoas e objetos específicos, sendo tal objetivo cumprido, a busca deve cessar, já que se está falando sobre direitos fundamentais.

Outra hipótese são as buscas pessoais desprovidas de "fundada suspeita" prévia e objetiva. O artigo 240, § 2º, do CPP, estabelece que deve proceder a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou certos objetos, como os necessários à prova de infração ou à defesa do réu. Entretanto, se essa fundada suspeita não é prévia e objetiva, estará se cometendo um abuso, maquiado de certa legalidade, mas que constitui ato ilegal.

Também pode ser considerada como uma hipótese de *fishing expedition* o vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido, o que viola a intimidade e a vida

⁷⁵ LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. *A ilegalidade de fishing expedition via mandados genéricos em "favelas"*. Consultor Jurídico, 24 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>. Acesso em: 23 nov. 2022.

privada (CR, art. 5º, inciso X). Se houve ordem judicial para que fossem obtidas certas informações contidas em determinado aparelho celular, apenas o conteúdo referente a essas informações é que deve ser obtido, não podendo haver qualquer extensão além disso.

Quanto a essa hipótese, inclusive, há vedação expressa ao *fishing expedition* por parte do Supremo Tribunal Federal, no caso paradigma em que o Min. Celso de Mello analisou as diligências da Procuradoria Geral da República e delimitou expressamente até onde o *Parquet* poderia ir em inquérito sobre as declarações do então Ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro envolvendo o então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro.

Neste inquérito (Inq nº 4.831 DF), o Excelentíssimo Ministro não acolheu o pedido de elaboração de laudo pericial pelo setor técnico-científico da Polícia Federal sobre os dados informáticos de mídia do celular de Sérgio Moro e de relatório de análise das mensagens de texto e áudio, imagens e vídeos, pois, segundo o Ministro, a medida teria caráter exploratório e deveria se limitar aos arquivos que guardariam conexão com os fatos investigados.

O então decano da Suprema Corte lembrou que o ordenamento jurídico repele atividades probatórias que caracterizem verdadeiras e lesivas *fishing expeditions*, ou seja, a lei brasileira repudia medidas de obtenção de prova que se traduzam em ilícitas investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como “diligências de prospecção”, como pode ser observado

De qualquer maneira, no entanto, mesmo que possível fosse a realização de tal exame pericial, ainda assim entendo que essa análise deverá limitar-se às mensagens de texto e áudio, imagens e vídeos armazenados no aparelho de telefonia celular do Senhor Sérgio Fernando Moro que guardem conexão com os fatos objeto da presente investigação, sob pena de esse pleito do Ministério Público transformar-se em indiscriminada (e indevida) devassa do conteúdo de tal aparelho, com obtenção e divulgação de elementos informativos que não tenham pertinência nem se revelem necessários ou úteis às finalidades deste procedimento investigatório. Isso significa, portanto, que se tornará necessário identificar, se possível, os interlocutores dos diálogos mantidos pelo Senhor Sérgio Moro que serão objeto do exame pericial ora pretendido, definindo-se, ainda, o espaço temporal em que esses elementos de informação deverão ser coligidos, respeitando-se, sempre, a necessária vinculação – com os fatos objeto deste inquérito – das mensagens de texto e áudio, imagens e vídeos armazenados em aludido aparelho de telefonia celular, para que tal diligência investigatória não se converta, indevidamente, em instrumento de indiscriminada e inaceitável devassa estatal.

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

ordenamento jurídico brasileiro, como resulta não só da doutrina (AURY LOPES JR. e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, “A Ilegalidade de Fishing Expedition via Mandados Genéricos em Favelas”, “in” Consultor Jurídico, 2017; PHILIPPE BENONI MELO E SILVA, “Fishing Expedition: A Pesca Predatória por Provas por parte dos Órgãos de Investigação”, “in” Empório do Direito, 2017; VIVIANI GHIZONI DA SILVA, PHILIPPE BENONI MELO E SILVA e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, “Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um Dilema Oculto do Processo Penal”, 2019, EM/EMais Editora), mas, também, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 66.126/PR, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS – RHC 72.065/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – RHC 96.585/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.g.) e do próprio Supremo Tribunal Federal (HC 106.566/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 137.828/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI) (STF - INQUÉRITO 4.831 DISTRITO FEDERAL - Relator Ministro Celso de Mello – Julgado em 05/05/2020)

Outra hipótese são as prisões temporárias ou preventivas para "forçar" a descoberta de determinadas informações, colaborações premiadas ou incriminações, práticas ilegais, mas que infelizmente são comuns no âmbito da persecução penal. Quanto a tais práticas, dispõem Viviani Ghizoni Silva, Alexandre Morais da Rosa e Philippe Benoni Melo e Silva

Ocorre, porém, o uso de táticas de fishing expedition também nos pedidos de prisões cautelares. O (ab)uso das prisões cautelares como tática de aniquilação tem sido prática recorrente no processo penal do espetáculo, que submete o agente à exposição midiática, destruição de reputação e pressão física e psicológica para que ele assuma uma posição ativa na produção da prova. Especialmente quando se trata de criminalidade econômica, observa-se que, raramente, a prisão se baseia concretamente nos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal. Ao revés, a prisão é utilizada como estratégia de fishing não apenas para buscar uma confissão do investigado, mas também para alcançar declarações sobre fatos até então desconhecidos, transformando a investigação em uma busca que se estende permanentemente, expediente que a doutrina alemã denomina de “efeito hidra” – em alusão ao mitológico monstro Hydra de Lerna que, ao ter uma cabeça cortada, outras duas nasciam no lugar.⁷⁶

Também se configura como uma espécie de *fishing expedition* a instauração de inquérito policial sem um mínimo de indícios acerca da materialidade e/ou autoria de um delito. Sobre isso, dispõe Renato Brasileiro de Lima

Tendo em vista que a simples deflagração de uma investigação já é capaz de atingir o chamado status *dignitatis* do imputado – sobretudo nos dias de hoje, em que a mídia noticia a instauração de um inquérito policial como sinônimo de verdadeira condenação transitada em julgado –, não se pode admitir a instauração de procedimentos investigatórios manifestamente levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de indícios da prática de crime.

⁷⁶ SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philippe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 2ª edição. Florianópolis: Emais, 2022. p. 51.

É dizer, se ninguém pode ser submetido indevidamente ao constrangimento ilegal decorrente de um processo criminal leviano e temerário (*strepitus iudicii*), tampouco pode ser desarrazoadamente objeto de investigação indevida (*strepitus investigationem*). Com efeito, vedadas que são as denominadas *fishing expeditions*, não se pode admitir a deflagração de um procedimento investigatório sem um mínimo de indícios acerca da materialidade e/ou autoria de um ilícito.⁷⁷

Assim, percebe-se como é possível identificar na prática da persecução penal brasileira diversas hipóteses que podem ser enquadradas como *fishing expedition*, especialmente quanto aos conceitos expostos, ou seja, práticas as quais se apropriam de meios legais para, sem objetivo traçado, buscar qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto, tratando-se muitas vezes de investigações especulativas indiscriminadas, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, cometem tais atos com a esperança de encontrar qualquer prova para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada, e que, portanto, configuram-se como meios abusivos de prova e de obtenção de prova.

5.3 A *fishing expedition* à luz do sistema processual penal acusatório brasileiro e dos princípios processuais penais e suas consequências

Tendo em vista os conceitos de *fishing expedition* e os seus exemplos possíveis na prática processual penal, cabe agora fazer uma análise desta figura à luz do sistema processual penal acusatório brasileiro.

Como exposto no capítulo do presente trabalho que trata sobre “Noções Fundamentais sobre o Sistema Processual Penal”, em seu tópico “Sistemas Processuais Penais”, é considerado como vigente no Brasil o sistema processual penal acusatório, o qual tem como características a separação das funções de acusar, defender e julgar, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, com um juiz imparcial (princípios do contraditório e da imparcialidade do julgador), sendo o acusado considerado como sujeito de direitos, o qual tem direitos e garantias fundamentais, como a presunção de inocência, e, por fim, não há uma busca por uma verdade real, mas sim uma busca pela verdade, devendo a prova ser produzida ou ao menos submetida ao contraditório e da ampla defesa.

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 177.

Nesse sentido, as práticas consideradas como *fishing expedition* não estão em conformidade com o referido sistema, pois violam direitos e garantias dos investigados e acusados, os quais são sujeitos de direitos e assim devem ser tratados.

Sobre tais violações, entendem Alexandre Morais da Rosa, Philipe Benoni Melo e Silva e Viviani Ghizoni da Silva que

Dentre as previsões da Constituição brasileira, reputam-se especialmente relevantes para o tema em análise a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a prevalência dos direitos humanos, assim como a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante, a inviolabilidade da casa, do sigilo de correspondência e comunicações, é assegurado o acesso à informação com resguardo ao sigilo profissional necessário, o respeito à integridade física e moral dos presos, o impedimento à privação da liberdade ou de bens na ausência do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória e o direito ao silêncio, bem como à assistência ao preso (respectivamente previstos no art. 1º, inciso III; art. 4º, inciso II; art. 5º, incisos III, XI, XII, XIV, XLIX, LIV, LV, LVI, LVII e LXIII da Constituição federal).

A *fishing expedition* ou pescaria probatória aproveita-se "dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se os direitos fundamentais, para além dos limites legais". Apontada como consequência do direito contra a autoincriminação, a vedação à *fishing expedition* acaba desempenhando papel garantidor dos direitos individuais de maneira ampla.⁷⁸

Logo, percebe-se que não é possível conciliar tais práticas ao sistema vigente no Brasil, devendo estas serem extirpadas da prática processual penal.

Quanto aos princípios processuais penais, diversos são violados por meio das práticas consideradas como *fishing expedition*. O primeiro princípio que pode ser considerado como violado por tais práticas é o da presunção de inocência (presunção de não culpabilidade), pois, na grande maioria dos casos, desconsidera-se tal presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. Aqui inverte-se a lógica e o interesse coletivo da repressão penal se destaca diante da garantia de liberdade do indivíduo, presumindo-se justamente a sua culpabilidade. Ademais, com prisões processuais decretadas praticamente automaticamente, sem critérios claros e objetivos, é violada a regra de tratamento referente a este princípio. Assim, o sujeito acaba sendo considerado culpado antes do término do devido processo legal.

⁷⁸ SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philipe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 2ª edição. Florianópolis: Emais, 2022. p. 54-55.

Outro princípio que muitas vezes é violado com a *fishing expedition* é o do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Na prática processual penal percebe-se o uso de prisões cautelares para "forçar" a descoberta de determinadas informações, colaborações premiadas ou incriminações, o que viola tal princípio, pois dentro dele está o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal.

O princípio do *favor rei* também tem sua lógica invertida com a *fishing expedition*, pois, ao invés de buscar um equilíbrio de forças entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade e de defender-se do acusado, os agentes do Estado vão muito além do que preconiza a própria lei na persecução penal, o que só aumenta a desigualdade entre tais polos e, consequentemente, viola o referido princípio.

Como consequência da desconformidade da *fishing expedition* para com o sistema acusatório e com os referidos princípios processuais, ou seja, por serem as práticas que se enquadram neste conceito consideradas ilegais, consequentemente, como visto no capítulo "Da Prova Ilegal", não podem ser aceitas e consideradas admissíveis as provas provenientes delas, pois aí estará sendo violado o princípio da vedação da prova ilícita ou da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Aqui, portanto, cabe destacar uma das consequências que surgem a partir das práticas consideradas como *fishing expedition* e que, na matéria das provas, é altamente relevante, que são as provas ilegais.

Cabe ao Poder Judiciário considerar que tais práticas ilegais, as quais tratam-se de investigações especulativas indiscriminadas e que se configuram como meios abusivos de prova e de obtenção de prova, não podem produzir provas que sejam aceitas no processo, pois, como visto, a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo.

Ademais, o Estado não pode utilizar-se de métodos ilegais para investigar e combater a criminalidade, pois isto também deslegitima o sistema punitivo, invertendo sua lógica no sentido de perseguir a criminalidade com o cometimento de práticas ilegais e, inclusive, criminosas.

Além disso, a vedação por parte do Poder Judiciário à *fishing expedition* e às suas provas, como nos casos das provas ilegais, vai além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, funcionando como uma forma de aprimoramento e controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas ilegais e cumprindo uma certa função pedagógica para com os agentes do Estado, os quais serão desincentivados a praticarem tais atos.

Assim, as provas obtidas por meio de práticas consideradas como *fishing expedition* devem ser consideradas provas ilegais, as quais não podem ser de forma alguma admitidas e utilizadas na persecução penal, devendo ser aplicado às provas consideradas ilícitas o determinado no artigo 157, do Código Penal, com a inadmissibilidade e consequente inutilização de tais provas, e às ilegítimas, ou o sistema das nulidades (CPP, art. 573) ou também o determinado no artigo 157, do Código Penal, por meio do sentido amplo de provas ilícitas e com a inadmissibilidade e consequente inutilização de tais provas, cabendo aqui um maior aprofundamento de estudo sobre este tema para se chegar à conclusão de qual seria a opção mais correta e que estaria em melhor conformidade com os princípios do processo penal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente trabalho, é possível fazer certas considerações acerca do que fora analisado e estudado, relacionando sempre com o seu objeto principal de estudo, que são as práticas consideradas como *fishing expedition* e uma análise acerca da sua legalidade ou não, especialmente quanto às provas que são delas obtidas.

Quanto ao sistema processual penal vigente no Brasil, constatou-se como sendo o sistema processual penal acusatório, por ser o que está em consonância com a Constituição da República e que, portanto, deve ser o buscado, apesar das mencionadas críticas a tal entendimento. Ademais, ao menos em teoria, há a separação das funções de acusar, defender e julgar, e são assegurados os princípios da imparcialidade, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Por fim, apesar da suspensão de sua eficácia, o artigo 3-A, do Código de Processo Penal, revela um caminho para a consolidação de fato do sistema acusatório no Brasil.

No que se refere aos princípios processuais penais, tratou-se acerca de certos princípios que de certa forma poderiam acrescentar algo ao presente estudo, seja diretamente quanto à *fishing expedition*, seja para esclarecer outros conceitos.

Em sequência, tratou-se sobre a Teoria Geral das Provas no processo penal, constatando-se que a busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas sim um meio para a mais correta aplicação da lei penal e que, portanto, o papel central das provas no processo penal é auxiliar e permitir ao julgador, segundo critérios racionais de valoração, concluir se o enunciado presente na acusação tem ou não elementos suficientes que o confirmem.

Posteriormente, abordou-se sobre os três significados da palavra prova, que são como atividade probatória, meio de prova e resultado probatório, diferenciação essa que possibilita um aprofundamento nas discussões referentes ao campo probatório e uma melhor interpretação de certas normas legais.

Em continuação, tratou-se sobre a distinção entre elementos informativos e provas e os pesos que lhes são dados, constatando-se que os elementos informativos são colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes e sem a obrigatória observância ao contraditório e à ampla defesa. Já as provas são elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Quanto aos pesos que lhes são dados entendeu-se que a lei não impede que o julgador considere os elementos informativos provenientes da fase pré-processual, mas impõe que tais elementos sejam acompanhados de provas que foram

produzidas ou ao menos submetidas ao contraditório e à ampla defesa na instrução processual, havendo a ressalva às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Por fim, constatou-se que não há a necessidade de se considerar como prova apenas os elementos que tenham sido produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, mas sim bastando que estes elementos sejam submetidos aos referidos princípios.

Em seguimento, discorreu-se sobre os conceitos de fontes de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova e suas características, possibilitando um melhor entendimento sobre tais conceitos, seus objetivos e as consequências se estes dois últimos forem praticados em desconformidade com a norma legal e com os princípios gerais do ordenamento. Quanto a isso, constatou-se que parte substancial da doutrina entende que, os meios de prova assim praticados, devem ser sancionados, em regra, com a nulidade absoluta ou relativa, ao passo que, os meios de obtenção de prova praticados com tais desconformidades devem ser reconhecidos como ilegais, sendo as provas obtidas a partir deles consideradas como ilícitas, com o seu consequente desentranhamento dos autos do processo.

Tal questão abriu caminho para o capítulo seguinte, o qual abordou acerca da temática das provas ilegais. No referido capítulo tratou-se acerca dos motivos pelos quais são dados determinados tratamentos a tais provas, especialmente as suas inadmissibilidades no processo, entendendo-se que uma suposta eficiência processual, não pode dispensar o respeito aos direitos e garantias fundamentais, pois isto deslegitimaria o próprio sistema punitivo. Ademais, que seria altamente contraditório, justamente em um processo penal, o qual é destinado a apurar a prática de ilícitos penais, o Estado, a fim de investigar e combater a criminalidade, utilizar-se de métodos ilegais, inclusive, com alguns sendo considerados como crimes. Por fim, tratou-se sobre a função pedagógica por parte do Poder Judiciário de não aceitar provas obtidas em desconformidade com as normas legais e com os princípios gerais do ordenamento, já que isso inibe e desestimula a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de agentes do Estado.

Em continuidade, tratou-se sobre as provas ilícitas e ilegítimas, suas diferenças para a doutrina e suas possíveis consequências. Assim, constatou-se que, para a doutrina clássica, o termo provas ilegais é gênero, do qual são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas, sendo as provas ilícitas as obtidas por meio da violação de regra de direito material e que devem ter como consequência, em regra, a nulidade absoluta ou relativa, e as provas ilegítimas as obtidas mediante violação à norma de direito processual. Entretanto, viu-se que, com a reforma feita pela Lei nº 11.690/2008, que alterou uma série de artigos do Código de Processo Penal, o legislador ignorou tais diferenciações e passou a se referir às provas ilícitas como sendo aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não fazendo qualquer distinção se a

norma legal é material ou processual, mas apenas determinando que são inadmissíveis e que devem ser desentranhadas do processo (CPP, art. 157, *caput*). Tal questão gerou debates doutrinários, entendendo parte da doutrina que, diante do silêncio da lei e com base na nova redação conferida ao referido artigo legal, deve ser considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais, como consequência, qualquer violação a normas constitucionais e legais acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova, a qual passará a ser inadmissível e deverá ser desentranhada do processo. Já outra parte substancial entende pela necessidade de se manter a diferenciação clássica entre provas ilícitas e ilegítimas e suas respectivas consequências, no sentido de que, sendo uma violação material, a prova deve ser considerada inadmissível e necessita ser desentranhada do processo. Por outro lado, sendo uma violação processual, os atos deverão ser considerados nulos, devendo ser renovados ou retificados (CPP, art. 573, *caput*).

Em sequência, tratou-se sobre as provas ilícitas por derivação, mencionando as teorias importadas do direito estadunidense no Código de Processo Penal e as limitações estabelecidas pela lei.

Para finalizar o capítulo que tratou sobre as provas ilegais, tratou-se sobre as consequências após a constatação da inadmissibilidade das referidas provas, que são a inutilização das provas ilícitas (primárias ou por derivação) e a chamada descontaminação do julgado. Quanto à inutilização das provas ilícitas, constatou-se especialmente que a preocupação central do legislador é propriamente com o afastamento das provas consideradas ilícitas, justamente para que elas não contaminem outras provas e maculem o processo penal em questão. Entendeu-se que não há apenas uma preocupação quanto ao combate das provas ilícitas, mas também pela necessidade de conter as consequências danosas que estas podem causar na persecução penal. Quanto à descontaminação do julgado, verificou-se que a sua ideia é evitar que o magistrado que tiver contato com a prova ilícita venha a julgar o caso, uma vez que este não teria isenção de ânimo suficiente para apreciar o caso concreto com a imparcialidade que dele se espera. Todavia, tratou-se sobre as críticas que tal instituto recebeu no sentido de possíveis violações aos princípios da legalidade e do juiz natural, especialmente a este segundo, o qual foi essencial para as mencionadas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli e Luiz Fux de suspenderem até o presente momento que é escrito o trabalho em questão a eficácia do dispositivo legal que o instituiu no ordenamento (CPP, art. 157, § 5º).

Em continuidade, tratou-se sobre a chamada *fishing expedition*, sua origem e conceito. Quanto à sua origem, observou-se que inicialmente ela surgiu no modelo da *common law*

estadunidense em casos cíveis, na fase da *pretrial*, que seria o momento anterior ao julgamento, mais especificamente na *discovery*, que é o momento de revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso jurídico. Nesse primeiro momento, viu-se que a *fishing expedition* foi utilizada para se referir a situações em que uma parte se utiliza dos instrumentos processuais probatórios disponíveis nas cortes para tentar encontrar informações que não seriam consideradas relevantes para um julgamento, ou seja, um desvirtuamento dos institutos legais disponíveis, que possibilita o uso indevido de certas informações. Viu-se que o termo foi utilizado para casos criminais ainda nos Estados Unidos da América, sendo posteriormente importado ao Brasil também na área criminal, por sua ideia central se aplicar a diversos casos práticos comuns na persecução penal, onde há a apropriação de meios legais para, sem um objeto claro e definido, a “pesca” de qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto que o originou, o que não está em conformidade com as normas legais, as quais majoritariamente definem critérios sólidos para, por exemplo, certas restrições a direitos fundamentais, por meio da prática de meios de obtenção de provas.

Nesse sentido, adotou-se o conceito de *fishing expedition* da obra de Viviani Ghizoni da Silva, Philipe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa, os quais entendem 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 prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, interrogatório do acusado etc.⁷⁹

Em sequência, tratou-se sobre as hipóteses de *fishing expedition*, como: i) os mandados de busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito, comumente chamados de “mandados genéricos”; ii) a continuidade da busca e apreensão depois de obtido o material objeto da diligência; iii) as buscas pessoais desprovidas de “fundada suspeita” prévia e objetiva; iv) o vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido; v) as prisões temporárias ou preventivas para “forçar” a descoberta de determinadas informações, colaborações premiadas ou incriminações; vi) a instauração de inquérito policial sem um mínimo de indícios acerca da materialidade e/ou autoria de um delito.

⁷⁹ SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philipe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*. 2ª edição. Florianópolis: Emais, 2022. p. 50.

A partir de tais hipóteses, pode-se perceber como é possível identificar na prática da persecução penal brasileira diversas hipóteses que podem ser enquadradas como *fishing expedition*, especialmente quanto aos conceitos expostos.

Por fim, tratou-se sobre a *fishing expedition* à luz do sistema processual penal acusatório brasileiro e dos princípios processuais penais e suas consequências, constatando-se que, em relação a tal sistema, as práticas consideradas como *fishing expedition* não estão em conformidade, pois violam direitos e garantias dos investigados e acusados, os quais são sujeitos de direitos e assim devem ser tratados.

Também se constatou que diversos são os princípios processuais penais violados por meio das práticas consideradas como *fishing expedition*, dentre eles os princípios da presunção de inocência (presunção de não culpabilidade), do *nemo tenetur se detegere*, do *favor rei* e da vedação da prova ilícita ou da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Como consequência da desconformidade da *fishing expedition* para com o sistema acusatório e com os referidos princípios processuais, ou seja, por serem as práticas que se enquadrem neste conceito consideradas ilegais, conseqüentemente, não podem ser aceitas e consideradas admissíveis as provas provenientes delas, cabendo ao Poder Judiciário além de considerar tais práticas como ilegais, mas também que não podem produzir provas que sejam aceitas no processo, pois a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo.

Ademais, entendeu-se que o Estado não pode utilizar-se de métodos ilegais para investigar e combater a criminalidade, pois isto também deslegitima o sistema punitivo, invertendo sua lógica no sentido de perseguir a criminalidade com o cometimento de práticas ilegais e, inclusive, criminosas.

Além disso, constatou-se que a vedação por parte do Poder Judiciário à *fishing expedition* e às suas provas, como nos casos das provas ilegais, vai além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, funcionando como uma forma de aprimoramento e controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas ilegais e cumprindo uma certa função pedagógica para com os agentes do Estado, os quais serão desincentivados a praticarem tais atos.

Assim, concluiu-se que as provas obtidas por meio de práticas consideradas como *fishing expedition* devem ser consideradas provas ilegais, as quais não podem ser de forma alguma admitidas e utilizadas na persecução penal, devendo ser aplicado às provas consideradas ilícitas o determinado no artigo 157, do Código Penal, com a inadmissibilidade e conseqüente

inutilização de tais provas, e às ilegítimas, ou o sistema das nulidades (CPP, art. 573) ou também o determinado no artigo 157, do Código Penal, por meio do sentido amplo de provas ilícitas e com a inadmissibilidade e conseqüente inutilização de tais provas, cabendo aqui um maior aprofundamento de estudo sobre este tema para se chegar à conclusão de qual seria a opção mais correta e que estaria em melhor conformidade com os princípios do processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 61-66.

CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 40, número 245, julho de 2015.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 11ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **A ilegalidade de fishing expedition via mandados genéricos em "favelas"**. Consultor Jurídico, 24 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>. Acesso em: 23 nov. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

PITTA, Rafael Gomiero. ***Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro***. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

SILVA, Viviani Ghizoni da. SILVA, Philipe Benoni Melo e. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal**. 2ª edição. Florianópolis: Ematis, 2022.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Fishing Expedition - A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação**. JOTA.info, São Paulo, 20 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 23 nov. 2022.