

## NULIDADES NO PROCESSO PENAL DECORRENTES DE PROVA ILÍCITA COM DESTAQUE NA PESCARIA PROBATÓRIA

## NULLITIES IN CRIMINAL PROCEEDINGS ARISING FROM ILLEGAL EVIDENCE WITH EMPHASIS ON FISHING EXPEDITION

Luizene Medeiros do Nascimento Barbosa Lima<sup>\*</sup>

Lucimeire Rocha<sup>\*\*</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise sobre a ocorrência de algumas nulidades no processo penal decorrentes da inserção de provas ilícitas, partindo de um olhar criterioso a respeito do *standard* probatório no contexto processual penal, com destaque no fenômeno da —pescaria probatória—. Busca-se mostrar a necessidade de garantir a eficácia dos atos processuais, que devem ser estruturados nas leis processuais constitucionais e penais, para promoção de um julgamento com respeito ao devido processo legal, que fundamenta o Estado Democrático de Direito pois, a não observância fará fenecer a devida e esperada justiça.

**Palavras-chave:** nulidades da prova no processo penal; análise dos *standards* probatórios; pescaria probatória.

### ABSTRACT

This article aims to briefly analyze the occurrence of certain nullities in criminal proceedings resulting from the inclusion of illegal evidence. It begins with a careful examination of the evidentiary standard in the criminal procedural context, with a particular focus on the phenomenon of "fishing expedition". The article seeks to highlight the necessity of ensuring the effectiveness of procedural acts, which must

<sup>\*</sup> Juíza titular da 6ª Vara Criminal de Belo Horizonte. *E-mail:* luzienembl@gmail.com.

<sup>\*\*</sup> Juíza titular da 9ª Vara Criminal de Belo Horizonte. *E-mail:* lucimeirerocha.rochalu@gmail.com.

be structured in accordance with constitutional and criminal procedural laws, in order to promote a trial that respects due process of law. This is essential for upholding the Democratic Rule of Law, as the failure to observe these principles will undermine the justice that is due and expected.

**Keywords:** nullities of evidence in criminal proceedings; analysis of evidentiary standards; fishing expedition.

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, faz-se necessário conceituar e entender o que é processo penal, para depois se verificar como a influência da prova ilícita pode prejudicar o conhecimento da verdade, quando da análise dos fatos e provas existentes nos *standards* probatórios, arrecadados durante a instrução processual.

Nesse contexto, importa conceituar processo penal como um instrumento que possibilita o conhecimento dos fatos ensejadores da ação penal, a propiciar aos operadores do Direito desvendar a existência de um crime, com suas diversas formas tipificadas na lei penal material, as circunstâncias e ocorrências deste, com as provas do fato criminoso e o autor do delito.

Com isso, a instrumentalidade do processo penal segue ritos que têm por finalidade capacitar o julgador, depois do contato direto com as provas, extrair a verdade necessária à fundamentação de uma sentença condenatória ou absolutória.

Para nós, magistrados, ao analisarmos provas e retirar destas a essência do crime descrito na peça acusatória, seus motivos e circunstâncias, é essencial termos a exata noção da diferença entre fato e narrativa, pois somente com tal distinção é possível vislumbrar a ocorrência do delito descrito na denúncia, para, depois, por meio de um raciocínio jurídico e lógico sobre a prova produzida, entender o caso concreto em toda sua extensão.

Por isso a importância da prova no processo penal tem relevância tal, que, se viciada por quaisquer nulidades ou ilicitudes e, inadvertidamente, não conhecida pelo julgador, influenciará de forma decisiva o curso instrumental do processo e o seu desfecho quando da prolação da sentença.

Dessa forma, as nulidades processuais decorrentes de provas ilícitas devem

ser, a todo tempo, no curso da instrução processual, verificadas pelo magistrado e os demais operadores do Direito, como elementos hígidos, inafastáveis do processo.

Com efeito, um singelo estudo das nulidades no processo penal trará a lume, neste artigo, a importância da análise do *standard* probatório, mormente, quanto ao dever disciplinador de todos os operadores do Direito em instituir, sempre, a prova lícita no processo penal, apegando-se a critérios rigorosos no sentido de se eliminar, no curso instrumental processual, toda e qualquer prova ou ato viciante obtidos ilicitamente.

A exemplo disso, traremos, neste artigo, uma pequena análise decorrente do fenômeno —“escaria probatória”, hoje em voga no nosso sistema processual penal, carente de combate por todos aqueles que buscam no processo penal a instrumentalidade legal da verdade para consecução de um processo regular, em que se imprimam os ditames legais exigidos no ordenamento jurídico.

Por isso, a análise da prova no processo penal deve ser sempre conduzida na busca da verdade, para o alcance da justiça. Contudo, o que é a verdade? Como estruturá-la em um julgamento?

O magistério de Malatesta, Nicola Framarino Dei, 1996, sobre a verdade, nos ensina o seguinte:

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros (Malatesta, 1996, p. 21).

Logo, a prova no processo penal há que ser precisa, para capacitar o julgador com elementos concretos a respeito do fato delituoso, não o deixando no campo das hipóteses, bem como propiciar-lhe estruturar uma condenação ou absolvição dentro dos princípios da legalidade, que o leve a atingir a esperada justiça.

## 2 NULIDADES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Antes de passarmos ao assunto relativo às nulidades das provas no processo penal, importa entender o conceito de nulidade.

## 2.1 Conceito de nulidade

Nesse particular, tem-se que a nulidade no processo penal está intimamente ligada aos atos processuais internos realizados em desacordo com as formalidades legais.

Assim, pode-se conceituar nulidade no processo penal como a prática de qualquer ato processual que não obedeça ao ordenamento jurídico, expresso na Constituição da República e nas leis específicas, que invalida o processo e traz prejuízo ao julgamento do feito. São também nulidades os atos processuais viciados, pois estes contaminam e maculam de ineficácia relativa ou absoluta o processo como um todo.

Nesse aspecto, ao editar uma lei processual, o interesse do legislador é estabelecer mecanismos formais que obriguem os operadores do Direito a obedecerem às regras nela instituídas. Isso porque é da essência do legislador, ao elaborar a lei, que todos a cumpram em sua inteireza, para garantir a eficácia dos atos processuais desde o primeiro momento em que uma pessoa se encontre sob a tutela estatal, por descumprir o ordenamento jurídico típico material ao praticar um delito.

Para tanto, é necessário que as sequências dos atos processuais sejam obedecidas, tanto pelo acusador quanto pelo acusado, por meio de sua defesa técnica, cabendo ao magistrado observar e fazer cumpri-los dentro dos preceitos típicos, de forma imparcial, principalmente, quanto a conferir ao réu o conhecimento da acusação; o dever de ser regularmente citado; e lhe propiciar o direito de defesa em toda sua plenitude.

Isso porque, tendo o Estado avocado a competência de formular as leis, julgar aqueles que as transgridam e, por fim, executar as sanções impostas nas sentenças após um julgamento imparcial, a ele, Estado, cabe também zelar pelo seu fiel cumprimento.

Portanto, os atos jurídicos devem ser perfeitos, esvaziados de vícios que possam representar nulidades, pois somente assim será possível se estruturar o devido processo legal, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## 2.2 Das nulidades em geral

Ao ingressarmos especificamente no âmbito das nulidades das provas no processo penal, importa conhecer que, igualmente como observado no direito material penal, a instrumentalidade do direito processual penal também se identifica em um contexto de tipicidade processual.

Nossa lei adjetiva penal impõe ao ato processual a devida obediência às regras transcritas na Constituição Federal, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nas leis processuais penais (Lima, 2016, p. 1.283).

Tal imposição propicia a igualdade de direitos, no sentido de que toda pessoa submetida a um julgamento receba do Estado o cumprimento do devido ordenamento jurídico expresso nas leis.

O referido autor, ao se debruçar sobre o estudo da tipicidade processual, nos ensina que seguir esse ordenamento traz ao indivíduo, alvo de um julgamento na esfera criminal, a segurança de que os atos processuais serão executados na forma da lei, impedindo o arbítrio. Igualmente, a espécie possibilita, em caso de descumprimento, a reparação do ato com o reconhecimento de sua ineficácia de forma absoluta ou relativa.

A importância conferida a esse instituto processual comunica não apenas preceito de comportamento a ser observado pelas partes e pelo juiz, mas, igualmente, por todos aqueles cujos atos praticados no processo possam colaborar para que o fato imputado na denúncia à pessoa do réu seja provado.

Neste se incluem as partes, vítimas, testemunhas, peritos e todos aqueles que, de certa forma, possam fornecer ao juiz, no campo da instrumentalidade processual, meios contributivos para fomentar um julgamento imparcial dentro dos preceitos da legalidade.

Em tal aspecto, salienta-se que a Lei Processual Penal está recheada de regras a serem cumpridas no ordenamento dos atos processuais, no sentido de se evitar nulidades que possam constituir algum prejuízo a quaisquer das partes, ou, ainda, causar o desprestígio da própria justiça.

Logo, a produção probatória no processo penal deve ser apresentada no contexto de respeito aos ditames legais para gerar possibilidade de certeza ao convencimento do julgador.

### 2.3 Da ineficácia dos atos processuais

Aqui cabe expor que a ineficácia dos atos processuais, na esfera constitucional ou no âmbito do processo penal propriamente dito, pode levar o ato a ser considerado juridicamente inexistente, quando sua ineficácia for absoluta, ou, ainda, ser juridicamente nulo ou anulável no que concerne à ineficácia relativa.

Neste artigo, devido à restrição de páginas, nossa concentração está firmada, especificamente, na prova ilícita dentro do contexto instrumental do processo penal, contudo, não poderíamos estruturar nosso raciocínio nesse tipo de ato — prova ilícita — sem antes trazer alguns singelos esclarecimentos a esse respeito, conforme fizemos ao discorrer, sinteticamente, sobre nulidade processual.

### 3 DA PROVA ILÍCITA

#### 3.1 Conceito

Trata-se a prova ilícita de um elemento inserido no processo de forma irregular, pode-se conceituar prova ilícita, no ordenamento jurídico, como um ato extraprocessual, porque, geralmente, é produzido fora do processo. No entanto, se levada para dentro deste, assume o conceito de ato nulo, ou seja, prova ilícita é aquela que, produzida em desacordo com os preceitos legais ou com violação das normas típicas processuais constitucionais ou penais, influencia negativamente a análise dos fatos ensejadores do crime e causa prejuízo ao julgamento.

Com efeito, a prova ilícita não apenas torna o ato que a insere no processo nulo de pleno direito, mas também determina, em situações outras, a prática de um delito tipificado e punido pela lei penal propriamente dita ou em outros ordenamentos jurídicos de cunho penal que a tipificam. Nesse contexto, se a prova considerada ilícita não estiver tipificada em alguma lei de cunho penal, conforme dito aqui, poderá constituir um ato nulo dentro do escopo probatório, mas, não necessariamente, um crime.

A exemplo disso, podemos citar a gravação produzida por alguém em um ambiente de conversa, mas sem a autorização do interlocutor. Esse tipo de prova é considerado ilícito processual, mas não terá o efeito típico penal para o sujeito que a produziu.

### 3.2 Da prova ilícita no contexto da Constituição Federal

Antes da promulgação da Constituição de 1988, nossa Lei Maior vigente não trazia na sua estrutura legal a rejeição à prova ilícita conforme observado nos dias atuais. Coube, então, ao Constituinte de 1988, dispor, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I, que trata Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, inserir o art. 5º, incisos, III, XI, XII, LV e LVI (Brasil, 1988), que, de forma expressa, dispõe preceitos que proíbem a prova ilícita como garantia constitucional dos princípios que regem o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e, sobretudo, a imparcialidade do juiz nos julgamentos, no sentido de proteção aos cidadãos.

Com isso, firmou-se, na instrumentalidade do processo penal, a exigência da prova lícita, considerando-se, ainda, que, se, porventura, for produzida, nos autos do processo uma prova ilícita, que cause prejuízo a quaisquer das partes, esta será considerada nula e deverá ser retirada dos autos para evitar contaminar os demais atos dela decorrentes.

### 3.3 Exemplos de provas ilícitas

Como exemplo de prova ilícita considerada crime, podemos citar o preceito contido no art. 10 da Lei nº 9.296/1996 (Brasil, 1996), referente à interceptação de comunicação telefônica, entre outras da espécie, sem autorização judicial.

Outro exemplo a ser citado de real importância e que em consequência de sua prática pode ser considerado crime é a prova obtida por meio de coação, prática de tortura, ou qualquer outro meio que restrinja a liberdade do sujeito alvo de sua produção. Nesse tipo de prova ilícita, se a coação for praticada com abuso de autoridade, acarretará, além de sua nulidade, pois ilícita, também o crime de abuso de autoridade previsto na Lei nº 13.869/2019 (Brasil, 2019).

## 4 DO STANDARD PROBATÓRIO

Em seguida, passaremos a uma breve reflexão sobre o que é *standard* probatório e sua importância para o cumprimento do art. 155 do Código de Processo Penal (CPP), quanto ao convencimento do julgador ao concentrar sua decisão.



## 4.1 Conceito

—O*standard* probatório seria os parâmetros a serem seguidos pela justiça para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu. *Standard* probatório seria o grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir. Os *standards* são, portanto, os graus de aval, confiabilidade, credibilidade, confiança (sempre subjetivo, portanto). Esses graus de aval não são probabilidades matemáticas (Haack, 2014)”

(Prestes, 2022).

Depois de entendermos o conceito de *standard* probatório como uma forma do juiz de analisar a prova dentro do processo, firmar seu convencimento para então decidir se condena ou absolve o réu, importa compreender esse mecanismo como forma de controle da decisão judicial, no sentido de se coibir o arbítrio e, sobretudo, mostrar, no cerne do processo, a esperada imparcialidade do julgador.

Nesse aspecto, sabemos que o sistema jurídico, em nosso país, disciplinado no processo penal, adotou, por meio do disposto no art. 155 do CPP (Brasil, 1941), o sistema do livre convencimento do juiz quanto à apreciação das provas levadas ao processo.

Não obstante, a prova deve ser produzida no contraditório judicial, garantindo-se a ampla defesa. Por isso, a instrumentalidade processual proíbe o magistrado de fundamentar sua decisão em indícios, narrativas ou hipóteses, devendo, portanto, sua motivação estar atrelada à prova, por seu valor, indiscutível.

## 4.2 Da apreciação da prova no processo quanto à sua valorização

Cediço que, no processo penal os fatos devem ser levados aos autos para apreciação do juiz por meio de provas convincentes no sentido de que apreciadas por este formem sua convicção.

Nesse contexto, inúmeras são os tipos de provas, a saber: documentais, periciais, testemunhais, a confissão do réu em seu interrogatório, entre outras.

Referidos tipos de provas outrora eram valorados com certa hierarquia, porque se entendia que algumas tinham prevalência sobre outras. A exemplo disso, dava-se um grau maior de valor à confissão do que ao testemunho. Isso porque, partia-se do princípio de que o réu confesso podia, com mais propriedade, dizer sobre os fatos do que qualquer outro testemunho, em face de seu conhecimento



deles ou mesmo, por ser este o autor do fato. Tratava-se da prova tarifária.

Com o tempo, o legislador verificou que tal situação não era absoluta, por concluir que poderia alguém confessar um crime para proteger outrem. Daí, verificou-se a necessidade de mudanças nesse conceito de valoração da prova, para, enfim, se estabelecer o descarte da hierarquia dos tipos de provas, passando-se a entender que todas as provas dentro de um processo merecem valoração igualitária, a fim de levar o juiz, quando de sua apreciação, a se convencer por aquela que mais reflita a verdade processual trazida aos autos e lhe propicie fundamentar a contento sua decisão.

Nesse ponto, torna-se importante observar que o disposto no art. 155 do CPP (Brasil, 1941) não autoriza ao magistrado simplesmente fundamentar sua sentença citando essa ou aquela prova que o convenceu do fato delituoso, antes tem este o dever legal de motivar seu convencimento, dentro do ordenamento jurídico, com espeque nas provas produzidas nos autos, pois, do contrário, não seria convencimento legalmente motivado e sim arbitrário.

Sobre tal questão, trago à colação a análise do art. 155 do CPP, feita pela nobre Promotora de Justiça Andréa Bahury (2018, p. 76-77), quando diz: —esse importante artigo da legislação infraconstitucional deve nortear a atividade do órgão julgador no momento em que vai proferir a decisão e está evidenciado que o julgador é livre na apreciação da prova [...]”.

Diz mais a referida autora:

[...] foi adotado, portanto, pelo legislador pátrio, o sistema da livre apreciação da prova, mas a liberdade que tem o julgador para valorar a prova não o desobriga de motivar a sua decisão, como se infere do atual texto constitucional (art. 93, IX, CF), o que já se encontrava explicitado na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Bahury, 2018, p. 76-77).

Destarte, somente a sentença motivada dá ao julgamento a expressão devida do entendimento do Magistrado sobre a prova que o levou a conhecer o fato e estruturar seu convencimento para absolver ou condenar alguém. Tal postura, se adotada pelo julgador, evitará erros ou nulidades no processo, tornando-o isento e longe de causar prejuízo ao julgamento.

Por outro lado, diferente é a íntima convicção, pois essa traz ao julgador uma valoração que pode ser influenciada de forma equivocada, porque, nesse caso, o

julgador poderá fazer sua apreciação levando em conta seus princípios morais ou de caráter quando apreciar a prova e, assim, produzir um julgamento não fidedigno ao fato concreto nem ao próprio direito.

Não resta dúvida de que qualquer que seja a forma de apreciação e valoração da prova no *standard* probatório trará para o juiz um estado tormentoso, na medida em que, nem sempre a certeza de um fato criminoso pode ser conhecida em sua inteireza.

Isso porque cabe ao julgador consciente, que assenta suas decisões com espeque na esperada justiça, sempre que a certeza processual depois da valoração da prova no *standard* probatório não lhe parecer suficiente e conferir ao seu julgamento o *start* de dúvida, deverá absolver o réu com base no princípio do *in dubio pro reo*, pois a condenação na esfera penal não pode estar estribada em indícios ou hipóteses, por lidar com a liberdade da pessoa, que só deve ser retirada diante da certeza probatória do fato e conhecido o verdadeiro autor.

## 5 DO STANDARD PROBATÓRIO DENTRO DO CONTEXTO DA VERDADE

Ao apreciar esse título, pode-se dizer que a “*verdade*”, como objeto de conhecimento de um fato, vive numa perspectiva de desejo nem sempre realizado na estrutura processual penal, porque ela não é algo concreto, palpável, e, portanto, a busca da verdade será sempre um desafio no cerne de um julgamento, exigindo do magistrado absorver a questão com todo discernimento analítico contido no *standard* probatório.

### 5.1 Do *standard* da prova além da dúvida razoável

Quanto ao *standard* da prova além da dúvida razoável, a orientação é direcionada para o princípio insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), que adotou como norma primordial o princípio da inocência.

Nesse aspecto, o *standard* da prova além da dúvida razoável estará sempre digladiando entre a certeza e a dúvida para firmar o convencimento do julgador no momento em que este se posta a analisar as provas produzidas nos autos, para delas retirar, de forma eficiente, a máxima certeza quando for prolatar uma sentença condenatória.

Esse modelo de apreciação da prova originário do sistema *common law* americano vem sendo implantado no Brasil por nossos Tribunais, especialmente em casos de grande repercussão midiática, conforme salienta Zottis (2022, p. 62).

O que se busca então é um entendimento tal sobre a prova produzida em que não apenas o julgador terá certeza da ocorrência do crime, mas também se entenda que qualquer pessoa que tenha contato com a prova chegará à idêntica conclusão. Só assim a dúvida será dissipada e a condenação penal poderá ser reconhecida ou não.

A seguir, daremos uma atenção especial a um tipo de coleta de prova que viola as normas constitucionais e causa nulidades ao processo, e, no contexto do *standard* provatório, deve ser, com todo rigor, repudiada. Trata-se da prova proveniente de pescaria probatória ou *fishing expedition*

## **6 A ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DE PESCARIA PROBATÓRIA OU FISHING EXPEDITION**

A resposta eficaz do Estado a uma violação dos bens penalmente protegidos é civilizatória e necessária. Porém, em um Estado Democrático de Direito, ela só pode ocorrer de forma válida se forem respeitados os limites do poder-dever de modo a garantir os direitos consignados na Carta Magna, como a dignidade da pessoa enquanto ser de direitos e deveres, o respeito aos direitos humanos, à integridade física e moral das pessoas presas, a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade domiciliar e dos sigilos das correspondências, das comunicações, do exercício profissional, o devido processo legal, a presunção de inocência, a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros, previstos nos art. 1º, art. 4º e art. 5º da Constituição da República (Brasil, 1988).

Nas investigações, não há espaço para o contraditório e a ampla defesa, sob pena de inviabilizá-las, todavia, os órgãos de persecução não podem descuidar da observância das normas constitucionais e processuais, pois estas constituem limites à própria atuação do Estado. Limites esses também civilizatórios e necessários. É imprescindível o respeito ao regramento legal.

O Direito Penal, do ponto de vista concreto, é o direito do fato ocorrido. Por isso, é necessário que os responsáveis pelas investigações delimitem, de antemão, qual seria esse fato, com todas as circunstâncias possíveis e conhecíveis. A

amplitude da atividade de reconstrução do fato típico, através de provas, pode levar os órgãos de investigação à prática do que a doutrina vem denominado *fishing expedition* ou pescaria probatória.

Na lição de Alexandre Morais da Rosa:

Denomina-se pescaria probatória (ou expedição) probatória a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se Direitos Fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas de tem “convicção” (o agente não tem provas, mas tem convicção) (Rosa, 2021, p. 386).

Trata-se, portanto,

[...] de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada (Silva; Melo e Silva; Rosa, 2022, p. 50).

Essa conduta pode ocorrer em todas as formas de produção de prova, mormente nas medidas cautelares, mesmo estas sendo submetidas à reserva de jurisdição por implicar a violação de direitos fundamentais.

Dada a natureza excepcional das medidas cautelares, o cuidado do julgador deve ser redobrado ao analisar os elementos trazidos pelos órgãos de investigação. É necessário verificar se esses órgãos motivaram o pedido, indicando a adequação e proporcionalidade, quais diligências menos invasivas foram realizadas e se os respectivos relatórios referentes a essas diligências se encontram nos autos, bem como se eventuais laudos foram juntados, para, só então, concluir acerca da imprescindibilidade da restrição a direitos fundamentais.

Tudo isso para que se dê cumprimento ao princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LVI, da Constituição da República (Brasil, 1988), e evitar a pescaria probatória. Esse princípio está umbilicalmente relacionado ao controle do poder do Estado, que não pode impor restrições a bens individuais de maior relevo de forma arbitrária.

Hodiernamente, o processo penal alcançou o patamar muito superior ao da publicidade necessária. As investigações são tratadas como espetáculos e são

exibidas em todas as mídias, muitas vezes com acompanhamento real da execução das diligências. E essa publicidade opressora acaba por reforçar a conduta dos responsáveis pelas investigações na busca de prova sem o respeito às regras, assim como visa a aumentar a “credibilidade popular” do próprio órgão investigativo, que passa a impressão de “eficiência”. O resultado disso é a inegável influência exercida na opinião pública, que faz seu julgamento de forma sumária e passa a pressionar o Poder Judiciário para que se faça “justiça”. Expõe-se a pessoa investigada e as “provas”, mesmo que decorrentes de *fishing*, numa completa violação ao princípio da paridade das armas.

### 6.1 Hipóteses de pescaria probatória e o encontro fortuito

O contraditório diferido que norteia as investigações não pode dar azo às atuações dos agentes públicos à margem das normas constitucionais e processuais. O que muitas vezes ocorre é que se tem o autor e, para buscar o fato, é realizado um verdadeiro escrutínio da vida dele por meio de diligências invasivas até que se encontre a pesca desejada.

E as hipóteses em que isso pode ocorrer são diversas e, muitas vezes, por meio de elementos ainda incipientes, os agentes públicos constroem uma narrativa para colocar em prática a expedição probatória, requerendo ao Poder Judiciário o afastamento de direitos e garantias individuais. Mandados de busca e apreensão sem dizer exatamente o que se pretende buscar e qual a relação com o fato investigado; continuidade da diligência mesmo após encontrar e apreender o que era objeto da ação estatal; prorrogações sucessivas das interceptações telefônicas com inclusões de alvos sem a devida e fundamentada justificação, transformando a diligência no direito penal do autor; afastamento dos sigilos bancários e fiscal sem motivar o período apontado e sua relação com o fato investigado; inclusão de parentes da pessoa investigada nesses afastamentos por essa simples condição; buscas pessoais e residenciais quando inexistente a fundada suspeita objetivamente identificada.

A prova decorrente de *fishing* reveste-se de ilicitude e é inadmissível no processo, nos termos dispostos no art. 5º, LVI, da Constituição da República (Brasil, 1988).

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal dispõe que são ilícitas as

provas obtidas em violação às normas constitucionais e legais, inclusive determinando o desentranhamento do processo.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (Brasil, 1941).

Questão a ser apreciada com cautela é a do encontro fortuito ou serendipidade.

Encontro fortuito (ou Descoberta Fortuita) configura-se pela localização, no curso do cumprimento ou execução de medida cautelar probatória, de elementos indicativos de crimes ou personagens não contidos na investigação originária (Rosa, 2021, p. 396).

A prova descoberta será válida se verificada ausência de desvio de finalidade na ação estatal. A título de exemplo, nos mandados de busca e apreensão, a decisão judicial deve ser a mais precisa possível, em observância ao disposto no inciso I do art. 243 do Código de Processo Penal, indicando a casa em que será realizada e o que se deve apreender. Os mandados genéricos são inválidos justamente por possibilitarem a chamada pescaria probatória. Ao cumpri-los, a autoridade policial pode encontrar elementos indicativos da prática de crime diverso. Nesse caso, a apreensão é válida e deve ser tratada como notícia de infração para nova investigação. Todavia, nas hipóteses em que, mesmo após o encontro do objeto a ser buscado, a autoridade segue nas diligências, em uma verdadeira devassa na residência do investigado, essa prova reveste-se de ilicitude por ser fruto de *fishing expedition*. Há outras hipóteses em que a descoberta fortuita pode ocorrer, como nas interceptações telefônicas e nas quebras dos sigilos bancário e fiscal regularmente autorizadas pelo Poder Judiciário. No curso dessas diligências,



os agentes podem descobrir a prática de diversos crimes, e esses elementos colhidos são lícitos e podem subsidiar nova investigação, ou, em caso de conexão, ser incluídos na que está em curso.

O tema do *fishing expedition* tem sido objeto de decisões atuais não só do STF, mas do STJ. A título de exemplo, no AgRg-INQ 2.245, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgado em 29.11.2006 (Brasil, 2006), decidiu-se pela ilegalidade da quebra de sigilo bancário com base em lista genérica de pessoas que fizeram uso de conta titularizada por pessoa jurídica. Nesse julgamento, foi refutada a ampla e indiscriminada devassa da privacidade, que é o fundamento da proibição do *fishing expedition*, embora não tenha sido feita menção expressa ao termo.

No ano de 2014, no HC 106.566/SP, julgado em 16.12.2014, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (Brasil, 2014), foi reconhecida a ilicitude de uma prova decorrente de pescaria probatória, embora o relator também não tenha mencionado expressamente essa nomenclatura. No caso, a diligência policial foi estendida para endereço diverso do que constava no mandado, violando o disposto no art. 5º, XI, da Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como o art. 243 do CPP (Brasil, 1941).

No HC 163.461, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 02.02.2019 (Brasil, 2019), foi declarada a nulidade das buscas realizadas em local diverso ao apontado no mandado judicial por se tratar de prática de pescaria probatória.

Na Recl 43479, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 10.08.2021 (Brasil, 2021b), reconheceu-se, explicitamente, a prática de *fishing expedition* nos mandados de buscas e apreensões realizados em escritórios de advocacia.

No HC 201.965, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 30.11.2021 (Brasil, 2021a), novamente foi reconhecida a prática de *fishing expedition* e declarada a nulidade de relatórios de investigação financeira e a imprestabilidade dos elementos colhidos em procedimento investigatório.

No STJ, a abordagem do tema tem sido mais recorrente.

No AgRg no RMS 62562/MT, de relatoria do Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 07.12.2021 (Brasil, 2021a), reconheceu-se a prática do *fishing expedition* no deferimento da medida de busca e apreensão sem a existência de indícios da prática delitiva.

No RHC 83.447/SP (Brasil, 2022i), de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 09.02.2022, consideraram-se ilícitos os dados fiscais obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal sem autorização judicial, por se tratar



de pescaria probatória, embora o termo não tenha sido utilizado pelo relator. No mesmo sentido, o RHC 83.233/SP (Brasil, 2022h), julgado em 09.02.2022, também de sua relatoria.

No HC 663.055/MT, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 23.03.2022 (Brasil, 2022c), reconheceu-se a prática de *fishing expedition* na realização de buscas domiciliares em desvio de finalidade. Esta tem sido a situação mais comum, como podemos ver no AgRg no HC 704.015/GO, de relatoria da Min. Laurita Vaz, julgado em 19.04.2022 (Brasil, 2022a), no HC 732.490/PA, de relatoria do Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª), julgado em 09.08.2022 (Brasil, 2022e), no HC 727.755/RJ, do mesmo relator, julgado em 09.08.2022 (Brasil, 2022d), no AgRg no HC 733.910/SC, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 06.09.2022 (Brasil, 2022b), no RHC 165.982/PR, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20.09.2022 (Brasil, 2022j), no HC 732.986/SC, de relatoria do Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª), julgado em 11.10.2022 (Brasil, 2022f), no HC 762.932/SP, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 22.11.2022 (Brasil, 2022g), no AgRg no REsp 2024193/AM, de relatoria do Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TDFT), julgado em 07.03.2023 (Brasil, 2023).

Concluindo, a proibição do *fishing expedition* intenta exatamente coibir a conduta dos órgãos de investigação em buscar provas relativas a fatos não investigados, baseando-se em medidas revestidas de legalidade. E isso, via de regra, vem casado com uma exploração midiática opressora com o claro intuito de manipular a opinião pública e, assim, estabelecer pressão sobre os órgãos julgadores.

Essas condutas são atentatórias ao processo penal democrático por serem totalmente fora das regras do jogo, devendo ser reconhecida a ilicitude pelo Poder Judiciário, assim como das provas delas derivadas.

## 7 CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo, em singelo estudo sobre nulidades processuais derivadas de provas ilícitas e do entendimento a respeito da prova no contexto dos *standards* probatórios, com especial foco na prova decorrente de pescaria probatória, restou evidente que a responsabilidade do magistrado quanto ao

conhecimento do fato delituoso, para formação de seu convencimento no momento da prolação da sentença, deve ser devidamente motivado na apreciação das provas firmadas nos autos, com obediência às leis, para obtenção da tão esperada justiça e consecução do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BAHURY, Andrea. *A ausência de efetiva ampla defesa e o comprometimento do devido processo penal*. 2016. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37068/37068.PDF>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Presidência da República. 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*, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 2019 - Edição extra – A. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm). Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 704.015/GO. Relator: Min. Laurita Vaz, 19 abr. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 20 abr. 2022a. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103513140&dt\\_pu](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103513140&dt_pu). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 733.910/SC. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 6 set. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 set.

2022b. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2210659&tipo=0&nreg=202200983333&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJqdr=&dt=20220913&formato=PDF&salvar=false#:~:text=6.->

[.%C3%89%20il%C3%ADcita%20a%20prova%20colhida%20em%20caso%20de%20desvio%20de,em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20flagrante%20delito.](https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2210659&tipo=0&nreg=202200983333&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJqdr=&dt=20220913&formato=PDF&salvar=false#:~:text=6.-)

Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 2024193/AM. Relator: Min. Jesuino Rissato (Desembargador convocado do TDFT), 7 mar. 2023. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 9 mar. 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&operador=e&livre=%28%28+%28%40NUM%3D%272024193%27+ou+%28%40SUCE%3D%272024193%27+NAO+PROX+%28PG+OU+VOL%29%29%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272256547%27>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 663.055/MT. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 23 mar. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 mar. 2022c. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/ingresso-domicilio-prisao-nao-permite.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 727.755/RJ. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª), 9 ago. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 10 ago. 2022d. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200644952&dt#:~:text=%C3%89%20il%C3%ADcita%20a%20prova%20colhida,em%20situ%C3%A7%C3%A3o%20de%20flagrante%20delito](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200644952&dt#:~:text=%C3%89%20il%C3%ADcita%20a%20prova%20colhida,em%20situ%C3%A7%C3%A3o%20de%20flagrante%20delito). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 732.490/PA. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª), 9 ago. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 10 ago. 2022e. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&operador=e&livre=%28%28+%28%40NUM%3D%27732490%27+ou+%28%40SUCE%3D%27732490%27+NAO+PROX+%28PG+OU+VOL%29%29%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272193013%27>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 732.986/SC. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª), 11 out. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 12 out. 2022f. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200939575&dt#:~:text=Habeas%20corpus%20concedido%20para%20reconhecer,imputa%C3%A7%C3%A3o%20do%20crime%20do%20art](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200939575&dt#:~:text=Habeas%20corpus%20concedido%20para%20reconhecer,imputa%C3%A7%C3%A3o%20do%20crime%20do%20art). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 762.932/SP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 22 nov. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 23 nov. 2022g. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202202485430&dt\\_publicacao=30/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202485430&dt_publicacao=30/11/2022). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 83.233/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 9 fev. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 10 fev. 2022h. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700833385&dt\\_publicacao=15/03/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700833385&dt_publicacao=15/03/2022). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 83.447/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 9 fev. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 10 fev. 2022i. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/mp-nao-pedir-dados-sigilosos-receita1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 165.982/PR. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 20 set. 2022. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 21 set. 2022j. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201734072&dt\\_publicacao=20/09/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201734072&dt_publicacao=20/09/2022). Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg-INQ 2.245. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 29 nov. 2006. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 30 nov. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494480>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RMS 62562/MT. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), 7 dez. 2021a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1342955509/inteiro-teor-1342955527>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106.566/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 dez. 2014. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 17 dez. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4003179>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 163.461. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2 fev. 2019. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 3 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/919848402/inteiro-teor-919848409>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 201.965. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 nov. 2021. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 1º dez. 2021b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/stf-anula-relatorios-coaf-flavio-1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl 43479. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 ago. 2021. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 11 ago. 2021c. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl43479VotoMGM.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2024.

DELLAGNOL, Deltan. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GRINOVER, Ada. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas - SP: Bookseller, 1996. v. I.

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.

PRESTES, José Italo Santos. Valoração das provas: o *standard* probatório no Direito Processual Penal Brasileiro contemporâneo. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 11 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58139/valoracao-das-provas-o-standard-probatrrio-no-direito-processual-penal-brasileiro-contemporneo>. Acesso em: 22 ago. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C*. 1. Florianópolis: Emais, 2021.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Viviane Ghizoni da; MELO E SILVA, Philipe Benoni; 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.

ZOTTIS, Rafael. *Standards de prova e dúvida razoável no Processo Penal*. Brasil: Livraria do Advogado Editora, 2022.