

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

BRUNA PALMA RECH

O *FISHING EXPEDITION* COMO PRÁTICA VIOLADORA DOS DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porto Alegre

2023

BRUNA PALMA RECH

O *FISHING EXPEDITION* COMO PRÁTICA VIOLADORA DOS DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Chiari
Gonçalves

Porto Alegre

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

A ficha catalográfica, gerada pelo [Sistema para Geração Automática de Ficha Catalográfica para Teses, Dissertações e TCCs da UFRGS](#), deve ser copiada como imagem e colada aqui.

BRUNA PALMA RECH

O *FISHING EXPEDITION* COMO PRÁTICA VIOLADORA DOS DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Chiari
Gonçalves

Aprovada em: Porto Alegre, 29 de agosto de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Nome e titulação do orientador
Instituição do orientador

Nome e titulação do membro da banca
Instituição do membro da banca

Nome e titulação do membro da banca
Instituição do membro da banca

Ao meu amado avô Basílio.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, Mauro Antonio Rech e Leila Rodrigues Palma, uma vez que, sem eles, eu jamais teria traçado esta trajetória. Mãe, sou grata por todo o acolhimento, carinho e atenção que me deste desde o dia em que eu nasci. Pai, sou grata por todo o amor, inspiração e lições que me deste ao longo de todos estes anos. Saibam que, sem vocês, nada disso teria sido possível.

Ainda, não posso deixar de agradecer ao meu irmão, Cristiano que, mesmo de longe, sei o quanto torce por mim. Agradeço também à minha avó Anélia, que se emociona como ninguém a cada pequena vitória minha. Infelizmente, o vovô Basílio não está fisicamente conosco nesta etapa, mas tenho certeza que está gargalhando e sorrindo, independentemente de onde esteja.

Agradeço também aos meus dindos, Ivone e Alexandre, que sempre me apoiaram em todos as etapas da minha vida. Da mesma forma, meus dindos Valdir e Rita, que estiveram do meu lado, vibrando a cada conquista nova.

Sophia, também serei eternamente grata por te ter como prima, mas também como uma grande amiga que a vida me deu. Fico feliz por saber que, de alguma forma, eu sirvo de inspiração para ti.

Sou grata por todos os anos vivenciados na Faculdade de Direito da UFRGS, sobretudo em razão das pessoas que pude conhecer e conviver no ambiente acadêmico. Agradeço, nesse ponto, todos os professores que tive a oportunidade de ser aluna, pois sem dúvidas foram essenciais na minha formação profissional, em especial à Professora Vanessa, minha orientadora. Ainda, sou grata por todas as experiências que tive durante os anos da faculdade, em especial ao Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU), ambiente que pude desenvolver meu senso de coletividade e empatia.

Serei eternamente grata ao Universo por ter colocado em meu caminho amizades tão especiais que tornaram o trajeto da faculdade menos tortuoso. Obrigada à Aléxia, que ainda no dia da matrícula, foi receptiva comigo e, desde lá, tem sido amparo. Obrigada à Laura, que também logo na primeira semana de aula, aceitou o meu abraço como se amigas de outras vidas fôssemos. À Quayara, agradeço por todo amor e carinho que recebi desde o dia que nos conhecemos. Eu não seria nada sem vocês. Saibam que levarei cada uma de vocês no meu coração para sempre.

Ao Gabriel e também ao Leonel, sou grata por termos construído esta amizade, que espero tenha vida longa. À Leandra, agradeço por ter sido presente e também um porto seguro, em todos os momentos que eu precisei.

Betina, sou eternamente grata por ter aparecido e permanecido na minha vida. Ainda, à Amanda, agradeço por ter me ensinado o que é amizade, logo nos primeiros anos da minha trajetória.

Sou grata, por fim, a todos os estágios que tive a oportunidade de desempenhar ao longo da faculdade. Todos eles, sem exceção, foram primordiais para a profissional que, em breve, serei.

Por fim, agradeço por, inesperadamente, depois de longos quatro anos sendo colegas, ter encontrado o amor na sua forma mais bonita. Octávio, obrigada por seres exatamente como tu és e por estar ao meu lado em todos os momentos. Além de meu namorado, tu és o meu melhor amigo.

RESUMO

Este trabalho buscou demonstrar a relevância de alguns direitos e garantias fundamentais, como a inviolabilidade domiciliar, o direito à privacidade de comunicações, bem como a vedação à prova ilicitamente produzida. Com isso, procurou verificar a prática do *fishing expedition* (“pesca predatória de provas”), justamente em contraposição às garantias constitucionais citadas. Nesse sentido, realizou o estudo de tal prática de forma histórica e conceitual, observando, inclusive, a transposição do conceito para o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, seguindo a metodologia de pesquisa da revisão bibliográfica e da pesquisa jurisprudencial, realizou-se a análise qualitativa da temática na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido constatado que há um crescente enfrentamento do tema; contudo, ele ainda é bastante tênue se comparado ao contexto prático.

Palavras-chave: *Fishing Expedition*; Direitos e Garantias Fundamentais; Prova Ilícita, Busca e Apreensão; Interceptação Telefônica.

ABSTRACT

This work aimed to demonstrate the relevance of certain fundamental rights and guarantees, such as the inviolability of the home, the right to privacy of communications, as well as the prohibition of evidence obtained illicitly. In doing so, it sought to examine the practice of fishing expedition (prey-like search for evidence), precisely in contrast to the constitutional guarantees mentioned. In this regard, this practice was examined historically and conceptually, including the adaptation of the concept into the Brazilian legal system. Thus, an analysis of this topic was conducted in the jurisprudence of the Superior Court of Justice, revealing a growing engagement with the issue; however, this engagement still remains somewhat limited when compared to practical contexts.

Keywords: *Fishing Expedition*; Fundamental Rights and Guarantees; Illicit Evidence; Search and Seizure; Phone Interception.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ALGUNS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	13
2.1	DIREITO À PRIVACIDADE DOMICILIAR.....	14
2.2	DIREITO À PRIVACIDADE DE COMUNICAÇÃO	19
2.3	VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA	22
3	O <i>FISHING EXPEDITION</i> (“PESCA PREDATÓRIA DE PROVAS”).....	25
3.1	ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	26
3.2	CONCEITO DE <i>FISHING EXPEDITION</i>	30
3.3	TRANSPOSIÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
4	PRECEDENTES RELEVANTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	36
4.1	BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR.....	36
4.2	PRIVACIDADE DAS COMUNICAÇÕES	42
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Nota-se que o direito à privacidade do domicílio do indivíduo existe desde as mais remotas civilizações, conforme se depreende da proteção concedida à casa em diversos povos, como nos antigos romanos, por exemplo, que já tutelavam tal direito nas XII Tábuas.¹ No Brasil, é de se observar que, desde as primeiras constituições promulgadas, como na Carta Magna do Império (1824)² ou da República (1891)³, essa proteção também se fazia presente.

Nesse passo, observa-se que as demais constituições promulgadas na história do Brasil também trataram de tutelar esse direito. No entanto, na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 1988, redigiu-se o artigo 5º, inciso XI,⁴ devendo compreender-se tal preceito constitucional não somente como uma proteção à “casa” ou “residência”, mas também à própria intimidade do indivíduo. Além disso, o direito à privacidade das comunicações, com previsão no artigo 5º, inciso XII,⁵ também se revela de suma relevância para o indivíduo, sendo que no presente trabalho deu-se mais ênfase às comunicações telefônicas, sobretudo no que se refere às interceptações.

De outro lado, o princípio da vedação das provas ilícitas no processo penal, insculpido no artigo 5º, LVI⁶, possui relevância quando tratada a temática do *fishing*

¹ PITOMBO, Cleunice A. **Valentim Bastos**. Da busca e da apreensão no processo penal. 2. ed.

² Art. 179, VII - Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. Cf. BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Coleção de Leis do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1886.

³ Art. 72, § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórmula prescriptos na lei. Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro, de 1891). **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023].

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Cf. *Ibidem*.

⁶ Art. 5º LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Cf. *Ibidem*.

expedition. De início, no entanto, é necessário distinguir a prova ilícita da prova ilegítima: a “prova ilícita” seria, na verdade, o *gênero*, ao passo que engloba as *espécies* “prova ilícita em sentido estrito” e “prova ilegítima”.⁷ Nesse aspecto, a prova ilícita em sentido estrito é aquela obtida com violação de normas de direito material, sobretudo direitos e garantias fundamentais, como a inviolabilidade domiciliar e a privacidade das comunicações. A prova ilegítima, por sua vez, é aquela obtida com afronta a normas processuais.⁸

Tendo isso em mente, pretende-se aqui abordar a problemática da tutela de alguns dos direitos e garantias fundamentais — sobretudo, como citado inicialmente, da inviolabilidade domiciliar, privacidade das comunicações e inadmissibilidade das provas ilícitas — frente à ocorrência do *fishing expedition* (“pesca predatória de provas”). Nesse sentido, esta monografia tem como objetivo observar o tratamento dado pela jurisprudência brasileira, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em face das hipóteses de violação desses direitos e garantias positivados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 por meio da prática mencionada.

Dessa forma, no capítulo 2, buscou-se analisar de forma pormenorizada a garantia constitucional referente à inviolabilidade domiciliar prevista no artigo 5º, inciso XI, CRFB, observando seus limites e exceções, bem como examinar brevemente o instituto da busca e apreensão no Brasil. Ainda no mesmo capítulo, abordou-se o direito fundamental à privacidade das comunicações (artigo 5º, inciso XII, CRFB), dando-se enfoque à temática das interceptações telefônicas, em razão da sua pertinência ao tema trabalhado. Ao final do capítulo, discorreu-se acerca da vedação à prova ilícita, direito fundamental também garantido constitucionalmente (artigo 5º, inciso LVI, CRFB), mormente em virtude do fato de que a prova obtida por meio da prática de *fishing expedition* deverá ser reconhecida como ilícita, ou seja, não admitida.

No capítulo 3, por sua vez, examinou-se, inicialmente, o princípio do *nemo tenetur se detegere* (“princípio da não autoincriminação”), pretendendo justamente observar a origem da vedação à prática do *fishing expedition*, que Maria Elizabeth

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

⁸ *Ibidem*.

Queijo⁹ remonta à Idade Média na Inglaterra. Ainda, buscou-se identificar a transposição do conceito ao ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a ausência de vedação expressa à prática da “pesca predatória de provas”.

Nesse ponto, observou-se alguns dispositivos constitucionais que, malgrado não possuam a expressão *fishing expedition*, acabam por se relacionar com a vedação à prática da “pesca predatória de provas”. Destacou-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana; os Direitos Humanos; a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante; a presunção da inocência e o direito ao silêncio — também previstos na CFRB, respectivamente, no artigo 1º, inciso III; artigo 4º, inciso II; artigo 5º, incisos III, LVII e LXIII.¹⁰ Além disso, observou-se a Lei n.º 13.869/2019, que dispõe sobre o abuso de autoridade, apontando-se os artigos 22, 25 e 27 em razão da sua correlação à temática abordada no presente trabalho.

Já no capítulo 4, o trabalho se dedicou à verificação da “pesca predatória de provas” na prática, recorrendo, para tanto, à jurisprudência do STJ, restando justificada, pois, a escolha de tal tribunal em razão da pertinência temática e da relevância decisória (quantidade de decisões que suplantou a do Supremo Tribunal Federal – STF). Nessa parte do trabalho, foi possível observar a recepção (ou não) do *fishing expedition* em casos práticos, envolvendo, principalmente, os direitos fundamentais da inviolabilidade do domicílio e da privacidade das comunicações.

Na realização do presente trabalho, foi adotado o método dedutivo de abordagem, partindo-se de premissas maiores, para então alcançar conclusões mais particulares. A pesquisa teve como base revisão bibliográfica, abrangendo doutrina, legislação e jurisprudência, realizando, nesse sentido, análises qualitativas. Com relação à jurisprudência analisada, destaca-se que, não obstante tenha sido realizado levantamento quantitativo, a análise se deu de forma qualitativa, uma vez que foram escolhidas algumas decisões em específico, pois essas teriam enfrentado a temática de fato.

⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36.

¹⁰ GHIZONI, Viviani; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão**: um dilema oculto do Processo Penal. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 54.

2 ALGUNS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo, buscar-se-á realizar um panorama geral de três dos direitos e garantias fundamentais presentes no processo penal brasileiro, sobretudo o direito à privacidade domiciliar e de comunicação, bem como a vedação de provas ilícitas no ordenamento do país. Em que pese o *fishing expedition* possa ocorrer em diferentes meios de obtenção de provas, verificou-se, por meio de pesquisa feita na jurisprudência do STJ, que tal prática ocorre de forma mais recorrente nos mandados de busca e apreensão domiciliar e nas comunicações telefônicas. Por essa razão, escolheu-se explorar os direitos fundamentais acima mencionados. No presente capítulo, ainda, será possível explanar o conceito e desdobramentos da prática do *fishing expedition*.

Contudo, antes de adentrar nas particularidades de alguns dos exemplos de direitos e garantias fundamentais, cabe, pois, conceituar tais termos. No ponto, entende-se como sendo esses uma série de dispositivos contidos na CRFB, que visam a estabelecer direitos, garantias e deveres aos cidadãos destinatários da Carta Magna. Sendo assim, consoante dispõe Tucci¹¹, os direitos individuais, ou seja, fundamentais, são aqueles que “são inerentes ao homem e qualificam a sua natureza”, estando, portanto, diretamente ligados à personalidade e liberdade de cada um. No mais, observa-se que, não bastando a existência de direitos fundamentais, há as garantias individuais, as quais, conforme leciona o referido autor, prestam-se a garantir que o Estado assegure, reconheça ou satisfaça os direitos individuais.¹²

Assim, tem-se que há, no ordenamento jurídico brasileiro, a correspondência entre direito fundamental e garantia, de modo a permitir que o Estado possa, de forma eficaz, proteger os direitos fundamentais por meio da sua atuação. Nesse sentido, inclusive, leciona Rodrigo Cesar Rebello Pinho¹³ a distinção entre normas declaratórias e normas assecuratórias, sendo que as primeiras estabelecem os direitos e as segundas, por sua vez, garantem a execução de tais direitos.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 196.

¹² Ibidem.

¹³ PINHO, Rodrigo César R. **Sinopses Jurídicas: direito constitucional – teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book. 17 v.

Nesse ponto, Pinho traz um exemplo a fim de ilustrar a dinâmica acima apontada, tendo por um lado o direito à liberdade de locomoção (artigo 5º, XV¹⁴, CRFB), constituindo-se em uma norma declaratória, e, por outro lado, o direito à impetração de *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII¹⁵, CRFB), sendo este último, pois, uma garantia constitucional. No exemplo citado, resta nítido, portanto, a dualidade existente entre ambos os conceitos, sendo os dois imprescindíveis para o pleno funcionamento do ordenamento jurídico.

Por fim, cabe apontar que “as garantias fundamentais do homem não podem servir de apanágio à desordem, ao caos, à subversão da ordem pública”¹⁶. Isso significa dizer que nenhuma liberdade individual é absoluta, comportando, pois, exceções para preservar o ditame da legalidade. Nesse passo, deve-se também destacar os denominados princípios limitadores do poder-dever de punir estatal, constituindo-se esses em preceitos que trazem uma limitação ao poder punitivo estatal em contraposição aos direitos fundamentais previstos na CRFB¹⁷. Todavia, neste trabalho, serão abordados tão somente os direitos e garantias fundamentais concernentes à inviolabilidade domiciliar, à privacidade das comunicações e da vedação à prova ilícita.

2.1 DIREITO À PRIVACIDADE DOMICILIAR

No que se refere à privacidade domiciliar, observa-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XI¹⁸, estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Desse modo, mostra-se imprescindível, em um primeiro momento, conceituar o termo “casa” inserido no dispositivo exposto.

¹⁴ Art. 5º XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Cf. BRASIL, 2023.

¹⁵ Art. 5º LXVIII - conceder-se-á “*habeas corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Cf. BRASIL, 2023.

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

¹⁷ Silva, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 36

¹⁸ Cf. BRASIL, op. cit.

Canotilho¹⁹ afirma que

[...] apesar de algumas divergências e dúvidas pontuais, o termo “casa” deve ser entendido em sentido amplo, segundo a opinião predominante na doutrina brasileira, abrangendo qualquer morada ou espaço reservado de trabalho que separe o ambiente interno do externo.

Assim, consoante o mesmo autor,²⁰ verifica-se que o artigo 5º, XI²¹, da CRFB visa a proteger a confiança jurídica do destinatário do direito, de forma que o que ocorrer dentro de sua casa não será compartilhado com terceiros.

No ponto, há de se reforçar que, muitas vezes, não se está protegendo mormente a inviolabilidade do domicílio por si só — o que já bastaria —, mas também outros direitos individuais tão relevantes quanto ele, como a honra, a privacidade e a intimidade. Verifica-se, portanto, a relevância que tal direito fundamental possui no ordenamento jurídico brasileiro.

Superada a questão atinente ao conceito de “casa”, verifica-se que a inviolabilidade, por sua vez, ainda conforme leciona Canotilho²², deve ser interpretada como a “vedação de uma intervenção legislativa, administrativa ou judicial não justificada”. Ainda, Rubens Geraldi Bertolo²³ refere que o dispositivo do artigo 5º, XI, da CRFB pressupõe uma “inação dos agentes do Poder Público e também dos particulares”, objetivando, portanto, a garantia dos direitos individuais acima expostos.

Dessa forma, observa-se que, exceto nos casos em que a CRFB (artigo 5º, XI²⁴) prevê hipóteses em que se poderá, na prática, violar o domicílio alheio — quais sejam: (i) em caso de flagrante delito; (ii) desastre; (iii) para prestar socorro e (iv) durante o dia —, por determinação judicial, a casa deve permanecer incólume, sem sofrer usurpações desse direito de qualquer forma. Assim, nesse ponto, cabe fazer breves considerações acerca de hipótese de ofensa a esse direito quando da perquirição de provas durante a persecução penal.

Como será exposto no próximo capítulo, é de se observar que há algumas hipóteses corriqueiras em que, se não forem tomadas as devidas cautelas, haverá ofensa ao princípio da inviolabilidade domiciliar. As situações em comento são: (i)

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim G. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP). E-book.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cf. BRASIL, 2023.

²² Cf. CANOTILHO, op. cit.

²³ BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

²⁴ Cf. BRASIL, 2023.

buscas e apreensões e (ii) prisão em flagrante. No ponto, consoante dispõe o Código de Processo Penal (CPP)²⁵, há aspectos materiais e formais que devem ser obedecidos no intuito de afastar eventual possibilidade de ilegalidade na produção de prova por meio desses institutos. Nesse sentido, considerando a relevância da temática, a partir de agora, adentrar-se-á no procedimento da busca e apreensão.

Consoante dispõe Norberto Avena²⁶, como “busca” consideram-se as diligências que objetivam a investigação de materiais que possam colaborar na persecução penal do acusado. Por outro lado, por “apreensão”, “depreende-se um ato de retirar alguma coisa que se encontre em poder de uma pessoa ou em determinado lugar”²⁷. Além disso, quanto à finalidade da busca e apreensão, o ilustre autor faz referência a três concepções doutrinárias. Veja-se:

A moderna concepção doutrinária tem verificado três finalidades distintas na efetivação da busca e apreensão:

Primeira, voltada tanto à busca domiciliar quanto à pessoal, consistente na obtenção de elementos para elucidação da infração já praticada, encontrando esteio no art. 240 do CPP, caracterizando-se, aqui, a chamada **busca investigativa**;

Segunda, denominada de **busca preventiva**, mais direcionada à busca pessoal, cujo objetivo é o de evitar o cometimento de crimes e, conseqüentemente, garantir a ordem pública, a incolumidade das pessoas e a integridade do patrimônio alheio. Trata-se, por exemplo, das revistas pessoais facultadas como condição para o ingresso em determinados locais, a exemplo de estádios de futebol (art. 13-A, III, da Lei 10.671/2003); e

Terceira, a **busca exploratória**, assim compreendida aquela em que a autoridade policial, mediante autorização judicial, ingressa em locais protegidos pela garantia da privacidade, a fim de viabilizar determinada investigação criminal. Esta modalidade de busca ficou notabilizada a partir de operação realizada pela polícia federal em 2007, visando desbaratar organização criminoso que atuava na *venda* de decisões judiciais. Com essa finalidade, munida de ordem judicial, adentrou a polícia no escritório de advogado supostamente envolvido na facção, lá instalando, durante a madrugada, equipamento de captação acústica, pois, segundo as evidências, era lá que ocorria a consumação dos crimes noticiados. Perceba-se que as provas obtidas a partir dessa *busca exploratória* foram consideradas lícitas pelo Plenário do STF. (Inq. 2.424/RJ, 20.11.2008).

Da citação acima, sobretudo do trecho final, que trata sobre a “busca exploratória”, observa-se que, havendo violação ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio, a prova obtida por tal meio se torna ilícita, não podendo,

²⁵ Arts. 240 e seguintes (busca e apreensão) e arts. 302 e seguintes (prisão em flagrante). Cf. BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

²⁶ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em:

²⁷ *Ibidem*.

portanto, ser utilizada nos autos.²⁸ Ainda, tratando-se de mandado de busca e apreensão domiciliar, faz-se imprescindível a ordem judicial.

Nesse íterim, como já exposto anteriormente, considerando a plena proteção constitucional que a privacidade do domicílio possui, a ordem judicial que autoriza o ingresso das autoridades públicas na residência de determinada pessoa deve seguir, sem dúvidas, requisitos formais, consoante o que se depreende dos arts. 240 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP). De pronto, cumpre observar que, da leitura do § 1º do art. 240²⁹ do CPP, somente será autorizada a busca e apreensão domiciliar quando houver fundadas razões.

Quanto ao termo “fundadas razões”, Cleunice Pitombo³⁰ refere que a autoridade judicial, ao autorizar a busca e apreensão domiciliar, deve demonstrar a imprescindibilidade, oportunidade e conveniência de tal medida. Além disso, deve fundamentá-la demonstrando os motivos pelos quais se justifica restringir um direito individual em face do interesse da sociedade. Aliás, é de se fazer notar que o STF, em sede de repercussão geral (Tema 280³¹), sedimentou o entendimento de que o ingresso forçado em domicílio alheio desacompanhado de mandado judicial somente seria legítimo quando amparado em fundadas razões, essas devendo ser devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito.³²

Nessa lógica, inclusive, cabe mencionar que a prova obtida por meio único e exclusivo de uma denúncia anônima é, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal³³, ilícita. O STF, nessa oportunidade, determinou que denúncias não identificadas devem ser complementadas por outras diligências, não podendo, pois, ser justificativa para a autorização de mandado de busca e apreensão domiciliar.

²⁸ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Cf. BRASIL, 1941.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Cf. PITOMBO, 2005.

³¹ A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 280**: Provas Obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280>. Acesso em: 07 ago. 2023.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 180.709/SP**. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844685> Acesso em: 7 ago. 2023.

Além disso, para não culminar em prova ilícita, o mandado de busca e apreensão deve ser determinado, conforme se depreende da leitura do art. 243, inciso I³⁴, do CPP. Isso, pois, novamente, está-se diante de domicílio, cuja privacidade não pode ser violada de forma injustificada ou imotivada. Por essa razão, inclusive, Avena³⁵ menciona a inadmissibilidade de mandado de busca e apreensão genérico.

Dessa forma, observa-se que tanto provas obtidas por meio de (i) denúncia anônima quanto (ii) mandado de busca e apreensão indeterminado e/ou genérico constituem-se, em verdade, na prática de *fishing expedition*, cuja definição far-se-á no próximo capítulo. Ainda, é de se reforçar que o art. 240, § 1º³⁶, do CPP, institui um rol taxativo das hipóteses de cabimento da busca e apreensão domiciliar. Nesse sentido, far-se-á breves considerações acerca de algumas hipóteses, demonstrando, sobretudo, que a autorização judicial para ingresso no domicílio de outrem deve corresponder a uma ou mais de tais hipóteses, cabendo, portanto, à autoridade pública que, incumbida de cumprir tal diligência, respeite tais limites.

Assim, relativamente à alínea “a” do § 1º do art. 240 do CPP, observa-se que uma das hipóteses de cabimento do mandado de busca e apreensão domiciliar é para “prender criminosos”. Nesse ponto, é de se reconhecer que se a ordem judicial se deu com o objetivo de ser realizada a prisão de um indivíduo, não cabe à autoridade pública, quando do ingresso no domicílio do sujeito, explorar o local – em verdadeiro ato de pesca predatória - em busca de provas ou objetos do mesmo ou de outro crime.

Inclusive, o STJ, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 165.982/PR³⁷ da 6.ª Turma, cuja relatoria foi do Ministro Rogério Schietti Cruz, em 20/09/2022, faz

³⁴ Art. 243. O mandado de busca deverá: I - 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. Cf. BRASIL, 1941.

³⁵ Cf. AVENA, 2023.

³⁶ Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção. Cf. BRASIL, op. cit.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 165.982 / PR (2022/0173407-2) autuado em 06/06/2022.** Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=202201734072. Acesso em: 7 ago. 2023.

menção expressa à ocorrência de *fishing expedition* na hipótese acima descrita. No entanto, neste ponto, basta a menção de tal precedente, haja vista a existência de um tópico específico (seção 3.3) para o aprofundamento.

Em sequência, visualiza-se, na alínea “b” do § 1º do art. 240 do CPP, a hipótese de mandado de busca e apreensão domiciliar objetivando “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”. Nessas situações, reconhece-se que a primeira parte do dispositivo refere-se à busca e apreensão de algum “material que tenha algum interesse para a produção de prova no processo”. Já quanto à segunda parte do dispositivo, verifica-se que ela se dedica também à busca e apreensão de objetos que “serão reservadas para restituição à vítima ou para confisco do Estado”, na forma do art. 91, II, b,³⁸ do CPP. Sendo assim, com a exposição dos dispositivos mencionados, objetivou-se demonstrar a necessidade de se cumprir os requisitos e limites dados pela legislação, sob pena de incorrer em *fishing expedition*.

2.2 DIREITO À PRIVACIDADE DE COMUNICAÇÃO

Outro direito fundamental que possui pertinência ao tema ora discutido é o direito à privacidade das comunicações, ou seja, à inviolabilidade das correspondências e das comunicações telegráficas, bem como de dados e telefônicas, tutelado no art. 5º, inciso XII³⁹ da CRFB. De início, cabe apontar que as chamadas “captações telefônicas” podem ser divididas, sobremaneira, em três grupos, sendo eles: (i) interceptação telefônica, (ii) escuta telefônica e (iii) gravação telefônica.⁴⁰ Dessa forma, na sequência, serão brevemente abordadas as particularidades de cada espécie acima apontada, sobretudo no que se refere às singularidades que possuem pertinência à temática do trabalho.

³⁸ Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Cf. *Ibidem*.

³⁹ Art. 5º XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Cf. BRASIL, 2023.

⁴⁰ Cf. AVENA, 2023.

Como dito, o termo “interceptação telefônica”, de acordo com a doutrina de Avena⁴¹, seria *gênero* abarcando *espécies*, como, inicialmente, a chamada “interceptação telefônica *stricto sensu*”, sendo esta a que ocorre quando um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, sem que nenhum dos interlocutores tenha ciência disso.⁴² De outro lado, a denominada “escuta telefônica” se dá quando também um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, todavia, nessa hipótese, ao menos um dos interlocutores possui conhecimento disso.⁴³

Por outro lado, verifica-se a existência da “gravação ambiental”, sendo esta realizada por um dos interlocutores, sem, no entanto, o conhecimento do(s) outro(s), também denominada de “gravação clandestina”.⁴⁴ Ainda, pontua-se a existência da chamada “escuta ambiental”, que se dá quando ocorre a interceptação, realizada por terceiro, de conversa, todavia com ciência de um ou alguns dos presentes.⁴⁵

Quanto à hipótese denominada de “gravação clandestina”, cabe mencionar que, em que pese tenha já havido divergência entre os Tribunais Superiores sobre tal entendimento, atualmente, de forma unânime, tanto no STJ quanto no STF, considera-se lícita a prova obtida por meio de gravação telefônica, não havendo ofensa, portanto, ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.⁴⁶ Todavia, na hipótese em que haja íntima relação de confiança entre os interlocutores, de acordo com o entendimento exarado em 21 de junho de 2007, no bojo do julgamento do Habeas Corpus n. 57.961-SP de Relatoria do Ministro Felix Fischer no STJ⁴⁷, deve ser considerada ilícita a prova obtida por meio de gravação telefônica.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ FILHO, Vicente G. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei n. 9.296/96. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Cf. AVENA, op. cit.

⁴⁷ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA.
I - No "Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...)." (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001).
II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a

Por outro lado, também deve-se diferenciar tais hipóteses acima elencadas da simples “quebra de dados telefônicos”, que corresponde, por sua vez, a “registros existentes na companhia telefônica sobre ligações já realizadas, dados cadastrais do assinante, data da chamada, horário, número do telefone chamado [...]”⁴⁸, entre outros. Assim, a quebra de dados telefônicos pode ser autorizada sem que tenham que ser cumpridos todos os requisitos acima indicados.

Inclusive, distintamente das hipóteses acima elencadas, a tão somente quebra do sigilo de dados telefônicos não se restringe somente quando autorizada por magistrado.⁴⁹ Nesse sentido, assinala que, de acordo com o art. 58, § 3º⁵⁰, da CRFB, as Comissões Parlamentares de Inquérito estão autorizadas a ordenar eventual quebra de sigilo de dados telefônicos. Ainda, tanto o Ministério Público quanto a autoridade policial, com base legal no art. 129, inciso VI⁵¹, da Constituição Federal, podem requerer ou representar, respectivamente, ao magistrado.

Ainda, cabe mencionar que, consoante o disposto no art. 5º, XII⁵², da Constituição Federal, nota-se que tão somente as comunicações telefônicas estão sujeitas à quebra do sigilo, mediante ordem judicial. Nesse sentido, verifica-se que as demais hipóteses, como comunicações (i) por carta, (ii) telegráfica e (iii) de transmissão de dados são, teoricamente, invioláveis.

ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso. III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita. Writ concedido a fim de que a prova obtida em virtude da gravação telefônica seja excluída dos autos. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 57961 / SP (2006/0085861-4) autuado em 28/04/2006**. Brasília, DF: STJ, 2006.

⁴⁸ Cf. AVENA, op. cit., p. 467.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Niterói: Impetus, 2013.

⁵⁰ Art. 58 § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Cf. BRASIL, 2023.

⁵¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Cf. *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

Assim, tratando-se o art. 5º, XII, da CRFB, de norma constitucional de eficácia limitada⁵³, sancionou-se a Lei n.º 9.296/1996⁵⁴, que se destina a regular as condições em que o sigilo das comunicações pode ser quebrado. No ponto, observa-se que o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser quebrado, de acordo com o art. 5º, XII, CRFB, quando presentes três requisitos: “(i) ordem judicial autorizadora; (ii) finalidade de colheita de evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; e (iii) existência de lei prevendo as hipóteses em que a quebra será permitido”. Além disso, devem estar presentes: “(i) indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; (ii) não haver outro meio de se produzir a mesma prova; e (iii) o fato for punido com pena de reclusão”.⁵⁵

Dessa forma, pode-se dizer que a prova obtida por meio de interceptação telefônica, que afronta as disposições constitucionais e infraconstitucionais, pode coincidentemente ter sido obtida por meio da prática da “pesca predatória de provas” (*fishing expedition*). No entanto, neste ponto, as considerações acima realizadas são suficientes, de modo que as hipóteses específicas serão abordadas em capítulo exclusivamente dedicado a isso.

2.3 VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA

O princípio da vedação à prova ilícita, consoante dispõe o art. 5º, inciso LVI, da CRFB, dispõe o seguinte: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Por outro lado, o art. 157 do CPP, preceitua que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

No entanto, antes de adentrar no princípio da vedação à prova ilícita em si, cabem algumas considerações acerca do termo “prova”, bem como de seus desdobramentos. Nesse sentido, entende-se prova como: “os meios empregados na

⁵³ Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. p. 11.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 24 jul. 1996.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

demonstração dos fatos; [...] a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova e [...] o convencimento exteriorizado pelo julgador”⁵⁶.

Ademais, cabe registrar a diferença entre elementos, fontes, meios de busca de provas, sendo que: (i) fontes de provas são pessoas ou objetos, que podem oferecer dados cognoscitivos ao julgador de forma idônea; (ii) meios de prova são os mecanismos ou instrumentos processuais utilizados para levar ao processo os elementos colhidos diretamente das fontes de prova, por exemplo: perícia; (iii) elementos de prova são informações que ainda não restaram submetidas à avaliação judicial e; por fim, (iv) meios de busca de prova correspondem à técnica empregada na obtenção ou produção da prova, por exemplo: busca e apreensão e interceptação telefônica.⁵⁷

Assim, retomando o disposto no art. 157 do CPP, com a alteração dada pela Lei n.º 11.690/2008⁵⁸, verifica-se que a expressão “provas ilícitas” passou a abarcar como sendo estas as que forem obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.⁵⁹ Desse modo, observa-se que, em que pese haja diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas,⁶⁰ com a redação dada pelo art. 157 do CPP conclui-se que a terminologia “prova ilícita” abrange tanto a prova que viola norma constitucional como aquela que viola norma legal. Ainda, cabe observar que o direito à prova encontra óbice nos direitos e garantias fundamentais das pessoas, em todas as acepções que o termo “prova” possui”.⁶¹

De outro norte, verifica-se que o §1º do art. 157⁶² do CPP também considera ilícitas as provas por derivação. Nesse ponto, vê-se que essa hipótese foi inicialmente trazida pela Suprema Corte norte-americana, no emblemático julgamento do caso

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book. p. 191.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 jun. 2008.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

⁶⁰ A prova ilícita em sentido restrito é aquela obtida com violação de normas de direito material, geralmente ferindo direitos constitucionais fundamentais, como o direito à privacidade e à integridade física. Prova ilegítima é a prova produzida em desconformidade com as normas processuais, violando não somente o direito processual, pois não corresponde à forma que a lei processual estabeleceu para sua produção. Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

⁶¹ Cf. GIACOMOLLI, 2016, p. 198.

⁶² Art. 157 § 1º 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. Cf. BRASIL, 1941.

Silverthoune LumberCo. v. U.S. (1920), tendo sido formada a teoria do “*fruit of the poisonous tree*”.⁶³ Segundo tal teoria, “a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional”⁶⁴, significando, portanto, que uma prova, se derivada de uma ilícita, não poderia ser considerada lícita, uma vez que estaria “contaminada”.

No ponto, para elucidar a referida teoria, tem-se alguns exemplos, como a hipótese da interceptação telefônica clandestina — já mencionada anteriormente neste trabalho, “por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado”⁶⁵. No caso, verifica-se que, de fato, a testemunha poderia prestar o seu depoimento, sendo tal prova, em tese, lícita. Todavia, tendo sido obtida por meio de prova ilícita, não há como ser afastada a ilicitude do depoimento.

Ainda, verifica-se que o mesmo dispositivo (§1º do art. 157⁶⁶ do CPP), traz duas exceções à prova ilícita por derivação, quais sejam: (i) “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras” e (ii) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Dessa forma, outra incorporação da doutrina norte-americana se verifica na chamada *independent source limitation*, ou seja, na “limitação da fonte independente”. Assim, a prova derivada será considerada fonte independente da prova ilícita “quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito”⁶⁷. No ponto, vê-se que há na referida teoria a ideia de ausência de “nexo de causalidade” entre a prova originalmente ilícita e aquela nova, de modo que não se pode dizer que uma teria derivado da outra.

De outro lado, tem-se a teoria da *inevitable discovery limitation*, isto é, da “limitação da descoberta inevitável”, sendo essa a prova que seria descoberta, de forma legítima, independentemente da descoberta que decorreu.⁶⁸ É isso, inclusive, que dispõe o § 2º do art. 157⁶⁹ do CPP: “Considera-se fonte independente aquela que

⁶³ Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 126.

⁶⁵ TORQUATO, Luiz Francisco. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

⁶⁶ Cf. BRASIL, 1941.

⁶⁷ GRINOVER; SCARANCE; MAGALHÃES, 2011 apud FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96-97.

⁶⁸ Ibidem, p. 97, nota de rodapé n. 52.

⁶⁹ Cf. BRASIL, 1941.

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”. Nessa hipótese, portanto, a prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente na prova conexa.⁷⁰

Visando elucidar esta última teoria, Nucci⁷¹ elabora o seguinte exemplo: por meio de uma escuta clandestina obtém-se a informação acerca da localização de um documento passível de incriminar o investigado. Todavia, paralelamente a isso, uma testemunha, por meio de depoimento idôneo e lícito, indica à polícia o local em que se encontrava tal indício. Dessa forma, o autor repisa que, caso houvesse a apreensão do documento com base exclusivamente nos elementos colhidos na escuta clandestina (prova ilícita), tratar-se-ia de prova ilícita por derivação, cuja existência é também vedada no ordenamento jurídico brasileiro.⁷² De outro lado, verifica-se que, por meio do depoimento, tal descoberta seria inevitável, tornando, portanto, a prova obtida lícita.

Dessa forma, tendo sido, neste primeiro momento, expostos alguns dos relevantes direitos fundamentais e garantias do processo penal brasileiro, reflete-se a dicotomia existente entre tais direitos e a chamada “busca da verdade real”. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes⁷³ refere:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

No próximo capítulo, buscar-se-á conceituar a prática do *fishing expedition* (“pesca predatória de provas”), bem como demonstrar a incidência de tal conceito na jurisprudência do STJ. Ainda, dando seguimento, serão trazidas hipóteses específicas dessa prática, de modo a relacioná-la aos direitos fundamentais e garantias expostos neste capítulo.

3 O FISHING EXPEDITION (“PESCA PREDATÓRIA DE PROVAS”)

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. p. 260.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Cf. FERNANDES, 2007.

⁷³ Ibidem, p. 92.

No presente capítulo, realizam-se considerações acerca da prática do denominado *fishing expedition* (“pesca predatória de provas”), buscando explorar a origem do termo, bem como a forma como se deu sua evolução. Ainda, objetiva-se demonstrar como ocorreu a transposição dessa expressão para o ordenamento jurídico brasileiro, examinando alguns precedentes relevantes proferidos no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De início, é de se rememorar a existência de direitos e garantias relevantes no processo penal, tal qual o direito ao silêncio, previsto no art. 198⁷⁴ do CPP, bem como um de seus consectários, que é o princípio da não autoincriminação do acusado (*nemo tenetur se detegere*), previsto no artigo 5º, XIII⁷⁵, do CFRB. Ainda, no que se refere ao direito subjetivo ao silêncio e de não autoincriminação, deve ser observado que, “embora tal direito seja conferido expressamente ao preso, é estendido, segundo uniformizada orientação doutrinária e jurisprudencial, ao investigado, ao indiciado e ao acusado”⁷⁶ no momento em que realizado o interrogatório.

Quanto a esse princípio, Avena⁷⁷ afirma que o réu “não [pode] ser constrangido à produção de prova contra si”, sendo que, “além do direito a não responder às perguntas que lhe forem realizadas por ocasião do seu interrogatório, atinge qualquer outro meio probatório”. No ponto, quando há menção de “qualquer outro meio probatório”, Giacomolli⁷⁸ aponta que, havendo a “colaboração” do acusado de forma forçada ou sem a sua vontade, há ofensa ao chamado “estado de inocência”. Nesse sentido, a doutrina comentada indica a irrelevância do fato de a conduta do suspeito ser “ativa ou passiva, declaratória ou comportamental, nem o grau ou nível de invasividade, de modo a abranger um conjunto de comportamentos, condutas, circunstâncias autoincriminatórias, ou seja, tudo o que pode ser utilizado contra o

⁷⁴ Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Cf. BRASIL, 1941.

⁷⁵ Art. 5º XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Cf. BRASIL, 2023.

⁷⁶ Cf. TUCCI, 1993, p. 311.

⁷⁷ Cf. AVENA, 2023.

⁷⁸ Cf. GIACOMOLLI, 2016, p. 228.

sujeito”, não “só a exteriorização do pensamento mediante declaração”⁷⁹. No ponto, no que se refere aos comportamentos, Giacomolli⁸⁰ refere:

O nemo tenetur engloba: (a) a negativa em declarar, ou seja, de permanecer em silêncio ou responder somente ao questionamento que não resulte em autoincriminação; (b) condutas ativas, tais como o comparecimento à reconstituição de fatos, comparecimento para depor, fornecimento de documentos para exames grafotécnicos e assoprar no etilômetro; (c) comportamentos passivos que possam induzir à formação de substrato probatório incriminatório (nemo tenetur se ipsum accusare), tais como a submissão ao reconhecimento e à extração coativa de material para ser analisado (coleta de sangue, de esperma, de saliva, urina, v. g.); (d) a invasividade interna, como a introdução de agulhas para extração de sangue ou de outros líquidos do corpo, a introdução de substâncias químicas via sondas (eméticos, v. g.), a intervenção cirúrgica, com o objetivo de obtenção da prova (implante subcutâneo, v. g.); (e) a invasividade externa, por manter relação com a interna, como a extração de cabelos, pelos, unhas; (f) a impossibilidade de interpretar-se o silêncio ou o não fazer contra o sujeito, não só nos interrogatórios, nos momentos das abordagens policiais, mas sempre que a conduta possa produzir autoincriminação.

Observa-se que o STF, na temática acerca do princípio da vedação à autoincriminação do suspeito, já proferiu o entendimento, no bojo do julgamento do Habeas Corpus n. 77.135/SP⁸¹, de que o fornecimento de padrões gráficos, bem como vocais, visando a examiná-los em perícia, comporta ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Veja-se:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus n. 77.135/SP** – Órgão julgador: Primeira Turma – Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO – Julgamento: 08/09/1998 – Publicação: 06/11/1998. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22HC%2077135%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 1 ago. 2023.

atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.

Observa-se que tal direito restou previsto no “Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos”, que expressa que toda pessoa que restar imputada de ter cometido infração penal tem o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”⁸². Em sentido idêntico, o “Pacto de San José da Costa Rica” consignou a existência do “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”⁸³.

Comparativamente ao ordenamento norte-americano, observa-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, além de previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da CRFB, também se encontra na V Emenda da Constituição dos Estados Unidos⁸⁴ — notadamente conhecido como *privilege against self-incrimination* (“privilégio contra a autoincriminação”) —, que consagra:

Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital, ou outro crime infamante, a não ser por acusação formal de um grande júri, exceto nos casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo em tempos de guerra ou perigo público; e nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo delito, a ser colocada duas vezes em risco de vida ou de ser privada de seus membros; e ninguém será compelido a testemunhar contra si mesmo em qualquer caso criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem será propriedade privada tomada para uso público sem justa compensação.⁸⁵

Assim, Maria Elizabeth Queijo⁸⁶, ao se empenhar no estudo do referido princípio, destaca a sua origem ao final da Idade Média na Inglaterra, considerando-se que tal direito pode ser interpretado como sendo uma vedação à costumeira prática de *fishing expedition*. Isso porque, nas cortes eclesiásticas da época, os acusados, estando sob juramento, eram submetidos à investigação de acusações

⁸² Cf. TUCCI, 1993, p. 311.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ UNITED STATES SENATE. Fifth Amendment of the US Constitution: Rights of Persons. **Justa**, [S. l.], 2023.

⁸⁵ Traduzido do original: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

⁸⁶ Cf. QUEIJO, 2012. p. 36

desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria.⁸⁷ Tal ato chamava-se de “juramento *ex officio*” e consistia em comparecerem as partes perante essas cortes, submetendo-se a um juramento de que iriam responder quaisquer questões que lhes fossem feitas, inclusive acerca de imputações sobre as quais não possuíam conhecimento.⁸⁸

O princípio do *nemo tenetur se detegere* desenvolveu-se, pois, como uma proteção à ocorrência do *fishing expedition*, “prática por meio da qual os juízes, por meio do ato do interrogatório, investigavam aspectos e procediam a questionamentos alheios ao objeto da acusação”⁸⁹. Nesse contexto, as cortes de *commom law* tiveram significativas mudanças, sobretudo no final do século XVIII e início do XIX, admitindo-se, inclusive, a presunção da inocência, dúvida razoável e aprimoramento de regras de exclusão probatória.⁹⁰

Ainda, Ghizoni, Silva e Rosa⁹¹ fazem algumas considerações acerca do sistema de persecução penal estadunidense, reforçando algumas especificidades, bem como diferenças em comparação ao sistema brasileiro. Inicialmente, considera as distinções entre as Constituições de cada país, sendo que a estadunidense⁹², promulgada em 1787, é concisa e a brasileira, promulgada em 1988, ou seja, extremamente mais recente, é minuciosa. Nesse contexto, também expõe algumas características sobre o judiciário e o legislativo dos Estados Unidos, sobretudo no que tange à existência dos tribunais estaduais, também chamados de *State Courts*, que são os “responsáveis pela interpretação final das leis e constituições estaduais”.⁹³

Outra diferença que se reputa relevante mencionar é com relação à existência da chamada “causa provável” que, no sistema estadunidense, revela-se de suma importância, sendo essa “a probabilidade de que dada infração foi cometida e que provas dessa infração podem ser encontradas no lugar específico onde se pretende

⁸⁷ DA ROSA, Alexandre Morais. A prática de fishing expedition no processo penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 23 jul. 2023.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. **O direito ao silêncio**: suas origens, desenvolvimento e desdobramentos no direito processual penal. 2016. TCC (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

⁹⁰ GHIZONI, Viviani; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão**: um dilema oculto do Processo Penal. 2. ed. Florianópolis: Emals, 2022. p. 46.

⁹¹ Ibidem.

⁹² THE WHITE HOUSE. The Constitution. **WH**, Washington, DC, 2023.

⁹³ Cf. GHIZONI; SILVA; ROSA, op. cit., p. 47.

realizar a busca”⁹⁴. Assim, quando se mostra necessária a investigação de possível delito, a promotoria ou a polícia é a responsável por requerer mandado (de busca e apreensão), no entanto, deve fazê-lo apresentando “evidência suficiente”. Da mesma forma, o juiz só deve deferir tal pedido caso considere que exista “base factual” para tanto.⁹⁵

Além disso, buscando alcançar a origem do termo *fishing expedition*, é de suma relevância também apontar o julgamento realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos do caso *United States v. Nixon* (1974)⁹⁶, em que se indicou um “teste”, segundo o qual, para fazer um requerimento (de mandado de busca e apreensão, por exemplo), a parte solicitante deveria 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 de forma desarrazoada o julgamento, (4) que a solicitação é feita de boa-fé, que não é pretendida como uma genérica *fishing expedition*⁹⁷.

Dessa forma, restando superada a origem da expressão *fishing expedition*, cabe, neste momento, apresentar o conceito e significado do termo, o que será feito no tópico subsequente.

3.2 CONCEITO DE *FISHING EXPEDITION*

Com relação à etimologia do termo *fishing expedition*, como bem demonstrado por Ghizoni, Silva e Rosa⁹⁸, é de se observar que, em dicionários norte-americanos,⁹⁹ a expressão remete ao significado como sendo: “1) uma investigação ou exame legal para descobrir informações para um procedimento posterior e 2) uma investigação que não se limita a um objetivo declarado, mas espera descobrir evidências incriminatórias ou noticiáveis”. Ainda, consoante a exposição da autora mencionada,

⁹⁴ Ibidem, p. 48.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ UNITED STATES SUPREME COURT. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974). **Justia**, [S. I.], 2023. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁹⁷ Cf. GHIZONI; SILVA; ROSA, op cit.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Tradução livre do original: “1) an inquiry (as by the use of discovery) that is unnecessarily extensive or unrelated to the lawsuit; 2) an investigation that does not stick to a stated objective but hopes to uncover incriminating or newsworthy evidence”. Cf. *FISHING EXPEDITION*. In: MERRIAM-Webster. [S. I.], 2018.

pode também significar: “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”¹⁰⁰.

Nesse ponto, Alexandre Morais da Rosa¹⁰¹ denomina a chamada “pescaria (ou expedição) probatória” como sendo a “prática de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais”. Nessa perspectiva, o autor explica que a expressão remonta às expedições de pesca justamente porque nessas não se tem conhecimento de antemão sobre se *haverá* peixes (a serem fígados), ou então, havendo, *quais* espécies serão capturadas, todavia tem-se “convicção” de que será possível pegar algum. Ainda, verifica-se que a prática do *fishing expedition* objetiva “mascarar” a ilegalidade dos procedimentos de investigação, sendo que, na sequência, busca-se legitimar tal ocorrência. Assim, tal comportamento se dá de forma similar à de uma expedição de pesca, em que os pescadores pegam um determinado peixe e fotografam tal acontecimento.¹⁰²

Dessa forma, pode-se definir “pescaria probatória” (*fishing expedition*), como sendo 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”¹⁰³. No ponto, configura-se como sendo uma investigação que se dá de forma genérica e ampla, sem qualquer objetivo planejado, desde que, no entanto, obtenha-se êxito na busca de evidências de algum crime.¹⁰⁴ Superado o conceito de *fishing expedition*, mostra-se necessário discorrer acerca da transposição do termo ao ordenamento jurídico brasileiro, o que será feito no tópico subsequente.

¹⁰⁰ Tradução livre do original: “1) a legal proceeding mainly for the purpose of interrogating an adversary, or of examining his or her property and documents, in order to gain useful information; 2) any inquiry carried on without any clearly defined plan or purpose in the hope of discovering useful information”. Cf. FISHING EXPEDITION. *In*: DICTIONARY.com, [S. l.], 2018.

¹⁰¹ Cf. DA ROSA, 2021.

¹⁰² Cf. GHIZONI; SILVA; ROSA, 2022.

¹⁰³ MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**, São Paulo, 2017.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

3.3 TRANSPOSIÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Preliminarmente, deve-se fazer observar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão expressa acerca da vedação à prática do *fishing expedition*, sobretudo por se tratar de terminologia cuja origem possui raízes estrangeiras. No entanto, em que pese a ausência de vedação expressa, há de se notar que a Constituição brasileira possui diversas previsões que, de certo modo, acabam por relacionar-se à proibição da “pesca predatória de provas”. Para além do âmbito das normas e princípios constitucionais, é de se observar que a Lei n. 13.869/2019¹⁰⁵, que dispõe sobre o abuso de autoridade, ainda que também não utilize a expressão *fishing expedition*, possui igualmente pertinência à temática ora abordada.

No ponto, como destacado no primeiro capítulo deste trabalho, tem-se a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondências e comunicações, bem como a vedação das provas ilícitas no processo penal, respectivamente previstos no artigo 5º, XI, XII e LVI da CRFB¹⁰⁶. Ademais, não se pode ignorar outras previsões que se revelam incompatíveis à temática aqui abordada, sendo elas: a dignidade da pessoa humana; os Direitos Humanos; a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante; a presunção da inocência e o direito ao silêncio¹⁰⁷, também previstas na CFRB, respectivamente, no artigo 1º, inciso III; artigo 4º, inciso II; artigo 5º, incisos III, LVII e LXIII da CRFB¹⁰⁸.

Com relação à Lei n. 13.869/2019, cabem algumas considerações, sobretudo no que tange à existência de dispositivos que visam a balizar a atuação estatal em conformidade às normativas legais e constitucionais, como os arts. 22, 25 e 27 da referida lei. De início, vê-se que o art. 22 do mencionado diploma legal dispõe que constitui crime de abuso de autoridade qualquer atentado à inviolabilidade do domicílio.¹⁰⁹ Portanto, verifica-se que o artigo em comento está diretamente ligado ao

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 set. 2019.

¹⁰⁶ Cf. BRASIL, 2023.

¹⁰⁷ Cf. GHIZONI; SILVA; ROSA, 2022, p. 54.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Cf. BRASIL, 2019.

princípio da inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI¹¹⁰, CRFB), bem como está conectado à prática do *fishing expedition*.

Além disso, o §1º do art. 22 da Lei de Abuso de Autoridade, impõe a mesma pena nas hipóteses de (i) coação a alguém, mediante violência ou grave ameaça, no intuito de franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências e (ii) cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h, ou antes das 5h. Dessa maneira, vê-se que o dispositivo legal supramencionado possui clara pertinência à temática ora trabalhada, uma vez que trata da inviolabilidade domiciliar, sendo essa uma das “mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade civilizada, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade”¹¹¹.

De outro lado, o art. 25 da Lei n. 13.869/2019 dispõe constituir crime de abuso de autoridade “proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito”¹¹². Nesse sentido, vê-se que o referido dispositivo, em certa medida, também visa a tutelar os direitos e garantias fundamentais, não admitindo, portanto, que se propague a prática da “pesca predatória de provas” no processo penal brasileiro. No ponto, o dispositivo ora discutido pode abarcar inúmeras ações ou omissões estatais, compreendendo todas as condutas de revelação ilícita de elementos de prova realizadas no curso de investigação, ou de procedimento de fiscalização que ofendam os direitos fundamentais.¹¹³ Ainda, o parágrafo único do referido dispositivo também incrimina como abuso de autoridade quem “faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude”¹¹⁴.

Nesse aspecto, observa-se que o art. 25 e seu parágrafo único objetivam coibir a obtenção de provas por meios ilícitos, sendo possível, dessa forma, observar alguns exemplos, como: (i) a confissão obtida mediante tortura, uma vez que viola a intimidade; (ii) a busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, haja vista a ofensa à inviolabilidade do domicílio; (iii) a interceptação clandestina das comunicações telefônicas, tendo em vista a violação da privacidade das

¹¹⁰ BRASIL, 2023.

¹¹¹ Cf. MORAES, 2009. p. 55.

¹¹² Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Cf. BRASIL, 2019.

¹¹³ BECHARA, Fábio; FLORÊNCIO; Marco Aurélio. **Abuso de Autoridade-Reflexões sobre a Lei 13.869/2019**. Lisboa: Grupo Almedina, 2020. p. 268.

¹¹⁴ Cf. BRASIL, op. cit.

comunicações.¹¹⁵ Ainda em atenção ao parágrafo único, nota-se que o legislador procurou não somente punir aquele que procede na obtenção da prova ilícita em si, mas também aquele que faz uso de prova cuja origem se sabe previamente ser ilícita.

Nesse contexto, o uso da prova manifestamente ilícita pode ocorrer em diferentes cenários, como por exemplo: (i) a autoridade policial faz uso de prova ilícita objetivando a representação por medidas cautelares; (ii) o representante do Ministério Público, pretendendo dar justa causa ao oferecimento de ação penal; (iii) a autoridade judiciária, tencionando fundamentar uma decisão interlocutória no curso de investigação.¹¹⁶ Todavia, da redação dada ao referido dispositivo, sobretudo no que se refere ao momento de obtenção e/ou uso da prova manifestamente ilícita, nota-se que não restou abrangida a fase processual, “estabelecendo, assim, um vácuo na tutela penal dos direitos fundamentais”¹¹⁷.

Ainda, vale mencionar o art. 27 da Lei n. 13/869/2019 que, em que pese seja alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 6234)¹¹⁸, dispõe se tratar de crime de abuso de autoridade requisitar instauração, bem como instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, na ausência de indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. Nesse sentido, observa-se que o referido tipo penal objetiva tutelar a honra, a imagem e a dignidade do investigado, de modo a evitar que alguém seja alvo de uma investigação criminal, funcional e/ou administrativa na ausência de indícios para tal.¹¹⁹

Cabe apontar que a conduta descrita no art. 27 da Lei de Abuso de Autoridade se distingue do tipo penal do art. 339 do CP¹²⁰, que dispõe ser crime “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. Isso porque o dispositivo previsto no Código Penal objetiva criminalizar a conduta de quem dá causa, de qualquer forma, à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa,

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Cf. BECHARA; FLORÊNCIO; 2020, p. 278

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6238**. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>. Acesso em: 23 jul. 2023.

¹¹⁹ Cf. BECHARA; FLORÊNCIO, op. cit., p. 285.

¹²⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

inquérito civil ou ação de improbidade contra alguém a fim de prejudicá-lo, imputando-lhe a prática de crime que sabe ser inocente.¹²¹

Assim, vê-se que, para caracterizar o delito previsto no art. 27 da Lei n. 13.869/2019, não se pode ter qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa, havendo, assim, meras suspeitas infundadas. De outro lado, na hipótese em que se tem certeza acerca da inocência de alguém e, não obstante, inicia-se investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, tal conduta se amolda perfeitamente ao crime do art. 338 do Código Penal¹²².

De outro lado, retomando à temática da transposição da terminologia *fishing expedition*, não obstante a ausência de previsão expressa quanto ao mencionado termo no ordenamento jurídico brasileiro, como visto acima, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, até o momento, não são tão vastas quanto poderiam eventualmente ser no tratamento da temática. A prova disso é a existência de somente um livro na bibliografia nacional consultada que tratasse especificamente sobre a temática do *fishing expedition*, sendo a obra em comento *Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do Processo Penal* escrita pelos autores Viviani da Silva Ghizoni, Philippe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa.

No aspecto jurisprudencial, sobretudo no que se refere ao âmbito dos Tribunais Superiores, há de ser reconhecido que, com base nas buscas realizadas nos *sites* do Supremo Tribunal Superior e do Superior Tribunal de Justiça utilizando-se o termo *fishing expedition*, há um crescente número de decisões que tratam — ainda que de forma superficial —, da temática ora discutida. Ainda, a despeito da existência de decisões judiciais cujo teor engloba a expressão *fishing expedition*, “em diversas vezes que o termo aparece simplesmente decorre da reprodução, no relatório, dos argumentos das partes, sem que haja real enfrentamento do tema”, como bem observado por Ghizoni, Silva e Rosa¹²³. Dessa forma, no próximo capítulo deste trabalho serão exploradas algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em que há, de fato, o enfrentamento da temática, buscando demonstrar a forma com que a jurisprudência do referido Tribunal vem tratando esse tema.

¹²¹ Cf. BECHARA; FLORÊNCIO, op. cit., p. 300.

¹²² Cf. BRASIL, op. cit.

¹²³ Cf. GHIZONI; SILVA; ROSA, 2022. p. 63.

4 PRECEDENTES RELEVANTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É importante mencionar as razões pelas quais realizou-se tal recorte institucional, buscando justificar a escolha do STJ para a realização da análise de algumas decisões por ele proferidas. Nesse ponto, é de se observar que, tendo sido realizada pesquisa nos *sites* do STF, bem como no *site* do STJ, obteve-se sessenta e seis resultados e novecentos e noventa e dois resultados,¹²⁴ respectivamente, incluindo-se nesse cômputo acórdãos e decisões monocráticas. Dessa forma, tendo em vista a pertinência temática ora debatida, bem como a relevância decisória, que se revelam por meio da quantidade proeminente de resultados obtidos no portal do Superior Tribunal de Justiça, resta justificada a escolha.

No próximo momento, tendo em vista a impossibilidade de exposição de todas as decisões já proferidas que versassem sobre o termo *fishing expedition*, colacionar-se-ão algumas decisões cujo enfrentamento do tema se deu de forma mais profunda, não restringindo-se somente à menção da expressão ora discutida, ou então ao mero afastamento da tese apontada pela defesa. Desse modo, será possível constatar, por meio de amostragem, a forma com que a jurisprudência brasileira, mais especificamente o Superior Tribunal de Justiça, vem abordando a “pesca predatória de provas”, sobretudo no que se refere aos direitos e garantias fundamentais anteriormente expostos.

4.1 BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

Objetivou-se, nesta parte final do trabalho, explorar algumas hipóteses em que se verifica, na prática, o *fishing expedition*, de modo que torne possível a correspondência entre a ocorrência da “pesca predatória de provas” e a ofensa aos direitos e garantias fundamentais sobre os quais foi discorrido no capítulo inicial. De início, tem-se o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, insculpido no art. 5º, XI, da CRFB, em face da busca e apreensão domiciliar, seja no momento em que determinada ou quando cumprida, incorrendo na prática do *fishing expedition*.

No que se refere à busca e apreensão domiciliar, é de se notar que o presente trabalho já se debruçou sobre a temática, sendo que, neste momento, será possível

¹²⁴ Consultas realizadas no mês de julho de 2023.

fazer a correlação desse instituto jurídico com a corriqueira prática do *fishing expedition*. Nesse sentido, traz-se como exemplo: a busca e apreensão genérica, ou seja, a hipótese em que, segundo Aury Lopes Júnior¹²⁵, autorizam-se diligências em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual “vila”.

Observa-se ilegalidade na obtenção da prova por meio da expedição de mandados de busca e apreensão domiciliar genéricos ou que não respeitam os pressupostos estabelecidos no art. 243 do Código de Processo Penal¹²⁶. Por outro lado, em que pese licitamente deferidos, pode-se verificar ilegalidade quando do seu cumprimento, na hipótese em que “os agentes ultrapassam dos limites previamente estabelecidos (desvio de finalidade) para aquele ato ou continuam a diligência mesmo após obtido o objeto do mandado, em uma tentativa oportunista de ‘aproveitamento de diligências’”¹²⁷.

Como preceitua Aury Lopes Jr.¹²⁸, “o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”. Ou seja, é o mecanismo necessário que objetiva reconstruir processualmente um fato já ocorrido,¹²⁹ de modo que, ao praticar o *fishing expedition*, há o risco de se procurar de forma aleatória e futura por crimes. Nesse aspecto, tem-se que a base da estrutura normativa do estado de direito é o devido processo legal,¹³⁰ devendo a atuação estatal se dar dentro das margens instituídas no âmbito da legalidade impositiva.¹³¹

Nesse sentido, visando a observar o tratamento conferido pelo STJ, a primeira decisão que será analisada é a referente ao RHC de n. 165.982/PR¹³², cujo acórdão foi proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, tendo sido julgado em 20/09/2022. No recurso discutido, busca

¹²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹²⁶ Art. 243. O mandado de busca deverá: I - 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 sofrer-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. Cf. BRASIL, 1941.

¹²⁷ Cf. MELO E SILVA, 2017.

¹²⁸ Cf. LOPES JR., 2016.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal. Cf. NUCCI, 2023, p. 34.

¹³¹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 165.982 / PR (2022/0173407-2) autuado em 06/06/2022**. Brasília, DF: STJ, 2022.

a defesa que seja declarada a nulidade de toda a ação penal deflagrada em face do réu, haja vista ter sido lastreada em provas ilícitas, em virtude da violação ao domicílio do acusado. No caso dos autos, depreende-se que houve supostamente o ingresso no domicílio do réu por parte das autoridades policiais, em razão de esses terem avistado o acusado “com um volume na cintura que aparentava ser uma arma de fogo”, sendo que, por isso, o teriam abordado.

Em que pese tenha ocorrido tal abordagem, o acusado empreendeu fuga, tendo sido, contudo, perseguido e capturado pelas autoridades policiais. Na oportunidade, restou constatado que, de fato, o réu portava uma arma de fogo municiada na cintura, justamente o motivo pelo qual iniciou-se tal “empreitada”. No entanto, verifica-se que, no caso, os policiais, ainda que já tivessem obtido êxito em seu objetivo, qual seja, apreender a arma de fogo, “soltaram cães farejadores na residência do recorrente e passaram a fazer uma varredura minuciosa à procura de drogas”, tendo encontrado certa quantidade de cocaína, uma balança de precisão, R\$ 7.000,00 em espécie e uma caderneta de anotações referentes ao tráfico, incorrendo, assim, em nítido desvio de finalidade.

Na decisão, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz entendeu que os policiais tinham “fundadas razões” para o ingresso na residência do réu, acreditando estar configurada a situação de flagrante delito — hipótese em que se autorizaria o acesso ao domicílio com base nas exceções apontadas pelo art. 5º, XI, da CRFB —, no intuito de apreender a arma. Todavia, conforme assentado pelo julgador, não há como concordar que, tendo sido concluído o propósito que autorizou de forma excepcional o ingresso no domicílio do réu, “estivessem os militares autorizados a fazer uma varredura na residência do acusado, com o auxílio de cães farejadores, à procura de drogas, porquanto já havia sido cumprida a finalidade da diligência invasiva”. Veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESISTÊNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. NULIDADE PARCIAL DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. [...] 3. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao

estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência". [...] 5. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 6. No caso dos autos, o ingresso no domicílio do acusado foi justificado com base na alegação dos policiais de que, em patrulhamento de rotina, avistaram o réu com um volume na cintura que aparentava ser uma arma de fogo, razão pela qual decidiram abordá-lo, mas ele demonstrou nervosismo e se evadiu da guarnição para o interior da residência. [...] 8. Na espécie, fica evidente o desvio quanto à finalidade que ensejou o ingresso no domicílio do réu, porquanto a justa causa se relacionava exclusivamente ao porte de uma arma de fogo, a qual já havia sido apreendida - junto com o carregador e as munições - tão logo o recorrente foi capturado e revistado. [...] 9. Recurso parcialmente provido para o fim de reconhecer a ilicitude das provas colhidas no interior da residência do acusado, ressalvada, apenas, a apreensão da arma de fogo, do carregador e das munições, os quais foram localizados junto ao corpo do recorrente em revista pessoal dentro do domicílio. (Superior Tribunal de Justiça, RHC 165982 / PR, 6ª Turma, Ministro Relator ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de julgamento 20/09/2022).

O Ministro concluiu, portanto, que “a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition)”. Dessa forma, o recurso foi provido parcialmente, tendo sido reconhecida a ilicitude das provas colhidas no interior da residência do acusado, no entanto, restou ressalvada apenas a apreensão da arma de fogo, do carregador e das munições — tendo em vista as fundadas razões para tanto.

Além disso, outra decisão que se reputa relevante mencionar é a referente ao RHC de n. 153.988/SP¹³³, cujo acórdão foi proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, tendo sido julgado em 11/04/2023. No caso em apreço, a defesa aduz que a busca e apreensão de bens — realizada durante o cumprimento de mandado de prisão preventiva do acusado — constitui prova ilícita, porquanto o réu não estava em flagrante delito, de modo que tal determinação não autorizaria a diligência “informal e genérica de busca e apreensão”.

Nesse sentido, insta observar que, consoante o exposto no Acórdão consultado, na oportunidade em que restou cumprido o mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do réu, as autoridades policiais também apreenderam diversos

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 153.988 / SP (2021/0296876-6) autuado em 13/09/2021. Brasília, DF: STJ, 2021.

objetos, como celulares, computadores, automóveis, etc. Todavia, realizaram tal apreensão sem que houvesse a devida determinação e expedição de mandado de busca e apreensão, razão pela qual a defesa requereu, com razão, o reconhecimento da ilicitude de todas as provas obtidas por meio de tal diligência.

Na referida decisão, nota-se que o Relator menciona que, ainda na hipótese em que tenha sido devidamente expedido mandado de busca e apreensão — situação em que se permite excepcionalmente uma restrição do direito fundamental à intimidade —, “com muito mais razão isso deve ser respeitado quando o ingresso em domicílio ocorre sem prévio respaldo da autoridade judicial”, como no caso dos autos. Além disso, mostra-se importante observar que o julgador não somente menciona a ocorrência do *fishing expedition* no caso, como também se dedica fortemente à elucidação da temática, citando, inclusive, trecho de obra de Alexandre Morais da Rosa¹³⁴ que aborda a temática. Veja-se:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. [...] Quando o cumprimento do mandado de prisão ocorrer no domicílio do investigado, é permitido apenas o seu recolhimento e o dos bens que estejam na sua posse direta, como resultado de uma busca pessoal (art. 240 do CPP), mas não de todos os objetos guarnecidos no imóvel que possam, aparentemente, ter ligação com alguma prática criminosa. [...] Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência. [...] Uma vez que não houve prévia autorização judicial para a realização de busca e apreensão na residência do recorrente, deve ser reconhecida a ilicitude das provas por tal meio obtidas e, por conseguinte, de todos os atos delas decorrentes (art. 157 do CPP). [...] Recurso em habeas corpus provido, a fim de reconhecer a nulidade da busca e apreensão de todos os bens efetuada em setembro de 2019 durante o cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor do ora recorrente e, por conseguinte, declarar a ilegalidade da apreensão e revogar a constrição desses bens. [...] . (Superior Tribunal de Justiça, RHC 153988 / SP, 6ª Turma, Ministro Relator ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de julgamento 11/04/2023).

Nesse sentido, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz concluiu o seu voto, proferindo o entendimento de que se exige autorização judicial prévia, mediante a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão, para colher-se “elementos

¹³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Estratégico**: de acordo com a Teoria dos Jogos. Santa Catarina: Emais, 2021.

de convicção ou de possíveis instrumentos utilizados na prática de crime”. Assim, reconheceu a ilegalidade das provas obtidas por meio da busca e apreensão dos bens, que foram apreendidos sem observar os ditames legais.

Ainda, outra decisão que se mostra relevante mencionar é a referente ao Habeas Corpus n. 762932/SP¹³⁵, cujo acórdão foi proferido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, também sob a relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, tendo sido julgado em 22/11/2022. No caso ora em debate, está-se diante da hipótese em que houve, supostamente, uma “denúncia anônima” de que o acusado estaria portando uma arma de fogo em via pública, sendo que, diante dessa informação, as autoridades policiais teriam ingressado no domicílio do réu, sem que houvesse, no entanto, justa causa ou consentimento do morador, justificando tal ato em razão da situação de flagrância.

No ponto, vê-se que a discussão se dá quanto à licitude ou não do ingresso dos policiais na residência do acusado, sendo que o Ministro Relator, no seu entender, proferiu seu voto no sentido de que houve ilicitude. Nesse aspecto, respaldou seu entendimento afastando os argumentos dos policiais de que o réu teria, espontaneamente, liberado o acesso à sua casa, porquanto bastante inverossímil no seu ponto de vista.

Observa-se que o julgador se manifestou no sentido de que, em que pese seja legítimo que os órgãos de persecução penal se dediquem “em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República”. Veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COAÇÃO AMBIENTAL/CIRCUNSTANCIAL. VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. [...] A diligência policial, no caso dos autos, a rigor, configurou verdadeira pescaria probatória (fishing expedition) no domicílio do acusado. Com efeito, uma vez que a arma de fogo mencionada na denúncia anônima já havia sido apreendida com o paciente em via pública (distante da residência, frise-se) e não existia nenhum indício concreto, nem sequer informação apócrifa, quanto à presença de drogas no interior do imóvel, não havia razão legítima para que os agentes de segurança se dirigissem até o

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 762932 / SP (2022/0248543-0) autuado em 12/08/2022. Brasília, DF: STJ, 2022.

local e realizassem varredura meramente especulativa à procura de entorpecentes com cães farejadores. Cabia-lhes, apenas, diante do encontro da arma de fogo em via pública, conduzir o réu à delegacia para a lavratura do auto de prisão em flagrante. [...] Ordem concedida para, considerando que não houve fundadas razões, tampouco comprovação de consentimento válido para a realização de buscas por drogas no domicílio do paciente, reconhecer a ilicitude das provas por esse meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo em relação à prática do delito de tráfico de drogas. (Superior Tribunal de Justiça, HC 762932/SP, 6ª Turma, Ministro Relator ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de julgamento 22/11/2022).

Nesse sentido, o Ministro concluiu seu voto considerando ilícito o ingresso na moradia do réu, em razão da violação à norma constitucional que garante a inviolabilidade domiciliar. Assim, tornou todas as provas obtidas nessa diligência ilícitas, portanto, imprestáveis, bem como todas aquelas que decorressem dessa, em razão do art. 157, § 1º, CPP.

4.2 PRIVACIDADE DAS COMUNICAÇÕES

Na sequência, colocar-se-á em oposição, de um lado, o direito fundamental previsto no artigo 5º, XII, da CRFB, consubstanciado na inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, de outro lado, a prática de obtenção de provas ilícitas por meio do *fishing expedition*.

Para tanto, verifica-se inicialmente a decisão referente ao Recurso de Agravo Regimental no Habeas Corpus de n. 746463/RS¹³⁶, cujo acórdão foi proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Messod Azulay Neto, tendo sido julgado em 06/03/2023. No caso dos autos, a defesa alega que, em que pese tenha havido determinação judicial para a extração de dados telefônicos, essa ocorreu de forma genérica, pois não especificou quais dados poderiam ser extraídos, dando “liberdade” de acesso a todo e qualquer aplicativo e/ou troca de mensagens do réu. Nesse sentido, aduz ter ocorrido a denominada *fishing expedition*, visto que se autorizou uma “verdadeira especulação indiscriminada, sem objeto certo, declarando uma busca de forma genérica e ampla, na esperança de pescar qualquer prova para subsidiar uma futura acusação”.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 746463 / RS (2022/0166982-7) autuado em 01/06/2022. Brasília, DF: STJ, 2022.

Opostamente às decisões acima colacionadas, o julgamento do recurso em questão reiterou a ausência de ilicitude nas provas obtidas por meio da quebra dos sigilos dos dados telemáticos nos aparelhos celulares apreendidos. Isso porque houve tanto requerimento por parte das autoridades policiais quanto prévia autorização judicial para o acesso, não havendo que se falar, portanto, em “pescaria probatória”.
Veja-se:

RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TESE DE NULIDADE. SUPOSTA DEVASSA EM APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS ESTÁTICOS PREVIAMENTE DELIMITADA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MEDIDA REQUERIDA POR AUTORIDADE POLICIAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM INVESTIGAÇÃO ANTERIOR. SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRÁTICA DE FISHING EXPEDITION NÃO CONSTATADA. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] II - No caso concreto, como já decidido anteriormente, não se verificou qualquer ilegalidade nas provas obtidas mediante a quebra dos sigilos dos dados telemáticos nos aparelhos celulares apreendidos, tendo em vista que houve prévia autorização judicial, após requerimento da autoridade policial, para o acesso. [...] V - Assim, não há falar em investigação lastreada exclusivamente em denúncia anônima ou mesmo em alguma outra forma de investigação especulativa (fishing expedition). Assente nesta Corte Superior que "Não existiu devassa arbitrária e indiscriminada de intimidade, uma vez que a quebra de sigilo telefônico estava previamente autorizada" (AgRg no REsp n. 1.622.320/MA, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 21/2/2022). [...] VII - No mais, os argumentos atraem a Súmula n. 182 desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 746463/RS, 5ª Turma, Ministro Relator MESSOD AZULAY NETO, Data de julgamento 06/03/2023).

Desse modo, o Ministro Relator Messod Azulay Neto, negou provimento ao agravo regimental interposto pelo paciente, afastando qualquer hipótese de ilicitude nas provas obtidas por meio da quebra dos sigilos dos dados telemáticos nos celulares apreendidos. No caso, vê-se que o julgador analisou exaustivamente os argumentos trazidos pela defesa, no entanto, com base em entendimento já sedimentado da Corte, entendeu que a quebra do sigilo telefônico já estava previamente autorizada.

De outro lado, a segunda decisão a ser analisada é a referente ao AgRg no RMS de n. 62562/MT¹³⁷, cujo acórdão foi proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, tendo sido julgado em 07/12/2021. No recurso ora debatido, por sua vez, a defesa busca a concessão de ordem de segurança com o objetivo de destruir material apreendido em sede de investigações. No caso, de maneira sucinta, depreende-se da leitura do acórdão que

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 62.562 / MT (2019/0374119-3) atuado em 13/12/2019**. Brasília, DF: STJ, 2019.

a investigação que ensejou a busca e apreensão na pessoa jurídica agravante não lhe dizia respeito. Todavia, de acordo com o exposto nos autos, em razão de suposta omissão por parte desta, ela passou à condição de “investigada”.

Nesse sentido, discute-se a determinação de busca e apreensão de dados sem que, no entanto, houvesse qualquer indício de participação da agravante nos delitos de fraude e peculato, visto que esta tão somente “fornece serviços de soluções eletrônicas integradas para a autogestão de benefícios (alimentação e refeição) e de frotas (abastecimento e manutenção), entre outros”. Além disso, resta indicado na decisão que deferiu a medida a possibilidade de obtenção dos referidos documentos em outro local — para além do armazenamento realizado pela recorrente.

Em que pese a decisão que deferiu a medida de busca e apreensão tenha delimitado o seu objeto, as informações constantes nos autos indicam que “foram copiadas informações da recorrente que desbordam, em muito, do objeto do inquérito policial”, tendo em vista que restaram apreendidos todos os dados de toda a sua caixa de *e-mail*, o que nitidamente ofende o direito à privacidade das comunicações. Veja-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. FRAUDE NO ABASTECIMENTO DE VEÍCULOS. PECULATO CONTRA A PREFEITURA DE POCONÉ/MT. BUSCA E APREENSÃO NA SEDE DA AGRAVANTE. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE PRESTA SERVIÇOS DE SOLUÇÕES ELETRÔNICAS INTEGRADAS PARA AUTOGESTÃO DE FROTAS. 2. PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO QUE DEFERE A MEDIDA. INDÍCIO DE PARTICIPAÇÃO DA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. 3. APREENSÃO QUE REVELA VERDADEIRO FISHING EXPÉDITION. MANIFESTA ILEGALIDADE. 4. INFORMAÇÕES CONSTANTES DA PREFEITURA DE POCONÉ. RECURSOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE SIGILO. MS 33.340/STF. POSSIBILIDADE DE ACESSO SEM OFENSA A DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA AGRAVANTE. 5. PEDIDO DE INFORMAÇÕES À RECORRENTE. INFORMAÇÕES NÃO PRESTADAS A CONTENTO. SITUAÇÃO QUE A TRANSFORMOU EM INVESTIGADA. ILEGALIDADE. 6. LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO. CÓPIAS QUE DESBORDAM, EM MUITO, DO OBJETO DO IP. DESPROPORCIONALIDADE. 7. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXISTÊNCIA MANIFESTA. CABIMENTO EXCEPCIONAL DO MANDAMUS. 8. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. [...] 3. Os indícios de autoria antecedem as medidas invasivas, não se admitindo em um Estado Democrático de Direito que primeiro sejam violadas as garantias constitucionais para só então, em um segundo momento, e eventualmente, se justificar a medida anterior, sob pena de se legitimar verdadeira fishing expedition, conhecida como pescaria probatória, ou seja, "a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém". br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-

pena l>. Acesso em 1º/12/2021. [...] 6. Embora a decisão de busca e apreensão tenha, efetivamente, delimitado o objeto da medida, foram copiadas informações da recorrente que desbordam, em muito, do objeto do inquérito policial, uma vez que foi copiado integralmente seu banco de dados, com informações de todos seus clientes e operações nos últimos 15 (quinze) anos, medida que se revela manifestamente desproporcional. [...] 8. Agravo regimental a que se dá provimento e, por conseguinte, ao recurso em mandado de segurança, concedendo a segurança para que seja destruído todo o material apreendido. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RMS 62562 / MT 5ª Turma, Ministro Relator ESUÍNO RISSATO, Data de julgamento 07/12/2021).

Sendo assim, nas questões que são pertinentes à temática abordada no trabalho, nota-se que o Ministro Jesuíno Rissato, indicou a relevância da proteção aos direitos e garantias fundamentais, no caso, o disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal¹³⁸, de modo a evitar a “pesca predatória de provas” (*fishing expedition*). Nesse sentido, reforçou que não se pode, em um primeiro momento, violar tais garantias e, na sequência, justificar tal medida, reconhecendo, pois, a ocorrência da repudiada pesca predatória de provas.

Em outro sentido se verifica a decisão referente ao AgRg no HC n. 690.590 - SP¹³⁹, cujo Acórdão foi proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, tendo sido julgado em 15/02/2022. No recurso ora debatido, por sua vez, a defesa requer o reconhecimento da ilicitude da interceptação telefônica realizada nos autos, tendo em vista o fato de que a referida medida teria se dado de forma ilegal, uma vez que, quando determinada, não havia indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão.

No ponto, discute-se no julgado a hipótese de “interceptação por prospecção”, que seria aquela interceptação que se dá antes do delito, isto é, “antes da verificação de indícios mínimos de autoria e materialidade e sem a verificação de existência de outros meios de prova menos gravosos”¹⁴⁰. É de se notar que tal modalidade de

¹³⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Cf. BRASIL, 2023.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 768624 – SP (2022/0279376-8)**. Brasília, DF: STJ, 2022.

¹⁴⁰ Cf. AVENA, 2023.

interceptação acaba por ofender norma constitucional (artigo 5º, inciso XII, CRFB¹⁴¹), bem como a própria Lei n. 9.296/1996 (artigo 2º, incisos I e II¹⁴²).

Todavia, o Ministro Ribeiro Dantas, no caso, entendeu inexistir quaisquer ilegalidades na realização da interceptação telefônica, tendo em vista que “pode se extrair dos autos e do teor das decisões de autorização e de prorrogação das interceptações telefônicas, sendo que houve o estrito cumprimento das determinações contidas na Lei n.º 9.296/1996”. Reforçou, dessa forma, que houve, em um primeiro momento, o deferimento de interceptação telefônica em decisão devidamente fundamentada, respeitando-se, inclusive, os demais requisitos que a Lei n. 9296/1996 exige. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. LICITUDE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 1. Ausência de qualquer ilegalidade a ser reconhecida na hipótese, mas, ao contrário, o estrito cumprimento das determinações contidas na Lei n. 9.296/1996. 2. Na espécie, o Ministério Público de São Paulo, por meio do GAECO - Núcleo Piracicaba-SP - órgão responsável pelas apurações, demonstrou a necessidade da realização das interceptações telefônicas, o que foi acolhido pela autoridade judiciária que as deferiu de maneira devidamente fundamentada, considerando a existência de fortes indícios de autoria e participação em infração penal punível com pena de reclusão, e a imprescindibilidade da medida, após esgotamento das demais diligências, em estrito cumprimento ao disposto nos arts. 1º a 4º da Lei n. 9.296/1996. As prorrogações também obedeceram ao disposto no art. 5º da mesma lei, não havendo se falar em nulidade de prova. [...] 4. Tampouco se observou, na hipótese, a prática denominada *fishing expedition*, pois a medida, em nenhum momento, conforme já demonstrado, se apresentou especulativa, sem lastro mínimo ou com objeto indefinido. 5. Agravo regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 690590 / SP, 5ª Turma, Ministro Relator RIBEIRO DANTAS, Data de julgamento 15/02/2022).

Nota-se, portanto, que, no caso do julgado ora analisado, não restou identificada a prática de *fishing expedition*, porquanto inexistentes, na ótica do julgador, ilegalidades na realização da interceptação telefônica.

¹⁴¹ Cf. BRASIL, 2023.

¹⁴² Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis. Cf. BRASIL, 1996.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, buscou-se demonstrar a relevância dos direitos e garantias fundamentais concernentes à inviolabilidade do domicílio, da privacidade das comunicações e da inadmissibilidade da produção da prova ilícita. Em contraposição à existência de tais garantias, procurou-se elucidar a temática do *fishing expedition* (“pesca predatória de provas”), apontando a sua evolução histórica, conceituação e a transposição do conceito ao ordenamento jurídico brasileiro.

Distintamente do direito norte-americano, que prevê expressamente a vedação à prática do *fishing expedition*, no direito brasileiro não há qualquer regra positivada que demonstre, inequivocamente, a proibição de tal ocorrência. Todavia, durante o trabalho, fez-se recordar as outras diversas garantias constitucionais que corroboram para a conclusão de que a “pesca predatória de provas”, logicamente, também não pode ser aceita no Brasil, como por exemplo: a dignidade da pessoa humana; os Direitos Humanos; a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante; a presunção da inocência e o direito ao silêncio, também previstos na CFRB, respectivamente, no artigo 1º, inciso III; artigo 4º, inciso II; artigo 5º, incisos III, LVII e LXIII da CRFB.¹⁴³

Além disso, fez-se observar a Lei n. 13.869/2019, que dispõe sobre o abuso de autoridade, fazendo-se notar alguns dispositivos que, novamente, em que pese não remetam de forma expressa à terminologia *fishing expedition*, possuem relevância no contexto trabalhado. No ponto, rememora-se a existência dos arts. 22, 25 e 27 da Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que versam sobre a impossibilidade de violação do domicílio, sobre a inviabilidade da obtenção de provas por meio manifestamente ilícitos e sobre a vedação de instauração de procedimento investigatório sem indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa, respectivamente.

Nesse aspecto, em atenção à evolução histórica do *fishing expedition*, vê-se tal prática com bastante receio, tendo em vista a nocividade que essa forma de produção de prova ilícita pode ter na persecução penal, sobretudo porque na maioria das vezes sucede-se dissimuladamente, objetivando-se, então, legitimar tais atos. Assim, resta incontestável que a “pesca predatória de provas” lesiona gravemente as garantias fundamentais, sendo facilmente identificada em diligências habituais das autoridades

¹⁴³ Cf. GHIZONI; SILVA; ROSA, 2022.

policiais e/ou judiciárias. No ponto, recorda-se que se verifica essa hipótese nos casos em que há mandado de busca e apreensão genéricos e/ou coletivos; nos casos em que há “denúncia anônima”; nos casos em que se extrapolam os limites concedidos quando da autorização do mandado de busca e apreensão; entre outras situações.

Justamente para buscar observar o tratamento conferido pela jurisprudência brasileira, com enfoque no Superior Tribunal de Justiça, buscou-se fazer um levantamento qualitativo das decisões que efetivamente enfrentaram a temática do *fishing expedition*, descartando-se, então, aquelas que tão somente mencionavam a expressão. Com isso, foi possível concluir que há, sem dúvidas, um crescente número de decisões que versam sobre o tema, no entanto, tendo em vista a habitualidade com que essa prática se dá no cotidiano brasileiro, o enfrentamento mostra-se demasiadamente tênue.

Contudo, em que pese a relativa quantidade ínfima de decisões que enfrentassem a temática, percebeu-se que, com relação aos direitos e garantias fundamentais trabalhados no segundo capítulo deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou tutelá-los, principalmente quando as ilegalidades ocorridas eram excessivamente evidentes. Do contrário, notou-se que, em algumas decisões, a despeito das alegações defensivas apontando ilicitudes ocorridas, a jurisprudência brasileira tornou tais situações legítimas, afastando, assim, a hipótese de “pesca predatória de provas”.

Essa conclusão se dá, justamente, em observância aos julgados colacionados no presente trabalho, uma vez que, tendo sido comentados seis Acórdãos, nota-se que tão somente dois destes acabaram por não reconhecer a ocorrência do *fishing expedition*. Todavia, os outros quatro julgados analisados, com razão, reconheceram a prática de pescaria probatória, tornando tais provas inúteis, uma vez que ilicitamente obtidas.

Além disso, com relação ao tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de se mencionar que, por vezes, a ilicitude acaba por se dar de forma bastante “velada”, tornando o reconhecimento da prática do *fishing expedition* mais difícil, em que pese as alegações e demonstrações defensivas. Assim, notou-se nas análises realizadas que, nas hipóteses em que a ilicitude da prova se deu de forma nítida, permitindo, portanto, a sua fácil aferição, o STJ demonstrou proteção aos direitos e garantias fundamentais debatidos no presente trabalho.

Dessa forma, cabe apontar que, diante da escassa doutrina existente acerca do tema, bem como do lento crescimento de jurisprudência que debata a temática, revela-se importante refletir sobre a prática do *fishing expedition*, uma vez que esta é certamente bastante habitual no Brasil. Isso, pois, deve-se respeitar plenamente a existência dos direitos e garantias fundamentais tutelados pela CFRB, não somente os mencionados nesta monografia, como todos os outros, uma vez que condizentes ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

BECHARA, Fábio; FLORÊNCIO; Marco Aurélio. **Abuso de Autoridade-Reflexões sobre a Lei 13.869/2019**. Lisboa: Grupo Almedina, 2020.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro, de 1891)**. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2023

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Coleção de Leis do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1886. p. 7. 1 v. Disponível em: Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18340>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 24 jul. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6238**. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 180.709/SP**. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844685> Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 280: Provas Obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão**. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280#:~:text=Descri%C3%A7%C3%A3o%3A,judicial%20de%20busca%20e%20apreens%C3%A3o>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 768624 – SP (2022/0279376-8)**. Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=180452098®istro_numero=202202793768&publicacao_data=20230310&peticao_numero=202201017463. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 746463 / RS (2022/0166982-7) autuado em 01/06/2022**. Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202201669827. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 62.562 / MT (2019/0374119-3) autuado em 13/12/2019**. Brasília, DF: STJ, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=10103750220198110000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 57961 / SP (2006/0085861-4) autuado em 28/04/2006**. Brasília, DF: STJ, 2006. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00858615520063000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 762932 / SP (2022/0248543-0) autuado em 12/08/2022**. Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202202485430. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 165.982 / PR (2022/0173407-2) autuado em 06/06/2022**. Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202201734072. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 153.988 / SP (2021/0296876-6) autuado em 13/09/2021**. Brasília, DF: STJ, 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102968766. Acesso em: 7 ago. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim G. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP). E-book.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. **O direito ao silêncio: suas origens, desenvolvimento e desdobramentos no direito processual penal**. 2016. TCC (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/laura_figueiredo_2016_1.pdf. Acesso em: 23 jul. 2023.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

FISHING EXPEDITION. *In*: DICTIONARY.com, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.dictionary.com/browse/fishing-expedition>. Acesso em: 1 ago. 2023.

FISHING EXPEDITION. *In*: MERRIAM-Webster. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/fishing%20expedition>. Acesso em: 1 ago. 2023.

GHIZONI, Viviani; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do Processo Penal**. 2. ed. Florianópolis: Ematis, 2022. p. 54.

GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. **Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação**. Empório do Direito, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>. Acesso em: 23 jul. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. p. 11.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

PINHO, Rodrigo César R. **Sinopses Jurídicas: direito constitucional – teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book. 17 v. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619627/>. Acesso em: 18 jun. 2023.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 130.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA ROSA, Alexandre Morais. **A prática de fishing expedition no processo penal**. Consultor Jurídico, São Paulo, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 23 jul. 2023.

Silva, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 36

TORQUATO, Luiz Francisco. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

UNITED STATES SENATE. Fifth Amendment of the US Constitution: Rights of Persons. **Justia**, [S. I.], 2023. Disponível em: <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-05/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

UNITED STATES SUPREME COURT. United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974). **Justia**, [S. I.], 2023. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

THE WHITE HOUSE. The Constitution. **WH**, Washington, DC, 2023. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>. Acesso em: 24 jul. 2023.