



UNIVALE
Faculdades Integradas do Vale do Ivaí

CURSO DE DIREITO

**FISHING EXPEDITION E OS LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO DENTRO DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BIATRYS APARECIDA DE MELO

IVAIPORÃ – PR

2023



UNIVALE
Faculdades Integradas do Vale do Ivaí

**FISHING EXPEDITION E OS LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO DENTRO DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Artigo Científico para Trabalho de Curso (TC),
apresentado pela acadêmica Biatrys
Aparecida de Melo ao Professor Orientador
Jader Gustavo Kozan Nogueira, na disciplina
de Metodologia do Trabalho Jurídico e
Trabalho de Curso, do Curso de Direito, com
o objetivo de obtenção de nota parcial
bimestral.

IVAIPORÃ – PR

2023

FISHING EXPEDITION E OS LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FISHING EXPEDITION AND THE LIMITS OF SEARCH AND SEIZURE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

MELO, Biatrys Aparecida de.¹

NOGUEIRA, Jader Gustavo Kozan.²

RESUMO

A pesca probatória, consiste na busca, sem motivo ou causa aparente, em algo ou alguém, de provas e elementos que possam interferir no caso concreto por meio de um desvio de finalidade, onde pode o operador em exercício, valendo-se de seu poder, persuadir ou obrigar o indivíduo a produzir contra si mesmo evidências que venham a lhe prejudicarem. Tal qual, detalhar a respeito do termo "fishing expedition" a fim de questionar e buscar uma solução para os atos de busca e apreensão feitos também em momentos de abordagem policial, o qual colhe-se possíveis provas de maneira inapropriada por motivos torpes e juridicamente injustificáveis. Dentro da área do Direito Penal e do Processo Penal, busca-se com o presente trabalho de curso, pesquisar, debater, compreender e desdobrar-se sobre os limites e possibilidades referentes a busca e apreensão, o encontro fortuito e a validade das provas dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Fishing Expedition. Ordenamento jurídico brasileiro. Limites. Busca e apreensão.

ABSTRACT

Probationary fishing consists of the search, without reason or apparent cause, of something or someone, of evidence and elements that may interfere in the concrete case through a diversion purpose, where the operator in exercise can, using his power, persuade or oblige the individual to produce evidence against himself. In addition, elucidate the term "fishing expedition" to question and pursue a solution to the acts of

¹ Biatrys Aparecida de Melo, estudante do 9º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí – UNIVALE. E-mail: bcida26@gmail.com.

² Jader Gustavo Kozan, pós-graduado em direito e processo penal pelas Faculdades Integradas do Vale do Ivaí; pós graduado em direito imobiliário pela faculdade LEGALE de São Paulo; pós graduado em direito contratual pela faculdade LEGALE de São Paulo; pós graduando em Tribunal do Júri pelo CEI/CERS; Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí – UNIVALE. E-mail: prof_jadernogueira@ucpparana.edu.br.

search and seizure warrant at times of police approach, which collects possible evidence inappropriately for base motives and that is legally unjustifiable. In Criminal Law and Criminal Procedure area, this coursework seeks to explore, debate, comprehend and expand on the limits and possibilities related to search and seizure warrants, fortuitous meetings, and the validity of evidence in the Brazilian legal system.

Keywords: Fishing Expedition. Brazilian Legal System. Limits. Search and Seizure.

1. INTRODUÇÃO.

Compreender o direito é não somente ler e interpretar as leis, ou entender como estas são aplicadas pelos magistrados e utilizadas por todos os operadores, mas, acima de tudo, estar consciente de suas lacunas e disposto a questionar, instigar, pesquisar, debater e debruçar-se sobre seus meios de elaboração e aplicabilidade. O direito brasileiro é o resultado da evolução e adaptação de normas e ordenamentos estrangeiros, como Roma, Inglaterra, Estados Unidos da América, e tantos outros que seja de maneira direta ou indireta, possuem importância na formação da estrutura do ordenamento jurídico conhecido e utilizado.

A utilização e produção de provas são de suma importância no âmbito processual da área jurídica, em especial, dentro do direito processual penal, mas, existe um limite entre utilizar-se dos meios válidos dentro do legalmente aceito, e o fazer, fora dos limites impostos pela lei, ou então, dentro das áreas obliquas desta.

Não há de ser deixado de lado, que na era digital, o direito precisou evoluir junto com as telas das televisões, computadores, *smartphones* e inteligências artificiais, possibilitando a segurança e os direitos dentro do mundo composto por códigos binários e linguagem de programação, sendo de suma importância adaptar-se as necessidades e evoluções da humanidade, ou seja, até onde vai a privacidade do usuário? E quando, como e por que é possível “quebrar” essa privacidade para obtenção e validação de provas?

O termo *fishing expedition*, derivado do ordenamento jurídico norte americano, é utilizado para explicar provas que são colhidas de maneira inadequada, por meios inapropriados e até abusivos de autoridades, consequência das falhas na aplicação do próprio ordenamento.

O direito à privacidade, a inviolabilidade do lar, ao contraditório, a ampla defesa de tantas outras seguridades constitucionais estão, a cada dia mais, sofrendo violentamente com as escusas interpretações e fundamentações das decisões e ações de operadores e magistrados. A maior questão a ser exaurida, seria, então, como a pesca probatória é analisada e julgada no ordenamento jurídico brasileiro? E quais as suas consequências para a garantia do devido processo legal?

O presente estudo, visa compreender os conceitos e delimitar os limites para tais interpretações e aplicações no direito brasileiro em comparação com sua aplicação com outros ordenamentos jurídicos mundo à fora, além de revisar pontos essenciais do direito material e processual penal, constitucional e consequentemente insubstituíveis para a aplicação da norma, com o intuito de garantir a todos o direito de um processo investigativo e um julgamento justo e correto.

2. DOMICÍLIO, INVIOLABILIDADE E PRIVACIDADE EM CONSONÂNCIA COM A BUSCA E APREENSÃO.

O primeiro contato do ser humano com o mundo é, em grande maioria, dentro da própria casa, é ali onde são estabelecidas as primeiras regras, as relações de convívio, os aprendizados, os ensinamentos. É também em casa onde as pessoas almejam estar depois de um dia exaustivo de trabalho e estudos, ou após uma viagem cansativa e duradoura.

É o ambiente onde a segurança e estabilidade é, teoricamente, maior e mais estável, onde as pessoas podem lidar de maneira livre e sincera com suas emoções, guardar seus bens e proteger a si e aos seus.

De maneira demasiadamente técnica, Maria Helena Diniz (2012, p. 246) define domicílio como: “o domicílio é a sede da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos.” Ou seja, uma pessoa pode ter mais de um domicílio, onde nele a pessoa passa a responder por seus atos e responsabilidades, o art. 70 do Código Civil brasileiro (Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002), norteia o conceito como: “Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.”.

Embora conceituem de maneira distintas, ambos os conceitos são complementares, como o artigo 150, § 4º, incisos I, II e III, do Código Penal (Decreto-

Lei n.2.848 de 7 de dezembro de 1940), que além de tratar da violação de domicílio também define o que é compreendido juridicamente como casa, tal qual:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Ou seja, o conceito de “casa” elencado no Código Penal é ainda mais extenso e amplo do que aquele tratado pelo Código Civil. Se em regra, o domicílio é onde a pessoa estabelece residência definitiva ou exerce suas atividades profissionais, este ambiente, que é intimamente ligado ao indivíduo, deve ser protegido como tal. E para isso, a Constituição Federal de 1988 resguarda o sigilo, domicílio e comunicações, no tocante do artigo 5º, inciso XI.

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; (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

Para compreender a correlação entre a privacidade e a inviolabilidade do domicílio com a busca e apreensão perpetuada no ordenamento jurídico brasileiro é necessário conceituar estas últimas.

A busca, segundo Nucci (2020), é uma ação feita pelos agentes do Estado com o intuito de investigação, descoberta e também pesquisa de algo que possa ser utilizado dentro do processo penal, podendo ser feito em pessoas ou lugares. Enquanto compreende a apreensão como uma forma de segurança ao “tomar” algo de alguém ou algum lugar, com o objetivo de produzir uma prova ou preservá-la.

A busca e a apreensão são admitidas tanto no inquérito policial quanto durante o processo judicial, respeitando as regras definidas no artigo 240 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.3.689 de 3 de outubro de 1941), parágrafos 1º e 2º, tal qual:

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.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Vale ressaltar também que a doutrina compreende atualmente três espécies de buscas, sendo a primeira delas definida como busca investigativa, que está postulada no artigo 240 do Código de Processo Penal, “voltada tanto à busca domiciliar quanto à pessoa, consistente na obtenção de alimentos para elucidação da infração já praticada” (AVENA, 2020, p. 1200).

A segunda, é chamada de busca preventiva e segundo Norberto Avena está ligada a busca pessoal, “cujo o objetivo é o de evitar o cometimento de crimes e, conseqüentemente, garantir a ordem público, a incolumidade das pessoas e a integridade do patrimônio alheio.” (AVENA, 2020, p. 1200).

E por fim, a busca exploratória, “[...] 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.” (AVENA, 2020, p. 1201). Nesta última modalidade de busca, em especial em operação realizada pela polícia federal de 2007, as provas obtidas foram consideradas ilícitas pelo STF (Inq. 2.424/RJ, 20.11.2008).

Ora, observa-se então a ação de busca e apreensão de ordem domiciliar, em sua maioria, deve ser munida e respaldada por ordem judicial, devendo estar ser realizada desde que haja a presença de fundadas razões para sua elaboração, enquanto que na busca pessoal precisa haver fundada suspeita, e é neste momento em que muitas divergências aparecem, o que justifica uma suspeita? A busca pessoal é aquela realizada na própria pessoa, em suas roupas e objetos:

(...) por fundadas suspeitas entende-se a desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, diferindo, pois, do conceito de fundadas razões, que requer

uma maior concretude quanto à presença dos motivos que ensejam a busca domiciliar. (AVENA, 2020, p. 1221)

Ou seja, a busca pessoal é subjetiva a vontade de agir e autoridade do agente, o artigo 244 do Código de Processo Penal compreende que a busca pessoal deverá ocorrer a partir de um mandado sendo dispensável em determinados casos.

O problema de medidas assim, com amplo espaço para abusos, poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais. Infelizmente nada disso ocorre e, com ampla complacência dos julgadores, os abusos são frequentes. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 826)

A fundada suspeita é ainda exemplificada por um dos grandes estudiosos de *fishing expedition* dentro do Processo Penal brasileiro, Aury Lopes Júnior (2020) entende que estas buscas justificadas na “fundada suspeita” é mais um reflexo do autoritarismo trazido pelo Código de 1941, reforçando o abuso de poder e oferecendo riscos as garantias e direitos individuais.

Para Alexandre Morais da Rosa a busca pessoal é também limitada dentro do que assegura a Constituição Federal de 1988, não podendo haver violação à intimidade, e, por óbvio qualquer outra ação que possa violar a dignidade da pessoa humana, e se viola garantias constitucionais, a busca pessoal pautada em fundada suspeita, é, no entendimento do STF:

“A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de poder.” STF, Recurso Extraordinário: RE 603616 RO. Relator: Min. Gilmar Mendes.

Sabe-se que o Brasil é um país composto por maioria preta e parda, mais especificamente, cerca de 47% dos brasileiros se declaram como pardos e 9,1% como pretos, são estes os dados colhidos da PNAD Contínua de 2021. Mas, se a maioria numerosa é a minoria social, porque as políticas públicas atingem estas pessoas de maneira insuficiente?

Basta ver a porcentagem carcerária em mais de 60% composta por negros e pardos, tantas mortes de adultos e crianças inocentes vítimas da violência social e do preconceito, segregados em diversas esferas da vida íntima e social, são também

vítimas diárias de preconceitos pelo próprio Estado, muitas vezes, durante a própria abordagem policial, porque é negro, porque se veste de maneira diferente, porque tem um jeito próprio de andar, conversar e se portar.

Em outras palavras, a busca pessoal é, na maioria das vezes, pessoal ao pé da letra, porque o Brasil foi, e ainda é um país extremamente racista e preconceituoso, não à toa ainda hoje, quase quatro anos depois, ainda é difícil acreditar que 80 tiros ocorreram por engano.

Há que se debruçar no que confere e preserva a norma penal, as garantias constitucionais e a segurança do processo para que mais situações como estas sejam evitadas, para que as pessoas certas sejam investigadas e punidas, não dá para ser um “país de todos”, se a maior parte deste “todo” é ignorada e desrespeitada. Por isso é importante que as buscas sejam feitas dentro da lei, que as provas obtidas e utilizadas sigam o que norteiam as normas, que os agentes públicos e os operadores da lei sejam antes de qualquer coisa, humanos.

2.1. OBTENÇÃO E VALIDADE DAS PROVAS.

É importante salientar que o indivíduo não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, isso ocorre em testemunhos, declarações e depoimentos, mas também está assegurado em toda a fase de investigação e também processual. Uma vez colhida ou produzida uma prova, esta, desde que seguindo o estabelecido em lei poderá interferir diretamente no resultado útil.

Tratando-se, pois, da obtenção de provas no momento da busca e da apreensão é necessário conceituar e entender o que é uma prova e qual a importância de sua produção e/ou utilização no processo penal.

Guilherme Nucci (2020) explica que o termo “prova” vem do latim, assim como tantas outras expressões dentro do Direito, no latim, “prova” significa “*probatio*”, que pode ser entendido como uma verificação, exame confirmação ou argumento para algo. Ainda sobre o pensamento de Nucci, a prova tem um valor sempre relativo, onde na busca de provar algo dentro do processo, essa investigação poderá encontrar algo que é supostamente verdadeiro, ou seja, a prova é uma suposta verdade.

Os meios de prova, segundo Nucci (2020, p. 685) são: “todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos do processo.” Sabe-

se, pois, que em regra os meios utilizados para obtenção de provas devem ser lícitos, ou seja, admitidos pelo ordenamento jurídico, contudo, muitas vezes dentro da fase de inquérito e também processual, provas são obtidas por meios ilícitos, meios estes que são contrários ao que aprova o ordenamento jurídico, bem como valores morais, constitucionais e demais princípios gerais do direito.

Tão importante como a prova e seus meios é a sua finalidade, pois, é simples dizer que a prova é necessária e importante para que o órgão julgador profira sua decisão. Renato Brasileiro de Lima afirma ainda que: “[...] por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica.” (LIMA, 2020, p. 658).

As provas que são obtidas por meios ilícitos em regra, não podem ser utilizadas no processo criminal, o artigo 157 do Código de Processo Penal afirma que as provas obtidas mediante violação das normas constitucionais ou ilegais são ilícitas.

Ainda dentro do âmbito das provas, é importante salientar aquelas que são obtidas a partir do colhimento ou produção de outras, esta situação pode ser denominada como encontro fortuito, e ocorre quando a autoridade policial encontra de maneira não-voluntária, durante o atendimento de alguma ocorrência ou diligência, alguma prova que pode ser utilizada em alguma outra infração penal que não aquela que está em investigação ou averiguação de fato. O professor Aury Lopes Junior, para além de tratar sobre o assunto de maneira excelente e didática, assegura ainda que: “[...] é preciso compreender que o tal ato judicial que autoriza a busca domiciliar é plenamente vinculado e limitado”. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 824) É importante compreender qual é o papel das provas que são obtidas desta maneira, e embora a interpretação não seja unânime, Renato Brasileiro de Lima exemplifica que:

Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida. (LIMA, 2020, p. 697)

Sendo assim, embora a Constituição Federal garanta a segurança e a não violação do domicílio, em caso de flagrante delito isto é possível, e se, durante tal diligência, a autoridade policial devidamente autorizada a entrar em território e domicílio alheio encontra prova distinta à infração que os levaram a violação, estas

provas podem ser colhidas e poderão ser consideradas válidas.

Deve-se compreender, portanto, que quando há a ocorrência de um crime ou delito, há, tão igual ou simultaneamente o ferimento à um direito, dentro do ordenamento jurídico, em especial no processo penal é necessário que exista a causa provável, o denominado *fumus commissi delicti*, a prova da existência de um crime e indício de autoria exorbitantes para que seja decretada uma medida cautelar.

2.2. CONCEITO DE “FISHING EXPEDITION” E A APLICAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO.

Nas palavras de Viviani Ghizoni da Silva, *fishing expedition* ou traduzindo para o português “pesca probatória” é: “um instituto atrelado à busca e à apreensão cujas origens remetem ao final da Idade Média na Inglaterra.” (SILVA, 2022, p. 12).

Ocorre quando há uma busca especulativa sem a denominada “causa provável” com o intuito de obter ou valorar provas fora dos limites legais estabelecidos com a intenção de responsabilizar alguém penalmente, esta busca pode acontecer tanto no meio físico, nas buscas e apreensões, como no meio digital, como escutas telefônicas, por exemplo.

“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 fisgados, muito menos a quantidade, mas se tem “convicção””. (ROSA, 2021, online).

Vale ressaltar que embora tenha ligação histórica com o continente europeu, a pesca probatória teve sua maior aplicação no direito estadunidense. É na *fishing expedition* que ocorre a ação contrária ao que postula diversos direitos, diferente da maioria dos ordenamentos que exigem uma “causa provável” para que o Estado autorize que um agente público interfira diretamente na vida ou no espaço de um indivíduo desde que indícios plausíveis e que sejam posteriormente comprovados existam.

Ou seja, é vedada a investigação e “pesca” de provas de caráter apenas subjetivo, essa vedação é necessária para que não ocorra ilegalidades processuais, em especial atos ilícitos de agentes públicos como o abuso de autoridade.

De maneira geral, a Constituição estadunidense também garante o processo legal por meio de vedações as buscas sem causa provável, entretanto, ainda em 1947 a Suprema Corte dos EUA considerou que a *fishing expedition* não poderia ser

utilizada de maneira ampla para impedir que fossem investigados fatos referentes ao caso em julgamento, à época o que ficou conhecido como Hickmann v Taylor.

Décadas após, em 1989, no caso Loftin v. Martin, a Suprema Corte do Texas entendeu que é necessário um pedido de busca e apreensão que especifique a coisa e o local a serem buscados, justamente em razão da proibição da busca generalizada.

Ou seja, embora as Cortes tenham entendimentos diferentes sobre a consideração ou não do uso da *fishing expedition* dentro do processo penal, vale ressaltar a sua importância para o resultado útil da análise e do julgamento, no Brasil, as decisões reiteradas sobre o tema poderá levar à uma discussão maior sobre o que se trata com o intuito de que as súmulas e jurisprudências possam de uma vez por todas combater quaisquer tipos de controvérsias e dúvidas.

2.3. “PESCA PROBATÓRIA”, JULGADOS, DECISÕES E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

O termo *fishing expedition* definido acima faz referência ao pé da letra da palavra “pesca”, uma vez que o agente pode procurar por provas em um determinado local ou alguém sem saber se há ou não a possibilidade de encontrar algo, apenas por uma suspeita ou achismo.

Isso pode acontecer não somente em buscas pessoais, mas também, principalmente em casos de busca e apreensão que muitas vezes não especificam o objeto a ser buscado e apreendido, deixando assim lacunas para que ocorra diversos atos que ferem os pressupostos estabelecidos pelo artigo 243 do Código de Processo Penal, bem como princípios constitucionais e também o devido processo legal. Ainda em sua obra, Silva observa que “o (ab)uso das prisões cautelares como tática de aniquilação tem sido prática recorrente no processo legal do espetáculo.”, (SILVA, 2022, p. 51) neste quesito, é tratado sobre como muitas vezes os atos de prisão são proferidos apenas no que tange o Código de Processo Penal, como também acabam tornando-se um ato investigativo por parte do agente, com o intuito de obter provas ou declarações de fatos desconhecidos, estas situações estão presentes não somente em mandados de busca e apreensão ou busca pessoal, como também e de maneira especial nas interceptações telefônicas.

Por isso entende-se necessário que durante todo o curso investigativo e também processual os agentes e entes envolvidos sigam o que determina o Código

de Processo Penal, em especial os artigos 243 e 315, § 2º. “Apontada como consequência do direito contra autoincriminação, a vedação à *fishing expedition* acaba desempenhando papel garantidor dos direitos individuais de maneira ampla” (SILVA, 2022, p. 55).

Vê-se no direito estadunidense o uso das investigações com intuito de pesca de informações para que, até mesmo antes de estar devidamente registrado, ainda no ato de investigação, os próprios investigadores deixem com que algumas destas informações colhidas vá a público, ganhe relevância midiática e possa, de alguma maneira influenciar a decisão do magistrado e favorecer a própria conduta perante a sociedade.

Ocorre que, no sistema jurídico brasileiro, o judiciário é contra majoritário, com a finalidade de sustentar o direito e não eventual interesse de maiorias – mesmo que, por vezes, isso não agrade a população (ou aos órgãos de investigação/acusação), no entendimento de Silva (2022).

No Brasil, o termo *fishing expedition* ou, pesca probatória é pouco utilizado e conseqüentemente, pouco estudado e debatido, ou seja, existem poucos julgados acerca do tema e para Silva (2022) demonstra também que muitos advogados e defensores públicos desconhecem a temática, já que, se por sua vez usassem este argumento, os Tribunais iriam necessariamente debater-lo.

E sem o devido debate sobre a temática, diferentes julgamentos de situações próximas ou parecidas são interpretados e sentenciados de maneira diversa, salientando ainda mais a ideia de que esta busca da verdade real acaba sacrificando diversos direitos fundamentais em nome do bem comum e: “[...] acaba sendo legitimada pelo poder judiciário que, com base em parâmetros questionáveis, reconhece a ampla validade de provas obtidas por meios, no mínimo, controversos.”. (SILVA, 2022, p. 65).

Imagina-se uma situação em que, um indivíduo, homem e branco está transitando em via pública com um outro indivíduo de cor preta e trajando roupas largas, é noite e ambos conversam enquanto caminham de volta para casa, até que são abordados pela polícia e esta, após realizar busca pessoal, com um dos indivíduos encontram alguns gramas de maconha. Imediatamente é dado a eles voz de prisão em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas.

Seria esta busca pessoal e a prisão justificadas pela “atitude suspeita” teoricamente observadas pelos agentes policiais?

A 6ª Turma do STJ deliberou sobre um caso parecido no RHC 158.580 considerando que é: “ilegal a busca pessoal ou veicular, sem mandado judicial, motivada apenas pela impressão subjetiva da polícia sobre a aparência ou atitude suspeita do indivíduo.” (STJ, 2023, online).

Ainda sobre o tema, o relator, ministro Rogério Schietti Cruz, mesmo que ocorra o encontro de drogas durante a busca, esta não é uma justificativa que valida as provas obtidas por meio desta, dando margem até para uma possível responsabilização penal dos agentes envolvidos.

Com o intuito de repelir atitudes de abuso de autoridade e também violência entre agentes e civis é que se entende de suma importância que as autoridades policiais façam o uso das câmeras de segurança postas nas roupas dos servidores, garantindo assim que o trabalho realizado por estes e as condutas proferidas pelos demais sejam devidamente registradas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Logo, a problemática em questão é um assunto além do que somente os embasamentos legais da busca e apreensão, ou de como aplica-la devidamente sem prejudicar algum direito constitucional. Assim como todas as dificuldades e empecilhos possuem uma fonte, a pesca probatória e seus reflexos, também. Fato é que o direito postulado e ainda utilizado nos dias atuais, especialmente o direito penal e processual penal possui parâmetros ultrapassados, classistas e que tem, mesmo que de maneira indireta, influência maior sobre as minorias sociais.

Toda a incidência criminal é também resultado de uma carência e desatenção social, sendo necessário que para além de reformular a própria lei, necessita atentar-se as condições à sua volta, garantindo políticas públicas de qualidade, educação, saúde, qualidade de vida, moradia e tantos outros que para algumas pessoas ainda parece algo tão distante.

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, tutela a dignidade da pessoa humana, mas muitas vezes ocorrem situações de busca pessoal vexatória, outro bem tutelado é o domicílio, que por vezes é violado em situações de busca e apreensão indevidas ou infundadas, e por isso é de suma importância que o direito processual funcione, e que os entendimentos jurisprudenciais sejam utilizados com maior frequência.

Por todos estes aspectos, e muitos outros é que a *fishing expedition* precisa ser cada dia mais estudada, fundada e julgada da maneira correta, pois, atentar-se somente ao que trata um código tão antigo é insuficiente para conciliar com as mudanças jurídicas e sociais. É uma prática que necessita de atenção, que deveria ser debatida e vista com rigor pelo judiciário brasileiro, com o intuito de não somente garantir o devido processo legal, mas assegurar direitos básicos que são frequentemente violados com a prática da pesca probatória, além de preparar os agentes da lei para que não ocorra erros de tipo, erros na execução do trabalho e principalmente abusos de autoridade.

Sendo assim a *fishing expedition* uma incógnita de aplicabilidade ou não tanto em outros países como os Estados Unidos, como também no Brasil, onde as teses de defesa ficam reféns de seguranças legais e busca e apreensão, ao mesmo tempo que precisa valer-se dos mesmos meios legais para garantir um processo justo sem prejudicar a ampla defesa, o *in dubio pro reo* e ao contraditório.

A pesca probatória é, portanto, uma prática ilícita e que não deve ser realizada por meio dos agentes públicos e não pode ser aceita pela Poder Judiciário, havendo a necessidade de um entendimento mais aprofundado do STJ e STF para que seja aplicado em outros casos com a mesma temática as medidas necessárias pra sua prevenção e/ou punição.

Conclui-se com o presente trabalho, que a prática da pesca probatória, sendo esta a procura infundada em algo ou alguém, com o intuito de colher provas ou informações sem a devida autorização, não é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, e que por muitas vezes pode ser associada ao encontro fortuito, contudo, não é correto confundi-las, analisa-las e julga-las da mesma maneira. Sendo de suma importância que o legislador, o magistrado e os agentes públicos estejam devidamente preparados para fazer estas análises e julgamentos de maneira correta para que o acusado não se torne também uma vítima de normas jurídicas e preconceitos raciais e culturais, sem deixar de realizar os atos legalmente aceitos e sem interferir de maneira que prejudique o que de fato é o devido processo legal.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941.

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

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol 1. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Conheça o Brasil – população. PNAD Contínua 2021. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>>. Acesso em: 18/06/2023

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. - 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima. – 8. ed. rev, ampl e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. A prática de fishing expedition no processo penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>> Acesso em: 23 de março de 2023.

SILVA, Pierre Franklin Araujo. O fishing expedition e os entendimentos do STJ: a vedação à chamada pescaria probatória e a descoberta do novo “ilícito” no curso da investigação. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/365591/o-fishing-expedition-e-os-entendimentos-do-stj>> Acesso em: 23 de março de 2023.

SILVA, Viviani Ghizoni da. Et al. Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do Processo Penal. – 2. ed. – Florianópolis: emails, 2022.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RO, Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 05/11/2015. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/864040028/inteiro-teor-864040034>>. Acesso em: 16 de junho de 2023.

STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 158.580. BA 2021/0403609-0.
Relator: Min. Rogério Schiatti Cruz. DJ: 20/03/2023. STJ, 2023. Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>>. Acesso em: 16 de junho de 2023.