



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO**  
**CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DO ARAGUAIA**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**  
**CURSO DE DIREITO**

**PEDRO AUGUSTO COLOMBO MOLINA**

**A FISHING EXPEDITION E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO: o**  
uso da investigação ampla e genérica como possível flerte com modelos autoritários

**BARRA DO GARÇAS-MT**

**DEZEMBRO/2020**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO**  
**CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DO ARAGUAIA**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**  
**CURSO DE DIREITO**

**PEDRO AUGUSTO COLOMBO MOLINA**

**A FISHING EXPEDITION E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO: o**  
uso da investigação ampla e genérica como possível flerte com modelos autoritários

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Câmpus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso, como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II, sob orientação do Prof. Alexandre Fernandes Silva e coorientação do Prof. Felipe Rodolfo de Carvalho.

**BARRA DO GARÇAS-MT**

**DEZEMBRO/2020**

PEDRO AUGUSTO COLOMBO MOLINA

**A FISHING EXPEDITION E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO: o**  
uso da investigação ampla e genérica como possível flerte com modelos autoritários

Monografia apresentada ao curso de Direito, do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito.

\_\_\_\_\_ em \_\_/\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
Orientador: Alexandre Fernandes Silva

\_\_\_\_\_  
Coorientador: Felipe Rodolfo de Carvalho

\_\_\_\_\_  
Convidado: Valdeir Ribeiro de Jesus

*Dedico este trabalho a todos os estudantes que passam raiva e estresse com suas monografias e também dedico a todos aqueles que acreditam em um processo penal mais humano e racional.*

## **AGRADECIMENTOS**

Venho, primeiramente, agradecer à minha família, em especial a meu pai e à minha mãe, que acreditaram, permitiram e apoiaram minha ida à cidade de Barra do Garças para poder cursar o Curso de Direito.

Ao professor Felipe Rodolfo, que se disponibilizou voluntariamente a me auxiliar na confecção deste trabalho e que, com paciência, me auxiliava a tirar minhas dúvidas. Também ao professor Alexandre, que, no meio do caminho, aceitou continuar a orientação de meu trabalho, me ajudando muito no término deste.

À minha irmã mais nova, que, durante esses meses, ouviu minhas reclamações, minhas angústias e conviveu com meu estresse durante a confecção deste trabalho, que, com certeza, foi o maior desafio da Faculdade, sendo essa, com certeza, uma das fases mais árduas e difíceis em minha jornada.

Não podia deixar de agradecer a meus amigos, que, durante esse período difícil, estavam lá para me ajudar, me ouvir e conversar nesses tempos complicados de TCC e de pandemia.

Por fim, agradeço a cada amigo e pessoa que conheci na cidade de Barra do Garças e que colaborou para esta ser uma maravilhosa experiência de aprendizado e amadurecimento.

*“[...] k. vivia no entanto num estado regido pelo direito, a paz reinava em todo lugar, todas as leis estavam em vigor, quem ousava invadir-lhe a casa? Tinha sempre tendência para levar as coisas de ânimo leve, tanto quanto possível, para só acreditar no pior quando o pior acontecia, para não tomar nenhuma precaução relativamente ao futuro, mesmo quando estava cercado de ameaças.” (KAFKA, Franz. **O Processo**, 1925)*

## RESUMO

O presente trabalho buscou analisar e compreender do que se trata a *fishing expedition* e quais seus possíveis reflexos no processo penal e na prática. Procurou-se analisar se essa “técnica” investigativa estaria de acordo com a legislação brasileira e com os princípios constitucionais garantistas que regem a persecução penal. Para isso, foi realizada pesquisa aplicando tanto o método dedutivo quanto indutivo além da análise qualitativa de casos onde se enxergou o fenômeno pesquisado. No primeiro capítulo foi analisado os fundamentos do Estado, do processo e da teoria da prova; no segundo estudou-se a origem do fenômeno e questões de legalidade e entendimentos relacionados a este; o terceiro, por fim, tratou da teoria do garantismo de Ferrajoli, elementos autoritários no sistema brasileiro e casos ligados a temática. Constatou-se que o uso das *fishing expeditions* não está de acordo tanto com leis infraconstitucionais quanto com a Constituição, enxergando-se no fenômeno traços de modelos autoritários, modelos esses que podem ser combatidos com a doutrina do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

**Palavras-chave:** *Fishing Expedition*. Garantismo penal. Direitos Fundamentais. Modelos autoritários.

## ABSTRACT

The present work sought to analyze and understand what a fishing expedition is about and what its possible consequences in the criminal process and in practice. We tried to analyze whether this investigative “technique” would be in accordance with Brazilian law and with constitutional guaranteeing principles that govern criminal prosecution. For this, a research was carried out using both the deductive and inductive methods, in addition to the qualitative analysis of cases where the researched phenomenon was seen. In the first chapter, the foundations of the State, the process and the theory of evidence were analyzed; in the second, the origin of the phenomenon and questions of legality and understandings related to it were studied; the third, finally, dealt with Ferrajoli's theory of guaranteeism, authoritarian elements in the Brazilian system and cases related to thematic It was found that the use as fishing expeditions is not in accordance with both infraconstitutional laws and the Constitution, seeing in the phenomenon traces of authoritarian models. Models that can be fought with Luigi Ferrajoli's doctrine of penal Garantism.

**Keywords:** *Fishing expedition.* Legal Garantism Theory. Fundamental rights. Authoritarian models.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADECON – Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais

COANA – Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda

CPP – Código de processo penal

MST – Movimento dos Trabalhadores sem Terra

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 ESTADO, PROCESSO E PROVA.....	12
1.2 Estado e processo penal .....	18
1.3 Processo penal e provas .....	25
2 FISHING EXPEDITION .....	31
2.1 Origem e conceito.....	31
2.2 O instituto à luz da lei e da Constituição .....	35
2.3 Recepção nos tribunais e serendipidade .....	44
3 CONFLITO ENTRE GARANTISMO E MODELOS AUTORITÁRIOS .....	50
3.1 O modelo garantista .....	50
3.2 O conflito e o contexto brasileiro .....	57
3.3 Casos no âmbito nacional e a compatibilidade com preceitos do autoritarismo.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	73
REFERÊNCIAS.....	76

## INTRODUÇÃO

A persecução penal é sem dúvidas um assunto muito frequente no dia a dia do brasileiro, tanto nos grandes meios de comunicação quanto no bate boca entre populares, incluído aí, agora, nos dias atuais, o debate nas redes sociais. Em que pese a democratização do debate a respeito da temática criminal seja interessante sob o ponto de vista de engajamento social na temática, por outro lado, esta também causa uma verdadeira chuva de opiniões vazias e sem embasamento teórico, muitas repletas de alarmismo e “crendices jurídicas”, que acabam por serem aceitas como verdade por boa parte da população. Nisso, há o crescimento de discursos obstinados pelo fim da “impunidade”, que pregam a supressão de direitos e garantias fundamentais, os chamados “direitos dos manos”, como solução mágica para os problemas da criminalidade no país.

Em razão do constante e perigoso crescimento desse tipo de pensamento que clama por uma maximização direito penal e minimização de direitos básicos, enxergou-se a necessidade de trazer à tona um fenômeno que aparentemente parece dialogar em certo nível com tal discurso: a *fishing expedition*. Termo que ganhou destaque no âmbito nacional em razão da polêmica dos mandados de busca e apreensão genéricos expedidos contra favelas do Rio de Janeiro

O presente trabalho buscou pesquisar e fazer análises do uso dessa técnica no âmbito nacional, procurando-se dar destaque à sua prática nos instrumentos jurídicos anteriormente mencionados e na interceptação telefônica.

Buscou-se, aqui, descobrir se o uso dessa técnica, que envolve investigações amplas e genéricas conhecidas também como “pescas probatórias” seria um meio adequado e proporcional de se promover a persecução penal, e se este meio estaria em consonância com o sistema constitucional vigente e com as diretrizes do pensamento do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Buscou-se também fazer uma análise geral de como o Brasil se encontra com relação a essa temática.

Objetivou-se, portanto, descobrir quais seriam as implicações da *fishing expedition* no processo penal, tendo em conta sua base firmada em um Estado Democrático de Direito e a concepção de um processo nos moldes da doutrina garantista.

A pesquisa buscou, então, uma análise da função do Estado, seu surgimento e desenvolvimento juntamente com o processo. Também procurou compreender a teoria da prova e as provas ilícitas no âmbito da persecução penal. Com isso, foi-se atrás de investigar a *fishing expedition*, apresentando em que ela consiste, analisando casos que vieram a ocorrer e, por fim, trazendo à discussão se tal “técnica” não poderia facilmente ser desvirtuada, o que causaria o mal uso dos instrumentos de investigação criminal, com objetivos diversos dos que legitimam a razão de sua existência, causando situações e mesmo vigilâncias injustas e arbitrárias.

No primeiro capítulo, buscou-se fazer uma análise geral do conceito de Estado, suas teorias de legitimação e surgimento e evolução ao longo da história. Passou-se, depois, para um estudo acerca do desenvolvimento do processo com o passar dos séculos, com destaque obviamente ao processo criminal, finalizando-se com um estudo a respeito da teoria da prova, prova ilícita e as implicações dessas na persecução penal.

No segundo capítulo, falou-se do conceito da *fishing expedition* e situações históricas que tiveram influência nessa temática. Passou-se, depois, para um estudo desse instituto à luz das leis e da Constituição pátria, o que levou inevitavelmente à análise de entendimentos judiciais e temáticas que se relacionam com o tema.

Por fim, no terceiro capítulo, foram apresentadas noções a respeito do garantismo penal de Ferrajoli, comentando-se também a figura teórica peculiar surgida no ambiente jurídico brasileiro. Seguiu-se com uma análise do contexto brasileiro para se investigar se o seu sistema punitivo estaria de acordo com os preceitos do jurista italiano. Finalizando, foram trazidos casos em que se visualizou o fenômeno estudado, onde se buscou enxergar os seus efeitos, suas possíveis bases teóricas etc.

Para o desenvolvimento desse trabalho foram analisadas doutrinas, leis, artigos científicos, julgados, documentos adquiridos via *internet* etc. O método de pesquisa utilizado foi tanto o dedutivo quanto o indutivo, mostrando-se este estudo no final um tanto qualitativo também, uma vez que fez descrições e análises na tentativa de compreender o fenômeno pesquisado.

Parte-se da hipótese de que a “técnica” em estudo pode facilmente ser utilizada de maneira desproporcional e mesmo ser manipulada, com vista a outros objetivos nefastos e que se desviam em muito do propósito do processo em um Estado Democrático de Direito.

# 1 ESTADO, PROCESSO E PROVA

## 1.1 Estado

A figura do Estado, um tanto abstrata a primeira vista, foi e ainda é objeto de estudo por parte de muitos acadêmicos e profissionais das mais diversas áreas do conhecimento. Sendo um fenômeno social complexo como é, esse ente tão presente em nosso cotidiano já foi analisado através de diversos prismas, a exemplo do direito, da sociologia, da filosofia etc. Seu surgimento para muitos estudiosos coincide com o surgimento das primeiras civilizações, apesar da palavra “*Stato*”<sup>1</sup> só haver sido empregada no ocidente milhares de anos depois na obra *O príncipe*, de Nicolau Maquiavel<sup>2</sup>. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari<sup>3</sup> o Estado seria: “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Apesar de posições divergentes quanto a seus elementos básicos, é amplamente ensinado que são necessárias para a caracterização do Estado no mínimo três características: povo, território e poder soberano.

“Povo” aqui não se confunde com “população”, que é a totalidade de indivíduos que vive em determinada região. Para o conceito aqui estudado, “povo” são os indivíduos que possuem uma efetiva ligação jurídica com a figura estatal<sup>4</sup>, a exemplo de um cidadão de um determinado país ou o súdito que se submete a autoridade de um monarca. Portanto, povo não se confunde com o conceito de população, que abrange qualquer um que esteja no território. Já “território” é o limite geográfico no qual é exercido o poder de um Estado. Por fim, “poder soberano” é um governo que possua o poder supremo dentro dos seus domínios, assim não se submetendo a nenhum outro Estado e tendo independência na esfera internacional<sup>5</sup>.

Esses conceitos mostram um mínimo comum à existência de todos os Estados; contudo, em razão de importantes particularidades, estudiosos da área dividiram estes em classificações, levando-se em conta aspectos presentes ao longo da história do mundo ocidental. Dallari, falando da evolução histórica do

---

<sup>1</sup> “Estado” na tradução do italiano para o português

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p.59

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 122

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p.100

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 80-91

Estado, classifica-o em Estado antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e, por fim, Estado Moderno<sup>6</sup>.

O Estado antigo (período que corresponde entre 3000 a.c. e século V d.c), a exemplo das antigas civilizações do Oriente, Egito antigo etc., se mostrava um conjunto confuso que misturava família, religião e organização econômica sem uma separação aparente, não se distinguindo o pensamento político da religião, moral, filosofia etc. Havia uma natureza unitária e religiosa presente na formação deste: natureza *unitária*, por não haver uma clara divisão territorial e de funções, característica que se estende por toda a antiguidade. Quanto à religiosidade, é tão marcante que muitos autores entendem que o Estado nesse período poderia ser classificado como *teocrático*, com a figura do governante sendo essencialmente divina e de poder ilimitado em diversos casos, em outros a figura do governante era diretamente influenciada e limitada por uma vontade “superior” que era transmitida por meio da classe dos sacerdotes<sup>7</sup>

A evolução da história nos leva às cidades-Estado da Grécia antiga (período que se estende entre os séc. VI e IV a.c) As chamadas *polis* possuíam um ideal de autossuficiência, que foi importante para a manutenção desse *status* de cidade-Estado, pois, mesmo conquistando outros povos através de batalhas, não havia em mente a intenção de expansionismo territorial nem de integração social com os derrotados<sup>8</sup>, mantendo, assim, seu caráter de “cidades”. Uma característica peculiar desses povos, e que por muitas vezes é “romantizada”, é o fato de na época eles decidirem os assuntos políticos da *polis* de maneira democrática através de debates em praça pública; entretanto, tais direitos políticos se destinavam apenas a uma “elite”: os homens livres, com mais de 21 anos, nascidos de pais atenienses, considerados cidadãos. Desse modo, diversos grupos (a maioria) como escravos, mulheres e estrangeiros eram excluídos das decisões e do poder político.

Prosseguindo na análise, chegamos ao Estado Romano, que começou como um pequeno agrupamento de pessoas e que posteriormente se tornou um Estado

---

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p.70-79

<sup>7</sup> Para todas as informações do parágrafo: DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 70-71

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 71-72

com aspirações de se constituir em um império mundial<sup>9</sup>. Para Dallari, uma das características mais importantes do Estado Romano é “a base familiar da organização, havendo mesmo quem sustente que o primitivo Estado, a *civitas*, resultou da união de grupos familiares”<sup>10</sup>. Em razão disso, sempre foram concedidos privilégios aos que integravam as famílias patrícias (a nobreza da época), que eram compostas pelos descendentes dos fundadores de Roma. Durante sua história, a sociedade romana vivenciou tanto um império quanto um período republicano. Ainda assim, durante muitos séculos o povo possuía participação direta no governo, porém cabe ressaltar que, semelhantemente às cidades-Estado gregas, o conceito de “povo” era bastante restrito, comportando uma pequena faixa da população: aos patrícios durante muito tempo foram reservadas de maneira exclusiva as cadeiras principais de magistrados (governantes supremos). Com uma evolução lenta e gradual, as camadas sociais subalternas foram adquirindo e preservando direitos, o que colocava o plebeu romano em situação superior a de outros povos conquistados. Esse cenário, contudo, mudou com a naturalização de todos os povos do império pelo imperador Caralaca, somada à posterior liberdade religiosa assegurada por Constantino. O crescimento do cristianismo foi considerado por diversos estudiosos o começo do fim do grande império, em razão do lento desaparecimento da noção de superioridade romana, que foi a base da unidade daquele Estado.<sup>11</sup>

A queda do Império Romano do Ocidente deu início a um novo período histórico. A famigerada Idade Média (compreendida entre os séculos V e XV d.c.) trouxe consigo uma nova organização social. Três características são essenciais para entender esse período: as invasões dos bárbaros, o feudalismo e o cristianismo.<sup>12</sup> As invasões de povos estrangeiros ao território romano já ocorriam há séculos, causando graves perturbações sociais. Com seu declínio, a falta de um poder central ocasionou uma fuga da população das cidades para o campo em busca de proteção. Esses ataques patrocinados por povos germanos, eslavos etc., juntados posteriormente às invasões de povos do norte da África e do Oriente, além de guerras internas entre cristãos e não cristãos, ocasionaram um período de

---

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 72

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 72

<sup>11</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 73

<sup>12</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 74

grande instabilidade na Europa, o que levou a uma pulverização do poder político, característica marcante do feudalismo.

Diferente do poder centralizado de Roma, os reis desse período não possuíam força suficiente para a imposição de suas vontades. Deste modo, houve o surgimento de inúmeros núcleos de poder dentro de um mesmo território, cenário em que a posse de terras era muito valorizada em razão das deficiências do comércio, causadas pela situação de instabilidade da época.<sup>13</sup>

A ligação do feudalismo com a terra era evidente e de suma importância. É importante destacar dois institutos jurídicos daquele tempo, a começar pela *vassalagem*, relação de direito real e caráter pessoal na qual senhores de terra menos poderosos juravam fidelidade ao senhor feudal, com apoio em guerras e contribuições pecuniárias em troca de proteção. Essas relações acentuavam o poder político dos feudos, colaborando para que tivessem ordem jurídica autônoma e desvinculada do Estado.<sup>14</sup> O segundo instituto é o do *benefício*, em que o senhor feudal e um chefe de família sem patrimônio firmavam contrato, pelo qual este receberia uma porção de terra para extrair sua subsistência, entregando uma parte àquele.<sup>15</sup> Chama atenção nesse tipo de negócio que “o senhor feudal adquiria sobre ele e sua família o direito de vida e de morte, podendo assim estabelecer regras de seu comportamento social e privado”.<sup>16</sup> Desse modo, fica evidente a situação de fragilidade na qual se encontrava a população em geral, que, por depender dos poderosos para sua proteção e subsistência, estava sujeita a todos os tipos de exploração e de abuso.

Por fim, mencione-se o terceiro elemento do Estado Medieval: o cristianismo. Além dos senhores feudais, havia outro ator importante nesse cenário que disputava o poder com os monarcas daquele tempo: a Igreja Católica, grande senhora feudal. Nos tempos medievais, ela alcançou seu apogeu, já que possuía enorme influência política e espiritual na Europa Medieval. Diferente do Estado moderno, aqui se encontra uma verdadeira mistura entre o poder secular e o poder religioso, com constantes conflitos entre a autoridade do imperador (que tinha pretensões de influir em assuntos do clero) e a autoridade do Papa (que tinha

---

<sup>13</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 76.

<sup>14</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 77

<sup>15</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 77

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 77

pretensões de influir em assuntos de natureza temporal)<sup>17</sup>. É nessa fase histórica, com a igreja possuindo grande influência no poder secular, que surge a figura do processo inquisitório<sup>18</sup>, que será analisada mais à frente. Dallari constata que as instabilidades políticas econômicas e sociais, combinadas com o desejo de uma autoridade central que pudesse impor ordem, foram “o germe de criação do Estado Moderno”.<sup>19</sup>

Chega-se, em seguida, ao Estado Moderno. Vindo atender aos anseios de diversos segmentos sociais, é marcado pela concentração do poder político nas mãos do imperador, que, após a queda do modelo feudal, possuía as forças necessárias para impor sua autoridade, pondo fim, assim, às infinitas ordens jurídicas que eram características do Estado medieval. Outra marca desse período pós Estado medieval é a cisão entre o poder secular e o poder eclesiástico. O rei agora reconhecido como autoridade suprema não aceitaria mais ingerências da igreja em assuntos de sua alçada. A conhecida frase atribuída ao rei francês Luis XIV “*L’État c’ est moi*” é uma síntese do absolutismo monárquico que adveio com o surgimento do Estado Moderno. Essa síntese é reforçada pelo pensamento de diversos grandes nomes da época. Nicolau Maquiavel, no livro *O Príncipe*, em seu capítulo XXIV, denominado “Por que os príncipes da Itália perderam os seus Estados”<sup>20</sup>, deixa cristalina a noção de que o aparato estatal era uma mera propriedade do governante. Aqui, é possível visualizar uma problemática no que tange à figura indivíduo, que fica a mercê das tiranias do Soberano, que pode a seu feitio condenar, inocentar, prender, executar etc.

Observada a evolução histórica, chega-se afinal a perguntas inevitáveis: Quando teriam surgido os primeiros Estados? Quais as motivações e fatores que determinaram suas criações? Apesar de não haver certezas quanto a esses questionamentos (façanha que dificilmente se alcançará), foram criadas diversas teorias para responder a essas questões. Começando pelo surgimento, Dallari reduz as teorias em três posições, as quais considera fundamentais: a *primeira* considera que o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, sendo este algo

---

<sup>17</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 74

<sup>18</sup> Segundo Renato Brasileiro, o processo inquisitório adveio do direito canônico, tendo posteriormente se propagado aos tribunais civis (2016, p. 12)

<sup>19</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 77

<sup>20</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe, 1998, p. 117

inerente a vida social<sup>21</sup>; a *segunda* coloca que a sociedade humana já existiu sem o Estado, contudo, a partir de certo grau de evolução (que varia de acordo com território e tempo), este veio a ser necessário para atender a inúmeras demandas ou convivências sociais<sup>22</sup>; a *terceira* considera que o Estado surgiu apenas quando adquiriu características bem específicas, entre as quais a soberania<sup>23</sup>, motivo pelo qual só se reconhece o surgimento do Estado em meados do século XVII.<sup>24</sup>

Com respeito às teorias de formação, Dallari<sup>25</sup> as divide em dois grandes grupos: as teorias de formação natural e as contratualistas. As de formação natural, como já diz o nome, entendem que a o Estado se formou naturalmente com a evolução da sociedade, diferentemente das contratualistas, que entendem que o Estado surgiu de uma vontade voluntária dos homens, por meio do chamado contrato social.

As teorias não contratualistas de maior relevância quanto às causas de surgimento são<sup>26</sup>: *origem familiar*, que remetem a criação dos Estados ao aumento de grupos familiares; *origem em atos de força*, que afirma o Estado ser resultado de uma relação de dominação decorrente de conflitos entre grupos, na qual os vencedores teriam criado o Estado para explorar os grupos vencidos; *origem em causas econômicas*, a qual propõe que “o Estado teria sido formado para se aproveitarem os benefícios da divisão do trabalho, integrando-se as diferentes atividades profissionais, caracterizando-se, assim, o motivo econômico”.<sup>27</sup> Essa teoria tem, sem dúvidas, como adeptos de maior destaque Karl Marx e Friedrich Engels, que qualificam o Estado como um instrumento da classe burguesa para manter a exploração da classe proletária, defendendo que este, por não ter existido nos primeiros tempos da humanidade, poderá vir a ser extinto futuramente, em razão de ser uma criação artificial, para manter de modo ilegítimo os privilégios de uma minoria.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 60

<sup>22</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 60

<sup>23</sup> Por essa razão há corrente de autores como José Carlos Atabaliba Nogueira que consideram o feudalismo como determinante para a constituição do Estado (apud DALLARI, 2011, p. 61)

<sup>24</sup> Para os autores dessa posição a paz de Westfália é fato que marca o surgimento do Estado definitivo do Estado com todas suas características (DALLARI,2011, p.61)

<sup>25</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 62

<sup>26</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 62

<sup>27</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 62

<sup>28</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 63

Quanto às teorias contratualistas, entre tantos nomes notáveis, figura o de Thomas Hobbes. Em sua obra “Leviatã”, ele mostra pessimismo em relação ao ser humano, ao considerar que, no chamado “estado de natureza”, o homem tende a ser mau e egoísta<sup>29</sup>, o que gerava guerra constante de “todos contra todos”. O temor dos homens em razão desse estado de conflito os fez agir, celebrando um *contrato*, no qual foi feita uma transferência de direitos a um ser (o Soberano) que seria responsável por manter os homens (súditos) dentro de limites<sup>30</sup>, com vista a assegurar a paz e a vida em sociedade. Para Hobbes, o poder do soberano não poderia sofrer limitações, e mesmo tomando atitudes moralmente questionáveis, este deveria ser respeitado.<sup>31</sup> Suas ideias foram confrontadas pelas de Locke e Rousseau, que, marcadamente anti-absolutistas, influenciaram as diversas revoluções liberais que viriam a ocorrer. Apesar de também contratualistas, estes não viam o estado de natureza como caótico e perigoso, não acreditando, assim, no homem naturalmente mau de Hobbes. Para eles, as vantagens do estado de sociedade já eram suficientes para os homens se sentirem compelidos a formar uma sociedade civil. Também divergiam quanto ao tipo de governo, que, para Locke, deveria respeitar uma série de direitos naturais. Rousseau vai além e propõe um governo democrático.<sup>32</sup>

Fato comum entre todas essas teorias é a função do Estado de garantir uma ordem por ele estabelecida. É para a manutenção desse *status quo* que entra em cena uma ferramenta de vital importância: o Direito Penal.

## 1.2 Estado e processo penal

Assim como o Estado, o direito material e processual penal sofreram muitas mudanças com a evolução da história. O direito de punir, que, na tirania do Estado moderno absolutista, não possuía limites, começou a ser questionado junto com a própria ordem social vigente. Teorias que defendiam a legitimidade do poder absoluto dos monarcas, a exemplo do Leviatã de Thomas Hobbes e do *direito*

---

<sup>29</sup> Essa visão do homem no estado de natureza é retratada muito bem na obra “O Senhor das Moscas” de William Golding, 1954.

<sup>30</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 2011, p. 26

<sup>31</sup> Hobbes é apontado como evidente simpatizante do absolutismo

<sup>32</sup> COSTA, Alexandre de Araújo. Introdução ao Direito, 2001, p. 144

*divino dos reis*<sup>33</sup>, segundo a qual “(...) o rei possuía legitimidade para impor sua vontade aos seus súditos na medida em que ele era um escolhido de Deus (ou ao menos alguém cuja autoridade fora reconhecida pela Igreja Católica)”,<sup>34</sup> já não encontrariam mais um poder de convencimento suficiente para conseguir legitimar o *status quo* presente naquele tempo, até serem abandonadas por completo com as revoluções burguesas.<sup>35</sup>

Aqui, dois fatos são considerados de extrema importância, a começar pelo surgimento da carta magna inglesa de 1215, documento que é resultado de embates entre o rei “João Sem-Terras” e o parlamento britânico, que se recusava a aceitar as tiranias do soberano em questões legais e tributárias<sup>36</sup>. Pressionado, o monarca se viu obrigado a assinar o documento, que limitava seus poderes e dava diversas garantias aos cidadãos ingleses (em especial os barões). Como aponta Antonacci,<sup>37</sup> apesar do posterior desuso de diversos dispositivos por conta do fim do feudalismo, a mensagem principal desse acontecimento permaneceu: “o princípio de que os governos são obrigados a atuar em conformidade com o Direito e de que os súditos [...] são protegidos por este nas suas pessoas e nos seus bens.”<sup>38</sup> Esse evento é considerado para muitos como uma semente do constitucionalismo, já estando presentes na carta magna inclusive disposições que muito se assemelham à atual constituição brasileira, com, a figura do *devido processo legal*<sup>39</sup>.

O segundo fato trata-se da revolução francesa, que, com influências da política inglesa e das construções iluministas, marcou a ruptura com o absolutismo monárquico, solidificando a ideia de “submissão do governo ao direito e a primazia

---

<sup>33</sup> “Mesmo com a passagem da idade moderna, a justificação do poder político continuou tendo um caráter essencialmente teológico, pois era fundado no direito divino dos reis”. (COSTA, 2001, p. 141)

<sup>34</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Introdução ao Direito, 2001, p. 141

<sup>35</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Introdução ao Direito, 2001, p. 142

<sup>36</sup> ANTONACCI, L. A singular constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da magna carta. Revista de Ciências do Estado, v. 1, n. 2, 21 nov. 2016.

<sup>37</sup> ANTONACCI, L. A singular constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da magna carta. 2016, p. 155.

<sup>38</sup> CAENEGEM, R. C. Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 107.

<sup>39</sup> Item 39: “Nenhum homem livre detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele. ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.” Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/documents/10157/c9627733-ac38-4c49-9a99-b4522a0febd1> >. Acesso em 07 de setembro de 2020.

de direitos fundamentais”,<sup>40</sup> juntando-se com isso a independência dos Estados Unidos, ambas ocasiões com ideologias liberais, que ficaram imprimidas em suas constituições.

O constitucionalismo chegou ao Brasil junto com a independência em relação reino de Portugal, através da constituição de 1824, que, embora outorgada pelo imperador Dom Pedro I, já previa em seus artigos diversos direitos e garantias, elencados no título 8º tratando “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”. Apesar de ainda “tímida” na temática quando comparada ao texto atual, já eram previstas disposições semelhantes ao texto de 1988, como o inciso I do art. 179, que dispunha: “Nenhum cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude de lei”, e o previsto no inciso XI: “Ninguem será sentenciado, senão pela a Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta”. Isso demonstra como já tem tempo a preocupação de limitar a atuação do poder estatal.<sup>41</sup>

Atualmente, a constituição brasileira surgida em 1988, por meio de assembleia nacional constituinte e promulgada de maneira democrática, após décadas de ditadura militar, pode ser considerada um marco na história do país. O texto constitucional, que em 2020 completou 32 anos de existência, ao invés de se limitar apenas à estrutura do Estado e aos mecanismos de contenção do poder para prevenir arbitrariedades, foi além, consagrando diversos direitos fundamentais, sociais e políticos.

Seguindo por esse raciocínio, chega-se ao processo. Este, ainda que aplicável a diversas áreas do direito, ganha especial relevância na área do direito criminal, pois, como ressalta a Constituição em seu artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>42</sup>. Assim, é possível observar que o processo se tornou uma verdadeira garantia a todo o cidadão.

---

<sup>40</sup> ANTONACCI, L. A singular constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da magna carta. 2016, p. 153

<sup>41</sup> Informações do parágrafo disponíveis em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 09 de setembro de 2020.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição federal. Brasília: Presidência da República, 1988, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 09 de setembro de 2020.

Entretanto, como observado anteriormente, o processo e o direito penal são figuras que passaram por diversas mudanças ao longo da história, junto com a evolução do próprio Estado. A preocupação em punir condutas consideradas socialmente indesejáveis já existia no Estado Antigo, que, como já comentado, era essencialmente *teocrático*. Assim, naturalmente, esse contexto religioso tinha influência não apenas na definição das condutas a serem repreendidas, mas também na própria busca da verdade dos fatos. Exemplo disso era a utilização das chamadas *ordálias* como meio de prova para descobrir a autoria de delitos.

As ordálias, também conhecidas como “juízo de Deus”, se tratavam de meio probatório para averiguar a inocência ou a culpa de um acusado, que era submetido muitas vezes a situações de risco de vida utilizando-se nele elementos advindos da natureza, como água, fogo ou ingestão de venenos, com base na crença de que um poder superior (Deus, deuses, forças sobrenaturais) jamais iria permitir que um inocente fosse condenado injustamente. Esses rituais eram utilizados em diversas partes do mundo e variavam a depender de circunstâncias religiosas, sociais e culturais. Segundo José Domingues, esse fenômeno traduz-se em uma verdadeira instrumentalização da justiça divina, que foi colocada a serviço do processo judicial dos homens, que aguardavam uma intervenção divina em favor do acusado, um verdadeiro “milagre judicial”.<sup>43</sup>

Os registros mais antigos do uso das ordálias como meio de prova foram encontrados nas civilizações da antiga Mesopotâmia, sendo elas também citadas no famigerado código de Hamurabi já em seu segundo “artigo”, o qual apontava que:

Se alguém fizer uma acusação a outrém, e o acusado for ao rio e pular neste rio, se ele afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, **e se ele escapar sem ferimentos, o acusado não será culpado**, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> DOMINGUES, José, O direito primitivo Ibérico e as Ordálicas Medievais, 2017, p. 65

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

As ordálias, apesar de meio de prova considerado indubitavelmente irracional nos dias de hoje, persistiram ao longo da antiguidade, com registros de seu uso também no tempo das cidades-Estado gregas. Sua utilização foi interrompida durante o império romano, que, já nessa época, possuía um avançado sistema jurídico. Entretanto, com a sua queda, as ordálias retornaram na idade média, sendo aplicadas inclusive pela própria Igreja Católica. Humberto Theodoro Junior<sup>45</sup> explica esse fenômeno afirmando que:

Após a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de bárbaros, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. (...) Numa segunda etapa, houve enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízos de Deus”, os “duelos judiciais” e as “ordálias”. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio de métodos cabalísticos.

Esse método, que foi praticado durante séculos, só veio a ser banido pela igreja no IV Concílio de Latrão, no ano de 1215, que acabou proibindo também os clérigos de se envolverem nessas cerimônias, que necessitavam da benção de uma autoridade eclesiástica.<sup>46</sup>

Com o banimento das ordálias pela Igreja, desenvolve-se ainda na idade média o processo inquisitorial. Esse sistema foi adotado pelo direito canônico a partir do século XIII, espalhando-se em seguida por toda Europa, sendo usado inclusive por tribunais civis até o século XVIII.<sup>47</sup> O processo inquisitório fez parte dos esforços da Igreja para a adoção de novos procedimentos no sistema penal<sup>48</sup>. Entretanto, Samyra Haydêe Napolini<sup>49</sup> aponta que tal mudança não correu por

<sup>45</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de direito processual civil 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10.

<sup>46</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. Fundamentos de história do Direito, 2002, p. 54.

<sup>47</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 12.

<sup>48</sup> Apesar de repudiado atualmente pela classe jurídica, o processo inquisitório, formado em razão de medidas tomadas pela Igreja para uma racionalização dos procedimentos penais teve um papel importante para se abolir os ordálios.

<sup>49</sup> NASPOLINI, Samyra Haydêe. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. -. História do Direito no Brasil. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 198.

motivos humanitários, mas sim pelo fato do novo sistema ser muito mais eficiente no combate aos crimes de heresia, que aumentavam e ameaçavam o poder do clero.

No antigo sistema, a acusação só poderia ser desencadeada por pessoa privada, sendo esta feita de maneira pública e sob um juramento. O acusador, nesse caso, faria o papel de promotor, havendo a possibilidade de ser responsabilizado criminalmente se a inocência do acusado fosse provada. Em caso de dúvida, a determinação da responsabilidade seria feita através dos juízos divinos, procedimento que seria orientado por um juiz com função de “árbitro imparcial”.<sup>50</sup>

O processo inquisitório trouxe a função institucionalizada do órgão acusador, que é o grande protagonista da relação processual. A partir desse momento, o denunciante de uma conduta ilícita não tinha mais responsabilidade no caso de inocência do réu. Desse modo, nas palavras de Robert Mandrou: “todas as pequenas querelas, todas as tagarelices de aldeia podem servir de base para denúncias.”<sup>51</sup>. Entre as principais características do processo inquisitorial, é destaque a concentração das funções de acusar, julgar e defender nas mãos de um único indivíduo, que é o juiz inquisidor; a ideia de haver a possibilidade de através dos meios probatórios se chegar à verdade absoluta dos fatos; o acusado como mero objeto do processo; e, por fim, seu caráter escrito e sigiloso.<sup>52</sup>

Aury Lopes Junior<sup>53</sup> destaca que a aglutinação das funções de julgar e investigar na mão do juiz é a essência do processo inquisitorial. Desta maneira, o inquisidor era um verdadeiro “soberano” na dinâmica processual, na qual não havia espaço ao contraditório e à dialética, não existindo muito menos a tão importante imparcialidade, pois aquele busca e decide sobre a prova que ele mesmo produziu. Como o acusado se encontrava em uma posição de completa passividade e sem capacidade de reação, não passava de um mero objeto no processo, que seria investigado pelo inquisidor a seu bel-prazer, não existindo a noção do acusado

---

<sup>50</sup> Para todas as informações do parágrafo: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. \_\_. História do Direito no Brasil. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 197.

<sup>51</sup> MANDROU, Robert. Magistrados e feiticeiras na França do século XVII. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 81.

<sup>52</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 12-13.

<sup>53</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 38.

como um sujeito de direitos.<sup>54</sup> Isso, misturado à ideia de ser possível alcançar a tão aclamada “verdade real” (que seria uma reconstrução ampla e completa dos fatos), autorizava o inquisidor a se utilizar de todos os métodos probatórios possíveis, incluindo entre eles o uso da tortura com fins de alcançar uma confissão.<sup>55</sup> Por fim, tem-se o sigilo. No sistema inquisitorial, o próprio réu não possuía acesso às movimentações processuais. Desse modo, o investigado poderia ser preso sem saber o motivo da prisão, chegando-se diversas vezes ao ponto de não saber nem qual crime lhe estava sendo imputado.<sup>56</sup>

O processo penal, como aponta Renato Brasileiro<sup>57</sup>, possui uma nítida conexão com a natureza do Estado que o institui. Logo, a concentração de poderes na mão do inquisidor nada mais era que um reflexo da concentração de poderes no regime absolutista. Isso naturalmente mudará com os novos postulados de valorização do homem e movimentos filosóficos que varreram o mundo, a exemplo da revolução francesa, independência americana etc.<sup>58</sup>

A rejeição ao modelo inquisitorial deu lugar ao sistema acusatório, atualmente adotado pela Constituição brasileira<sup>59</sup> e de forma expressa pelo Código de Processo Penal após a aprovação do pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019). Dentre as principais diferenças com o modelo anterior, destacam-se a separação das funções de acusar, defender e julgar; a iniciativa probatória agora pertence às partes, não mais ao juiz, que deve ser manter equidistante para preservar sua imparcialidade; o processo é público; o réu não é mais um mero objeto mas sim parte, com direitos a serem respeitados e com possibilidade de contraditório e ampla defesa. Nessa nova dinâmica, a prisão do acusado é a exceção, pois vigora a presunção de não culpabilidade, o que joga a carga de se provar a imputação ao acusador.

---

<sup>54</sup> Tanto era assim que o encarceramento preventivo do acusado era a regra, com este sendo mantido incomunicável. (LIMA, 2016, p. 12)

<sup>55</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 12-13.

<sup>56</sup> Salo de Carvalho, Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. In: WOLKEMER, antonio carlos fundamentos da história do direito, 2006, p. 204

<sup>57</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 13.

<sup>58</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 39.

<sup>59</sup> LIMA, Renato de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 14.

### 1.3 Processo penal e provas

Aury Lopes Júnior<sup>60</sup> retrata o processo como um instrumento de retrospectiva, um ritual que tem por objetivo a reconstrução histórica de um fato por meio de métodos de conhecimento empírico, realizando-se isso com o estrito respeito e observância a determinadas normas. Nesse cenário, entra a prova, que são os meios pelos quais irá se procurar essa reconstrução do fato a ser apurado (crime), sendo destinada a formar a convicção do órgão julgador, para que este se pronuncie, de maneira consciente, sua sentença. O conceito de prova pode assumir diferentes acepções, que, segundo Renato Brasileiro, são: a prova como meio, que seriam os instrumentos idôneos através dos quais o julgador formará sua convicção a respeito dos fatos; a prova como resultado, que seria a formação da convicção do julgador quanto à existência das situações fáticas alegadas pelas partes; e a prova como atividade probatória, que se identificaria com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento da pessoa do juiz.<sup>61</sup>

Tradicionalmente, na doutrina, é passada a noção de que a busca pela verdade dos fatos no processo varia conforme a natureza deste. Essa é a ideia clássica, a qual afirma que o processo civil teria por objeto a busca de uma verdade *formal*, enquanto no processo penal se buscaria a chamada *verdade real* ou para outros uma *verdade absoluta*. Isso ocorreria visto que, no processo civil em geral, se discutem direitos disponíveis; por essa razão, o magistrado se reservaria a uma postura de passividade, não influenciando na produção probatória, que seria algo reservado as partes. Dessa forma, a “verdade” no processo seria apenas aquilo trazido pelos participantes da relação processual. O processo penal, todavia, por tratar de discutir a liberdade de locomoção do sujeito, estaria lidando com direitos indisponíveis; portanto, o juiz teria amplos poderes para instruir o processo, podendo, no caso, produzir provas de ofício (característica semelhante ao processo inquisitorial), em nome da busca da verdade dos fatos a todo custo.<sup>62</sup> Essa visão na atualidade é considerada ultrapassada por diversos doutrinadores. Entre eles, Luiz Guilherme Marinoni afirma que tal dicotomia não pode mais ser aceita e é

---

<sup>60</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 132.

<sup>61</sup> LIMA, Renato de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 783-782.

<sup>62</sup> LIMA, Renato de, Manual de Processo Penal, 2016, p. 48

imprestável para o processo moderno, tecendo uma interessante crítica a esses conceitos, no sentido de que “[...] aceitar essa diferenciação seria supor que há processos que pretendam a verdade, enquanto outros trabalhariam com a não verdade e, portanto, alguma espécie de falsidade”.<sup>63</sup>

De fato, tais conceitos não mais se adequam para o direito processual vigente. Especial problema reside na ideia da aclamada “verdade real”, que, apesar de ser um belo “ideal”, é naturalmente impossível de ser alcançada de forma absoluta, tornando inviável sua ligação à atividade probatória<sup>64</sup>. Afinal, além das próprias impossibilidades inerentes a atividades de reconhecimento, há obstáculos colocados pela própria norma, como exigências de diversas formalidades para se admitir um meio probatório e a imposição de limites à atividade investigativa em virtude da proteção de outros interesses constitucionalmente protegidos como o direito ao silêncio, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio e das comunicações em geral etc. Em vista disso, é de fácil percepção que um modelo que trabalha com tantos obstáculos jamais poderia se comprometer a encontrar uma suposta “verdade absoluta”, até porque uma busca da verdade a qualquer custo é incompatível com o sistema constitucional vigente.<sup>65</sup>

Como demonstrado, a busca da verdade no sistema processual moderno não se encontra mais amparada por buscas sem limites, visando ao que seria, no caso do processo inquisitório, uma condenação a qualquer custo. O processo deixa de ser verdadeira “luta contra o diabo”<sup>66</sup> para se tornar um ambiente submetido ao *fair play*, o qual deve respeito a regras preestabelecidas, com paridade de armas entre as partes e jogo limpo na produção das provas e contraprovas<sup>67</sup>.

Para se garantir o respeito às regras estabelecidas no jogo processual, a Constituição brasileira expõe regra de importância fundamental em seu artigo 5º, inciso LVI, ao afirmar de maneira categórica que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O texto também é repetido com outras palavras no Código de Processo Penal no seu artigo 157, preceituando que “são

---

<sup>63</sup> MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDEIRO, DANIEL, Curso de Processo Civil Volume 2, 2017, p. 254.

<sup>64</sup> MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDEIRO, DANIEL, Curso de Processo Civil Volume 2, 2017, p. 253.

<sup>65</sup> MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDEIRO, DANIEL, Curso de Processo Civil Volume 2, 2017, p. 254.

<sup>66</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 291-294.

<sup>67</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 342.

inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Para entender a norma constitucional em comento, é importante entender o seu objetivo. De fato, soa estranho para o cidadão comum que um culpado por crime venha a ser absolvido em razão da prova que foi produzida contra ele ter sido obtida ilicitamente. Para ele, tal fato é de menor importância quando se tem em vista a necessidade de combate à criminalidade e a busca pela “verdade”. Realmente, se se colocar em vista o objetivo do processo como a busca da verdade a todo preço, não faria sentido a proibição em questão: a utilização de tais provas no processo seria inclusive uma imposição da busca da verdade.

Entretanto, como pontua Marinone,<sup>68</sup> há uma insuficiência em se sancionar o uso da prova ilícita apenas através do direito material (penal por exemplo). Também é necessário, para que haja uma maior proteção de direitos, negar a eficácia dessas provas quando se tentar seu uso em eventual processo<sup>69</sup>. O texto constitucional não vedou a violação do direito material para obtenção da prova ilícita, mas sim a eficácia dela. Deste modo, o seu desentranhamento do processo a torna um “nada jurídico”, não podendo ser usada pelo julgador para formar a sua convicção sobre determinada situação fática e nem mesmo para se convencer do contrário do que pretendia demonstrar.<sup>70</sup>

Como a Constituição não definiu com clareza o que seria a “prova ilícita”, coube a doutrina o papel de fazê-lo, havendo desse modo uma divisão clássica segundo a qual “prova ilegal” constitui gênero, do qual são espécies a *prova ilícita* e a *prova ilegítima*. Aury coloca a prova ilícita como aquela que “viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”<sup>71</sup> e a prova ilegítima como “quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo.”<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Apesar de ser processualista civil, o conteúdo abordado pelo autor tem abrangência tal, que também é válida ao processo penal.

<sup>69</sup> MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDEIRO, DANIEL, Curso de Processo Civil Volume 2, 2017, p. 326-327.

<sup>70</sup> MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDEIRO, DANIEL, Curso de Processo Civil Volume 2, 2017, p. 321.

<sup>71</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 328.

<sup>72</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 328.

A distinção mais relevante entre as duas se refere ao seu possível aproveitamento: a prova ilegítima, por possuir apenas um vício na dimensão processual, pode ser aceita contanto que haja a repetição do ato que a produziu; já a prova ilícita possui um vício que se vincula ao momento em que foi obtida, não sendo possível deste modo a sua repetição e validação como na figura anterior.<sup>73</sup>

Apesar de disciplinado de maneira expressa na Constituição a vedação às provas ilícitas, existe discussão a respeito da possibilidade de seu uso, começando pela corrente que rejeita por absoluto a sua utilização no processo, fazendo uma interpretação literal do texto constitucional, que não prevê nenhuma exceção a essa regra. Outras duas teorias aceitam seu uso em nome do princípio da proporcionalidade, podendo se admitir o uso da prova contrária e favorável ao réu a depender do caso. A primeira situação é vista com preocupação por Aury,<sup>74</sup> pois facilmente se vê no meio jurídico penal a utilização de maniqueísmos como o conhecido binômio da *interesse público x interesse privado*, que podem ser manipulados a depender do caso, o que geraria imensa insegurança jurídica e um provável desrespeito reiterado aos direitos fundamentais que a norma constitucional busca proteger.<sup>75</sup> Diferente é a situação do uso da prova ilícita *pro reo*, pois o sistema processual vigente busca justamente a proteção do inocente. Dessa maneira, não se poderia admitir que o direito à liberdade de pessoa inocente fosse sacrificado, mesmo que para isso seja necessário validar prova que adveio da eventual violação de outro direito.<sup>76</sup>

Visto a admissibilidade da prova, entra-se em outra problemática, que são as provas contaminadas, ou ilícitas por derivação. A redação do texto constitucional, apesar de fazer menção expressa às provas ilícitas, nada fala a respeito de provas que delas derivem. A título de exemplo, se um policial tortura um suspeito de tráfico para obter a localização de certa quantidade de droga e, com essa confissão, consegue a expedição de mandado de busca e apreensão pelo juiz para poder invadir legalmente a casa do suspeito, na qual a droga é efetivamente encontrada, fica a pergunta: é lícita tal apreensão? E a confissão do suspeito? Pela

---

<sup>73</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 328.

<sup>74</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 331.

<sup>75</sup> Esse posicionamento raramente é aceito pela jurisprudência (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 331).

<sup>76</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 332.

interpretação literal do dispositivo, o entendimento antigo<sup>77</sup> era que somente a confissão do suspeito mediante tortura seria nula contudo a apreensão, que seguiu todos os trâmites legais seria considerada lícita. Eis que surge a importância da chamada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*, em inglês), desenvolvida pela Suprema Corte americana no ano de 1920 no caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, sendo batizada assim posteriormente em outro julgamento: o caso NARDONE V. US.<sup>78</sup>

Em síntese, essa teoria afirma que, se uma ou mais provas se originaram de uma prova que posteriormente for descoberta como ilícita, as provas que dela vierem padecem do mesmo vício que a prova ilegal propriamente dita. Como resultado, todas essas provas devem ser excluídas do processo.<sup>79</sup> Tal medida serve para reforçar a proteção que a norma constitucional busca dar, desencorajando, por exemplo, que agentes da lei ou uma das partes do processo se valham conscientemente de métodos proibidos, com a esperança de conseguir outros elementos probatórios posteriormente, que sejam validados e assim capazes de se comprovar o que se queria demonstrar inicialmente com a prova ilícita, dando, desse modo, um verdadeiro “jeitinho” de burlar a proibição.

A teoria só foi efetivamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro em 2008, com a entrada da Lei 11.690/2008. Nela, o legislador previu duas hipóteses que visam a mitigar a teoria dos frutos da árvore envenenada, que são a descoberta inevitável e a da fonte independente. A primeira desfaz o vínculo causal entre as provas (logo assim, a ilicitude da prova derivada) se provado que a informação seria descoberta de qualquer maneira, independente do uso do método ilegal<sup>80</sup>. A segunda desfaz o vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada se provado que a informação usada veio de fonte autônoma e que não guarde qualquer relação com a prova vinda de meios ilícitos.<sup>81</sup> Para parte da doutrina, contudo, essa mitigação da aplicação da teoria original, feita através de lei ordinária, seria inconstitucional. Aury faz críticas no sentido de que há uma aplicação indiscriminada dessas mitigações, o que geraria um enfraquecimento da norma do *caput* do artigo 157 do CPP e, conseqüentemente, uma retirada da

<sup>77</sup> STF, Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995.

<sup>78</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p.836

<sup>79</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p.835

<sup>80</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p.841

<sup>81</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 2016, p.839

eficácia da proteção constitucional do devido processo legal. Essa insegurança do que seria lícito ou não conduziria a um verdadeiro terreno de “ilicitudes à la carte”, no qual impera o odioso decisionismo judicial.

Tendo em vista as regras em geral do jogo processual e o valor da prova no neste chega-se a uma diferenciação necessária entre *meios de prova* e *meios de obtenção de prova*. São meios de prova aqueles que se oferece ao julgador para conhecer os fatos de formação da história do crime. Os resultados deles obtidos podem ser utilizados diretamente na decisão. Já os meios de obtenção são os instrumentos que permitem se chegar e obter as provas: são, por assim dizer, os meios para obtê-las, a exemplo da interceptação telefônica e do mandado de busca e apreensão, institutos esses que serão analisados no próximo capítulo.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Informações do parágrafo in: LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 295.

## 2 FISHING EXPEDITION

### 2.1 Origem e conceito

Com o já exposto, é de fácil constatação que o processo possui como objetivo primário e crucial a reconstituição histórica de um ou mais fatos pretéritos. Tal reconstrução, com o modelo acusatório, é feita em um ambiente dialético, no qual as partes buscam formar o convencimento do magistrado, que, após provocado, possui o poder/dever de dar uma resposta fundamentada em relação ao caso concreto que lhe é apresentado.

Nesse ponto, é importante ressaltar a visão de James Goldschmidt,<sup>83</sup> que, em sua teoria, enxergava o processo como uma “situação jurídica”. Para o autor, o processo se constituía em uma verdadeira “guerra” entre as partes, local onde não há noções de certeza, estabilidade e segurança. Desse modo, apesar de haver um certo “caminho” a ser seguido pelas partes, como o cumprimento de prazos, a refutação de argumentos, o aproveitamento de chances que permitam a liberação de cargas probatórias, entre outras medidas a serem adotadas, a grande verdade é que não há como prever com segurança quem será o vitorioso, pois cada medida tomada pelas partes pode no máximo aumentar a probabilidade de uma decisão favorável. Contudo, o *risco* de uma sentença desfavorável sempre existirá até o final, o que gera a possibilidade de uma sentença justa ou injusta, que corresponda ou não à realidade, tudo a depender da mentalidade do magistrado e da habilidade das partes em conseguir melhor aproveitar oportunidades e evitar descuidos.<sup>84</sup>

A prova, aqui, encontra uma importância fundamental, pois, como já dito, é por meio dela que as partes buscam dar verossimilhança às suas *alegações de fato*, com o objetivo de formar o convencimento do julgador conforme seus interesses. Assim, não seria exagero dizer que a prova pode ser considerada o “coração” do processo, e a sua busca, uma verdadeira “corrida” entre as partes. É no abuso dos meios de obtenção da prova que entra a figura da *fishing expeditidion*.

O termo de origem inglesa, não muito debatido no cenário brasileiro ainda, já era uma prática que causava preocupação no *common law* das antigas cortes

---

<sup>83</sup> GOLDSCHMIDT, James (apud LOPES JÚNIOR, Aury), Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica, 2019, p. 84-85.

<sup>84</sup> Aury Lopes Júnior resalta que o reconhecimento dessa realidade, não implica de forma alguma em um avalizamento ao “decisionismo”. Fundamentos do Processo Penal, 2019, p. 86.

britânicas. Esse fato, como aponta Maria Elizabeth Queijo<sup>85</sup>, possui íntima ligação com o desenvolvimento de um importante princípio que vige no processo penal moderno, o *nemo tenetur se detegere*. Em uma tradução sintética, tal princípio afirma que ninguém poderá ser obrigado ou coagido a produzir prova contra si mesmo. Essa proteção adveio em parte por causa dos chamados juramentos *ex officio* ou juramento de *veritate dicenda*, imposto pela igreja e por todas as cortes da igreja inglesa.<sup>86</sup>

O acusado que estava sob juramento (e que comumente não conhecia as acusações que lhe imputavam) possuía a obrigação de dizer a verdade sobre *tudo* que lhe fosse perguntado, sendo que a recusa em se fazer o juramento, ou a permanência em silêncio eram considerados uma assunção de culpa. Por outro lado, aquele que se dispusesse a falar e viesse a mentir, além de cometer crime de perjúrio, punido pelas leis terrenas, também seria condenado no plano da eternidade, por haver desonrado a Deus. Dessa maneira, o réu era levado à terrível dúvida de falar a verdade, e colaborar com sua própria destruição, ou mentir, e com isso, além de cometer outro crime, praticar uma heresia que lhe condenaria à eternidade. Dizia-se que tal situação era uma forma de tortura tão cruel quanto a física.

Cesare Beccaria, importante figura do iluminismo penal e autor da imortal obra “Dos Delitos e Das Penas”, enxergava o juramento como algo obviamente contra a natureza humana. Sobre isso, afirmou:

Contradição entre leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exige do réu, para que seja um verdadeiro homem, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente, quando contribui para a própria destruição.<sup>87</sup>

Entretanto, Maria Elizabeth Queijo pontua verdadeiro contrassenso no pensamento do autor, que, apesar de sustentar a obrigação de dizer a verdade como algo antinatural, entendia o silêncio como uma ofensa à justiça, devendo este

---

<sup>85</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, 2012, não paginado.

<sup>86</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, 2012, não paginado.

<sup>87</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. Ed São Paulo: RT, 2004, p.50.

ser apenado gravemente<sup>88</sup> O juramento também era muito criticado pelos advogados ingleses, que afirmavam que estes conduziam ao perjúrio.<sup>89</sup>

Nesse contexto, no qual o acusado era mero “objeto” de investigação, não era incomum que juízes, em busca da “verdade”, se aproveitassem dos juramentos para fazer verdadeiras investigações abstratas sobre a vida dos investigados, fazendo perguntas incriminadoras e sobre suas vidas privadas, que não possuíam ligação alguma com o fato que estava sendo apurado. Desse modo, o princípio já citado, conhecido no *common law* pela figura do *privilege against self-incrimination*, era uma verdadeira vedação a eventuais devassas na vida pessoal dos réus. Entretanto, este “privilégio” ainda era encarado não como um direito fundamental, mas sim como uma proteção contra a intromissão do Estado na vida privada das pessoas. Dessa maneira, sua aplicação sofria diversas restrições como nos casos de crimes de heresia e os crimes cujo conhecimento da autoria tivesse certo nível de repercussão entre a população. A exigência de respostas do réu por meio dos juramentos foi sendo paulatinamente limitada ao longo do tempo, contribuindo para isso a extinção do inquérito para o estabelecimento da “fama pública” e a maior presença de advogados nas cortes a partir do século XVI.<sup>90</sup>

Nos dias de hoje, o uso de investigações abstratas e abusivas também se mostra uma problemática, inclusive na seara processual civil. No sistema norte-americano, onde os processos são divididos em duas fases, sendo uma delas o momento anterior ao julgamento do litígio (*pretrial*) e a fase de julgamento em si (*trial*), os advogados possuem um grande protagonismo na produção probatória, com o juiz tendo uma expressiva redução de suas atribuições. Assim o magistrado se torna apenas um disciplinador das provas, com função de coibir eventuais abusos, mantendo-se dessa maneira mais equidistante dos fatos e de influências dos advogados até o momento da formação do veredicto.<sup>91</sup> É na fase *pretrial* do processo que ocorre a chamada *Discovery*, investigações amplas que visam à revelação plena de dados e provas que poderão colaborar para a resolução do

---

<sup>88</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, 2012, não paginado.

<sup>89</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, 2012, não paginado

<sup>90</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, 2012,

<sup>91</sup> CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira, 2015, p. 3.

litígio. Nesse momento, as partes necessitam buscar todos os elementos de prova que entendam como relevantes para o caso, em um procedimento que pode ocasionar diversos atos processuais, como interrogatórios de testemunhas, oitivas da outra parte etc.<sup>92</sup> Por conta dessa amplitude na *Discovery*, muitos são os casos de desvirtuamento dos propósitos colaborativos do processo, onde partes mal intencionadas lançam verdadeiras “redes de pesca probatórias” a fim de colher qualquer informação privilegiada que possa eventualmente ensejar lucros e vantagens. Tal procedimento especulativo popularizou-se, sendo costumeiramente chamado de *fishing expedition*.<sup>93</sup>

Já sendo considerada uma situação absolutamente deletéria no meio civil,<sup>94</sup> a prática das *fishing expeditions* se mostra uma problemática de muito maior complexidade e extremamente mais nociva no âmbito do processo penal. O termo ganhou certa notoriedade no cenário nacional em especial durante a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro no ano de 2018, com a expedição feita pelo Poder Judiciário dos mandados de busca e apreensão genéricos, que tinham como objeto bairros inteiros de comunidades carentes do Rio de Janeiro.

Nos dicionários americanos, a *fishing expedition* é conceituada como “1) um inquérito (como pelo uso de descoberta) que é desnecessariamente extenso ou não relacionado ao processo; 2) uma investigação que não atende a um objetivo declarado, mas espera descobrir evidências incriminatórias ou dignas de divulgação”,<sup>95</sup> também como: “1) uma tentativa de descobrir os fatos sobre algo, coletando um monte de informações, muitas vezes secretamente”,<sup>96</sup> ou “1) um procedimento judicial cujo objetivo principal é interrogar um adversário, ou examinar seus bens e documentos, a fim de obter informações úteis; 2) qualquer

<sup>92</sup> CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*, 2015, p.

<sup>93</sup> SANTOS, Juliano Locatelli. *A Produção Antecipada de Provas no CPC de 2015 e a Diminuição da Litigância*, 2018, p. 18.

<sup>94</sup> Palavras ditas em publicação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Na opinião emitida, eram feitos comentários e observações acerca das inovações trazidas pelo novo CPC em relação a produção antecipada de provas. Instituto Brasileiro de Direito Processual. **A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC**. São Paulo. 2016. Disponível em: <[http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop\\_cat=23&shop\\_detail=435](http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=435)>. Acesso em: 30 de Setembro de 2020.

<sup>95</sup> FISHING EXPEDITION. Merriam-Webster.com. Legal Definition. 2020. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/fishing%20expedition>>. Acesso em: 30 de Setembro de 2020.

<sup>96</sup> FISHING EXPEDITION. Cambridge Dictionary. 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/a-fishing-expedition?q=fishing+expedition>>. Acesso em: 30 de Setembro de 2020.

investigação realizada sem qualquer plano ou propósito claramente definido na esperança de descobrir informações úteis”.<sup>97</sup>

No Brasil, o conceito que melhor define as “expedições de pesca”, em nossa opinião, é o dado por Philippe Benoni Melo e Silva, que, em livro específico a respeito do tema, ensina:

É possível, portanto, definir a pescaria probatória (*fishing expedition*), como a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, “pescar” qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de uma investigação especulativa e 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.<sup>98</sup>

Partindo-se da premissa de que a *fishing expedition* se trata de um meio abusivo de obtenção de prova, sua prática pode ser realizada em diversos institutos e procedimentos jurídicos, como a oitiva de testemunhas, o interrogatório do acusado, as interceptações telefônicas, os mandados de busca e apreensão etc. Pode-se, dessa maneira, afetar tanto um grupo ou uma coletividade quanto pessoas de maneira individualizada.<sup>99</sup>

## 2.2 O instituto à luz da lei e da Constituição

Como já dito, a prática da *fishing expedition* pode vir a ocorrer nos mais variados meios de obtenção de prova, tendo um largo campo de ocorrência na cultura da prática penal. Entre os meios de prova que podem ser apoderados para essa prática, é relevante destacar dois desses: os mandados de busca e apreensão e as interceptações telefônicas, a começar pelo primeiro.

Apesar de a busca e a apreensão serem normalmente citadas como uma coisa só, e tratadas inclusive de forma unitária no Código de Processo Penal, as

<sup>97</sup> FISHING EXPEDITION. Collins Dictionary. 2020. Disponível em: <<https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/fishing-expedition>>. Acesso em: 17 de Outubro de 2020

<sup>98</sup> SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philippe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto no processo penal. 2019, p. 41.

<sup>99</sup> MELO E SILVA, Philippe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. Empório do Direito. 2020. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>>. Acesso em: 02 de outubro de 2020.

duas não se confundem. A busca trata-se da diligência realizada com o objetivo de encontrar pessoas ou objetos, enquanto a apreensão consiste em uma medida de conscrição que tem por objetivo colocar sob custódia certo objeto ou pessoa.<sup>100</sup> Assim, tanto existe a possibilidade da ocorrência de uma busca sem apreensão (no caso de não ser encontrada a coisa ou pessoa) como a de uma apreensão sem uma busca (como no caso da entrega voluntária de um bem à autoridade policial).

A busca, como pontua Aury Lopes Júnior<sup>101</sup>, pode ser domiciliar ou pessoal, por se tratar de medida deveras invasiva. Este instituto encontra-se em uma tensão constante com diversos direitos fundamentais como a inviolabilidade do domicílio, a intimidade, a vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo.

No caso da busca domiciliar, o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 240 e alíneas, os objetos visados, pelos quais se realizará a busca, como:

- 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;<sup>102</sup>
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Aqui, entretanto, se mostra importante ressaltar a proteção especial que a Constituição fornece à casa do indivíduo em seu artigo 5º, inciso XI, o qual prevê esta como asilo inviolável, ninguém nela podendo adentrar sem o consentimento do morador, a não ser em casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou para o cumprimento de determinação judicial *durante o dia*. Por se tratar de norma que visa à proteção de diversos direitos fundamentais, esta deve ser interpretada de maneira extensiva. Desse modo, o conceito de “casa” aqui é bem

<sup>100</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 2016, p. 969.

<sup>101</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 417-418.

<sup>102</sup> Há quem entenda que esse dispositivo padece de inconstitucionalidade em razão da literalidade da redação do texto constitucional, que excepciona a inviolabilidade das comunicações somente no caso das telefônicas, não prevendo contudo exceção na inviolabilidade das cartas, desse modo estas estariam protegidas por uma inviolabilidade “absoluta”. Não é esse entretanto o posicionamento da maioria da doutrina e nem do STF.

mais abrangente do que o fornecido pelo direito civil, podendo abarcar também habitações definitivas ou transitórias, barcos, trailer, cabines de trem, quartos de hotel ocupados, escritórios, qualquer compartimento habitado etc.<sup>103</sup>

Diversa, porém, é a situação da chamada busca pessoal, que recai diretamente sobre o corpo do agente.<sup>104</sup> Prevista no artigo 240, § 2º, do CPP, a busca pessoal (também conhecida como abordagem, revista ou “baculejo”) tem como finalidade encontrar arma proibida ou os objetos mencionados nas alíneas *b* a *f* e *h* do artigo exposto anteriormente. Apesar de “necessitar” de mandado, como aponta a dicção do artigo 244 do Código de processo penal, devido à dinâmica inerente à atividade policial ostensiva, a busca pessoal acaba, via de regra, por se dar nas situações em que é prevista a dispensa de sua necessidade, como no caso de prisão do agente ou quando a medida for determinada no curso de uma busca domiciliar. Todavia mais chama atenção a hipótese da busca realizada em razão da “fundada suspeita”.

Importante ressaltar aqui lição dada por Juarez Tavares, que, na questão entre liberdade individual e poder de intervenção do Estado, diz que a “garantia e o exercício de liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”<sup>105</sup>. Assim, é observável que qualquer ato de autoridade estatal que tenha como consequência a privação de direitos individuais, mesmo que temporariamente, não é legítimo por si só, necessitando portando de uma devida justificativa para ser praticado, não bastando assim apenas uma abstrata e indeterminada preocupação com a “segurança pública”. Desse modo, todo ato deve possuir um mínimo satisfatório de fundamentação para sua prática, entrando aí também a busca pessoal, que, se não estiver de fato “fundada” em suspeitas concretas<sup>106</sup>, estará fora das hipóteses legais previstas, sendo, portanto, um ato ilegal e que, conseqüentemente, acarretará a ilicitude das provas dele obtidas.

---

<sup>103</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 419.

<sup>104</sup> A busca pessoal também legitimará a busca em veículos automotores, desde que estes não estejam abrangidos pelo conceito de “casa” já discutido, pois nesse caso estariam protegidos pela norma de inviolabilidade prevista na constituição.

<sup>105</sup> TAVARES, Juarez. (apud LOPES JÚNIOR, Aury). Fundamentos Do Processo Penal: Introdução Crítica. 2019, p. 34.

<sup>106</sup> Sobre isso o STF concedeu *habeas corpus* para trancar boletim de ocorrência instaurado contra advogado pelo crime de desobediência. No caso o advogado se recusou a ser revistado por policiais militares por considerar o ato abusivo. Para justificar a abordagem os policiais afirmaram que o advogado usava um “blusão” que poderia ser usado para esconder uma arma. Tal justificativa no entanto não foi acolhida, pois, para a turma houve apenas uma fundamentação em parâmetros subjetivos dos policiais e não em elementos concretos. STF.

Aqui, entram várias críticas à expressão “fundada suspeita” prevista no Código, que, por ser cláusula genérica e de conteúdo vago e impreciso, dá margem a amplo subjetivismo (e possíveis arbitrariedades) por parte do policial.<sup>107</sup> Com isso, qualquer ilação teórica feita pela autoridade que realiza a busca serve de “justificativa” para uma busca pessoal, situação que, por vezes, é marcada por abusos, preconceitos e uso de estereótipos. Em função disso, não são incomuns cenas de verdadeiras buscas de “arrastão”<sup>108</sup>, feitas em qualquer pessoa, uma após outra, sem critério válido algum, sendo por vezes legitimadas pelo próprio Judiciário, que as justifica como meros “dissabores” necessários ao combate aos altos índices de criminalidade.<sup>109</sup>

Tratando-se das buscas domiciliares, foi anteriormente exposto o artigo da Constituição que garante a inviolabilidade do domicílio, proteção de caráter fundamental em um Estado Democrático de Direito. Dentro das exceções a essa norma protetiva, duas ganham relevância na seara penal: o caso de flagrante delito e o cumprimento de ordens judiciais. As situações consideradas flagrante delito estão previstas no artigo 302 do CPP, sendo importante também dar destaque ao artigo 303 do mesmo *codex*, que estende a situação de flagrância nos crimes permanentes enquanto estes não cessarem sua permanência. Entretanto, fica o questionamento: como a autoridade policial pode saber se há realmente uma situação de flagrância que justifique sua entrada (possível também no período noturno), antes de entrar na residência?

De forma semelhante à “fundada suspeita”, necessária para se autorizar uma busca pessoal, a entrada da polícia em um local considerado “casa” está sujeita a uma justificativa posterior plausível para esta ser considerada válida. Tal justificativa foi denominada pela doutrina de “fundadas razões”<sup>110</sup>, que, de modo diverso do conceito incerto e duvidoso da “fundada suspeita”, requisito para as

---

**Habeas Corpus: HC 81305 GO.** Relator: Min. Ilmar Galvão, j. em: 13.11.2001. Dje: 22.02.2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

<sup>107</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 430.

<sup>108</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p. 431-432.

<sup>109</sup> Em meados de setembro do ano de 2013 a polícia militar da cidade de São Paulo praticou cerca de 3 milhões de abordagens, sendo que de cada 100, apenas uma resultava em prisão. A CADA 100 ABORDAGENS POLICIAIS EM SP APENAS UMA TERMINA EM PRISÃO. G1, São Paulo, 06 de novembro de 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/11/cada-100-abordagens-policiais-em-sp- apenas-uma-termina-em-prisao.html>. Acesso em: 04 de outubro de 2020.

<sup>110</sup> LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 2016, p.

buscas pessoais, exigem um verdadeiro lastro probatório mínimo e que a polícia demonstre por esses lastros como chegou à conclusão de que, dentro da casa em questão, havia uma situação de flagrância. A falta de justificativa pode acarretar sanções de natureza civil, disciplinar e penal dos agentes envolvidos, incluindo aí também a nulidade dos atos praticados.<sup>111</sup>

Chega-se, por fim, à entrada autorizada por mandado judicial, cujos requisitos legais são de grande importância para entender a problemática abordada. Determina o artigo 243 do CPP que 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;
  - II- mencionar o motivo e os fins da diligência;
  - III- ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.
- § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. (sem grifo no original)

Observado e analisado todo o contexto normativo, chega-se à polêmica dos chamados mandados genéricos. Apesar de ganharem maior espaço de debate e repercussão no meio jurídico e social durante a intervenção federal (fato mencionado anteriormente), a expedição de mandados genéricos não é uma novidade no histórico do Rio de Janeiro. Chama atenção caso ocorrido em setembro de 2002, quando foi expedido pela justiça mandado de busca e apreensão genérico/coletivo para a entrada da polícia em todos os cerca de 10 mil barracos, na Favela da Grota, dentro do complexo do alemão, em operação que culminou com a prisão do conhecido traficante Elias Maluco, condenado pelo assassinato do jornalista Tim Lopes.<sup>112</sup> Quase 15 anos depois, em contexto fático um tanto familiar, a juíza Angélica dos Santos Costa autorizou buscas e apreensões “coletivas” no bairro Cidade de Deus, após a morte de quatro policiais

<sup>111</sup> STF. Recurso extraordinário: RE 603616 RO. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05/11/2015. Dje: 10/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 08 de outubro de 2020

<sup>112</sup> O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/relembre-casos-recentes-de-mandados-coletivos-de-busca-apreensao-no-estado-do-rio-22412030>>. Acesso em: 05 de outubro de 2020.

militares por conta da queda de um helicóptero durante operação na região contra o tráfico de drogas.<sup>113</sup>

O mandado genérico, em poucas palavras, se configura pela deficiência (quando não ausência) na fundamentação de algum dos requisitos legais do artigo 243 do CPP, anteriormente mencionados, a exemplo do previsto no inciso I, que dispõe sobre a necessidade do mandado ser o mais claro e preciso possível acerca da localização da casa onde será realizada a operação junto com o nome do respectivo proprietário ou morador, e no inciso II, que obriga mencionar os motivos da diligência.

Sobre isso, Cleunice Pitombo<sup>114</sup> afirma que “a inobservância, ausência ou deficiência no atendimento dos requisitos legais tornam ineficaz o ato procedimental. Daí por ser inadmissível mandado de busca coletivo”. Na mesma linha desse posicionamento crítico, Aury Lopes Júnior rechaça os mandados genéricos, classificando-os como absolutamente ilegais. Para ele, essas determinações revelam inclusive um “ranço cultural não assumido” de um sistema ainda fortemente racista, elitista e discriminatório.<sup>115</sup>

Tal crítica se deve a um fato de fácil e lamentável constatação, que é no caso os costumeiros “alvos” dessas ordens judiciais. Dificilmente se verá notícia de uma busca e apreensão desse porte em condôminos de alto padrão no Leblon ou prédios comerciais luxuosos na avenida paulista. A prática infelizmente tem mostrado em regra que tais “dissabores” recaem apenas para grupos bem específicos, como favelas, comunidades carentes e bairros de periferia. Tendo em vista esse cenário, entra em cena questionamento inevitável. Afinal, são todas as casas protegidas igualmente pela inviolabilidade prevista na Constituição? Ou será que existem endereços que são “mais iguais que outros” no que se refere a esses direitos?

Importante ressaltar o quão invasivo é o instituto em análise, que restringe de uma vez diversos direitos fundamentais, como inviolabilidade do domicílio, intimidade, vida privada; e por vezes outros como dignidade da pessoa humana e

---

<sup>113</sup> CONSULTOR JURÍDICO. [s.l.]: Juíza do RJ autoriza busca e apreensão coletiva na Cidade de Deus, 22 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>. Acesso em: 05 out. 2020.

<sup>114</sup> PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos, Da busca e da apreensão no processo penal, p.208.

<sup>115</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A ilegalidade de *fishing expedition* via mandados genéricos em “favelas”. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas#_ftn7)>. Acesso em 06 de outubro de 2020

incolumidade física e moral do indivíduo. Por esse motivo, o seu uso deve estar condicionado a ponderações de proporcionalidade, adequação e necessidade. Não pode, assim, a busca e apreensão ser usada de forma temerária e indiscriminada, sendo necessário inclusive “estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado”.<sup>116</sup>

Não é isso o que se via infelizmente nesses casos concretos, onde os mandados eram emitidos de forma aberta, sem um objeto de investigação determinado e sem critério algum, dando uma verdadeira “carta branca” para as forças policiais invadirem as casas que quisessem, para encontrar *qualquer coisa*, que, ao juízo deles próprios, fosse relevante para o combate à criminalidade. Ocorre desse modo uma verdadeira inversão da consagrada presunção de inocência, em situação na qual a autoridade estatal, já convicta da existência de crimes nas comunidades, pressupõe o possível envolvimento de todos os moradores com a criminalidade organizada, razão pela qual (sem indício mínimo algum a não ser uma forte convicção) expede ordens que autorizam o uso da violência estatal legitimada (não necessariamente legítima) para invadir suas casas e encontrar possíveis provas ou possíveis evidências, de possíveis crimes que essas pessoas estariam cometendo. Essa verdadeira *rede probatória* especulativa é dos mais cristalinos exemplos de *fishing expedition*, a qual deixa para trás um rastro incontável de violações, abusos e desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados.

Aqui se percebe certa manipulação no tocante à nomenclatura empregada ao mandado “coletivo”. Na definição feita pelo dicionário Aurélio, a palavra coletivo aparece como: “Que abrange ou compreende muitas coisas ou pessoas”.<sup>117</sup> Ora, em momento algum seria problema a expedição de mandados com vários endereços, nomes de pessoas e objetos a serem encontrados e apreendidos. Tal prática é inclusive comum e necessária em grandes operações policiais, desde que isso fosse realizado *seguindo a legalidade*, com um trabalho sério de investigação para individualizar o máximo possível os locais a serem invadidos, evitando-se, assim, possíveis danos colaterais. Muito diferente portanto da situação do mandado “genérico”, que se aproveita do termo “coletivo” como um verdadeiro

---

<sup>116</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal, 2016, p. 418.

<sup>117</sup> COLETIVO, Mini Aurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa, 2010, p. 176.

eufemismo, para a prática de arrastões em comunidades vulneráveis, que aparentemente não são dignas dos direitos e garantias já elencados.

Contudo, tal visão não é unanimidade. Para os defensores dos mandados genéricos, há que se levar em conta outros interesses constitucionais em jogo, como o direito à segurança pública, que é preconizado na Constituição como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, o que leva assim ao velho dilema binário entre “direitos fundamentais vs combate à criminalidade”.

Outro fator que tornaria legítimos os mandados genéricos são as complexidades geográficas dessas comunidades, considerando que há muitas vezes inexistência de individualização de endereços, sobretudo em áreas precariamente estabelecidas nos morros cariocas, fator que impossibilitaria uma individualização satisfatória dos locais a serem especificados nos mandados, tornando, assim, impossível sua expedição e, conseqüentemente, o uso desse importante instrumento no combate a macrocriminalidade.

Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha<sup>118</sup> admite que, em tais situações extraordinárias, é possível a expedição dos mandados genéricos, afirmando que:

é fato que muitas pessoas são atingidas simplesmente porque residem no local, sem que lhes recaia nenhuma suspeita específica da prática de crime. Mas também não se pode negar que, ponderando os interesses em jogo, não é irrazoável que prevaleça a iniciativa de dismantelar organizações criminosas que impõem o caos e o terror generalizado. Nessas localidades, a ação policial baseada no mandado coletivo é a única forma de fazer cessar atividades criminosas de extrema gravidade e que vitimam inclusive os moradores injustamente atingidos pela busca domiciliar.

Não é esse, contudo, o posicionamento que vem sendo adotado pelos tribunais superiores. Exemplo disso foi decisão tomada no ano de 2019 pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, que anulou busca e apreensão realizada na favela do Jacarezinho e no Conjunto Habitacional Morar Carioca, atendendo a pedido feito pela Defensoria Pública do estado por meio da impetração de *habeas*

---

<sup>118</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel?. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacao-constitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivelindividualizacao-imovel/>>. Acesso em: 06 de outubro de 2020

*corpus* coletivo.<sup>119</sup> No seu voto em sede de agravo regimental, o ministro Rogerio Schietti Cruz ressalta que o mandado de busca não pode ser utilizado como “autorização irrestrita para uma “varredura” em determinada comunidade”, colocando também a necessidade de:

realização de diligências anteriores que demonstrem fundados indícios da prática de delitos nas residências visadas, ou que sinalizem, concretamente, a probabilidade de apreensão de produtos de quaisquer crimes em tese cometidos pelas pessoas residentes nas casas invadidas.<sup>120</sup>

Assim, em seu voto, o ministro ressaltou a necessidade de se seguir os requisitos legalmente estabelecidos para que as decisões emitidas sejam consideradas válidas, merecendo destaque também a vedação do uso desses mandados como instrumento investigativo primário, pois tais violações de direitos só seriam legítimas se amplamente fundamentadas por meio de material probatório anteriormente recolhido, respeitando-se, assim, o assegurado direito à inviolabilidade do domicílio e a presunção de não culpabilidade dos demais moradores.

Por outro lado, quanto às interceptações telefônicas, elas consistem na captação de comunicações telefônicas por um terceiro, sem a consciência dos comunicadores envolvidos<sup>121</sup>. Apesar de ser instituto previsto para ser criado desde a promulgação da Constituição brasileira do ano de 1988, no seu artigo 5º, inciso XII, que trata dos direitos à inviolabilidade do sigilo da correspondência, comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, este só veio a ser efetivamente regulamentado oito anos depois, com a Lei nº 9.296/1996.

Por se tratar de meio para obtenção de provas que tem grande potencial de devastação da intimidade e da vida privada, a própria lei das interceptações telefônicas prevê, já em seu artigo segundo, diversas hipóteses (autônomas e não

---

<sup>119</sup> STJ. Agravo Regimental no HABEAS CORPUS: HC 435.934 AgR RJ. Relator Min. Sebastião Reis Júnior Julgado em: 05.11.2019. Dje: 20.11.2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851622&num\\_registro=201800269307&data=20191120&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851622&num_registro=201800269307&data=20191120&formato=PDF)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

<sup>120</sup> STJ. Agravo Regimental no HABEAS CORPUS: HC 435.934 AgR RJ. Relator Min. Sebastião Reis Júnior Julgado em: 05.11.2019. Dje: 20.11.2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851622&num\\_registro=201800269307&data=20191120&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851622&num_registro=201800269307&data=20191120&formato=PDF)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

<sup>121</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Especial Criminal Comentada: volume único, 2020, p. 515.

cumulativas) onde se fala expressamente que esta não será admitida, como: “I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”; “II - prova puder ser feita por outros meios disponíveis” e “III - o fato investigado constituir infração penal punida no máximo, com pena de detenção”.<sup>122</sup> Junta-se os requisitos previstos nos incisos I e II com a noção de proporcionalidade, representada pela figura dos crimes de catálogo do inciso III, que determina que o uso desse método investigativo invasivo apenas se utilizará em infrações penais de uma certa gravidade, no caso os crimes apenados com reclusão.

A própria lei, já preocupada com o potencial extensivo da medida a uma grande quantidade de pessoas, dispõe regras no parágrafo único do artigo anteriormente mencionado, onde se impõe a necessidade de se descrever com clareza a situação que é objeto da investigação, incluindo aí também a qualificação dos investigados, salvo se houver uma impossibilidade evidente de fazê-lo, sempre com as devidas justificações.<sup>123</sup>

A não obediência fiel aos requisitos elencados deve ensejar a declaração de nulidade do ato e, conseqüentemente, do material colhido. Não é isso, todavia, o que se enxerga na realidade, sendo muitas dessas interceptações aceitas na prática, tendo em vista por exemplo a falta de percepção da nocividade das *fishing expeditions* no mundo jurisprudencial.<sup>124</sup> Tal posição de leniência dos tribunais com o tema abre a brecha para se incentivar tais condutas, podendo desse modo ocasionar eventuais abusos, situação que leva a se pensar sobre a validade do compartilhamento e da aceitação dessas provas.

### 2.3 Recepção nos tribunais e serendipidade

Apesar das *fishing expeditions* possuir uma grande ocorrência prática, que pode ser visualizada, por exemplo, nos mandados de busca e apreensão genéricos e de interceptações telefônicas feitas em larga escala e sem uma preocupação

<sup>122</sup> BRASIL. Lei nº 9296, de julho de 1996. Lei das Interceptações telefônicas. Diário Oficial da União Brasília, DF, 24 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm#:~:text=seu%20representante%20legal.,Art.,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm#:~:text=seu%20representante%20legal.,Art.,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa.)> Acesso em: 07 de outubro de 2020

<sup>123</sup> BRASIL. Lei nº 9296, de julho de 1996. Lei das Interceptações telefônicas. Diário Oficial da União Brasília, DF, 24 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm#:~:text=seu%20representante%20legal.,Art.,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm#:~:text=seu%20representante%20legal.,Art.,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa.)>. Acesso em: 07 de outubro de 2020

<sup>124</sup> SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philippe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto no processo penal. 2019, p. 54.

com a individualização dos indivíduos investigados, a temática ainda não possui uma análise profunda a respeito de seus efeitos refletida no mundo acadêmico e jurisprudencial.<sup>125</sup>

Para comprovar essa observação, o livro “Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão”, traz, no final de seu capítulo 2, o resultado de uma ampla pesquisa de jurisprudências nos portais do Supremo Tribunal federal, Superior Tribunal de Justiça, nos Tribunais Regionais Federais e, por fim, nos Tribunais de Justiça dos Estados. Nessa pesquisa, realizada em junho de 2018, foram encontrados apenas 14 resultados (entre decisões monocráticas e acórdãos) em que o termo estava presente.<sup>126</sup> Dessa maneira, tal escassez de julgados mostrou o pouco conhecimento que se tinha da prática, inclusive por parte de advogados, pois, se o argumento fosse invocado de modo frequente, os tribunais precisariam se dispor a debatê-lo.

Passados alguns anos e feita novamente pesquisa com metodologia similar, é possível perceber que houve uma notável melhora nesse quadro. Exemplo disso são os resultados obtidos ao ser refeita a busca neste ano de 2020 nas páginas do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Onde foram encontrados 17 resultados apenas no STJ<sup>127</sup> (decisões monocráticas) e 11 apenas no STF<sup>128</sup>, onde o termo é citado nas decisões de diversos ministros como Gilmar Mendes com 3 resultados; Edson Fachin com 3 resultados; e Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli (o único que apareceu na última pesquisa), Rosa Weber, Alexandre de Moraes e Celso de Mello, todos com 1 resultado. Apesar de ainda não expressar um número ideal, o aumento nas decisões que enfrentam a temática, nas cortes mais importantes do país, demonstra como o assunto vem ganhando destaque nos últimos anos, fato que mostra-se de suma importância para a ampliação da discussão e aprofundamento do debate a respeito do tema.

---

<sup>125</sup> SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philippe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto no processo penal. 2019, p. 54.

<sup>126</sup> SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philippe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto no processo penal. 2019, p. 54.

<sup>127</sup> Para ter acesso as decisões do Superior Tribunal de Justiça pesquisar em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=FISHING+EXPEDITION&b=DTXT&p=true>>. Acesso em 14 de dezembro de 2020.

<sup>128</sup> Para ter acesso as decisões do Supremo Tribunal Federal pesquisar em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=deciso/es&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=fishing%20expedition&sort=score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=deciso/es&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=fishing%20expedition&sort=score&sortBy=desc)>. Acesso em 14 de dezembro de 2020.

Questão importante nessa temática diz respeito ao chamado encontro fortuito e desvio da vinculação causal da prova. Como visto anteriormente, investigação criminal busca a elucidação de fatos, para isso utilizando-se de diversos meios de obtenção de prova. Ocorre que tais meios não podem ser utilizados de forma discricionária pelos agentes públicos, especialmente ainda quando se fala de meios invasivos e que ferem diversos direitos individuais da pessoa investigada. Portanto, a atividade probatória possui, além de limitações, um vínculo com o objeto que está se investigando, razão pela qual tais apurações devem procurar se ater ao máximo somente à busca de informações que interessem e estejam relacionadas com o caso. Essa é uma importante limitação, pois assim evita-se uma investigação generalizada voltada para a vida do acusado e foca-se apenas nos fatos que devem ser devidamente apurados.

Tal aspiração, todavia, nem sempre se mostra possível, pois, em muitos casos, dificilmente haverá a possibilidade de se fazer uma distinção prévia do material que será ou não será útil para o processo. Podem ocorrer situações em que se encontrará mais do que se pretendia achar inicialmente (como provas de outros crimes ou provas que envolvam terceiros em atos criminosos).

Dessa maneira, emergem questionamentos nas doutrinas processualistas penais, se as provas advindas sobre esses fatos diversos ao que era inicialmente investigado teriam validade em outros processos, à exceção dos casos de flagrante delito ou crimes permanentes. Sobre isso, existem três entendimentos possíveis a respeito da prova fortuitamente obtida.

Segundo o primeiro deles, a prova é considerada plenamente válida, tendo como base o interesse público, podendo, assim, ser usada normalmente em qualquer processo. De acordo com o segundo, esta será válida somente se houver uma vinculação causal entre o fato investigado e a prova obtida; desse modo, é exigido que seja demonstrada uma pertinência entre a causa que ensejou na realização da atividade de busca e o objeto que foi apreendido. Já a terceira corrente diz que a prova será legal, mas não poderá ser usada em processo. Porém, poderá ser válida como *notitia criminis*, de modo que poderá resultar

futuramente em uma nova investigação, sempre em todos os casos não podendo haver má-fé ou desvio de finalidade no procedimento.<sup>129</sup>

Sobre esse assunto, tem predominado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o chamado princípio da serendipidade, mais alinhado com a primeira posição, que, no caso, aceita as provas acidentalmente colhidas, mesmo não havendo uma conexão entre os crimes. O nome do princípio vem inspirado de uma antiga lenda oriental e se refere à história dos três príncipes de Serendip, que, em suas viagens, sempre faziam descobertas de coisas diversas do que pretendiam encontrar inicialmente. Tem o uso desse princípio forte ligação também com outro instituto, que é o compartilhamento de provas.

Exemplo de posicionamento do STJ nesse sentido, inclusive no que diz respeito à serendipidade nas informações advindas de interceptações telefônicas, vem do ministro Marco Aurélio Bellizze, que proclamou em seu voto:

A interceptação telefônica vale não apenas para o crime ou indiciado objeto do pedido, mas também para outros crimes ou pessoas, até então não identificados, que vierem a se relacionar com as práticas ilícitas. A autoridade policial ao formular o pedido de representação pela quebra do sigilo telefônico não pode antecipar ou adivinhar tudo o que está por vir. Desse modo, se a escuta foi autorizada judicialmente, ela é lícita e, como tal, captará lícitamente toda a conversa.<sup>130</sup>

A ampla aceitação dessa teoria, entretanto, gera algumas preocupações. Na visão crítica de Aury, a obtenção de provas com sacrifício de direitos fundamentais (como, por exemplo, a obtenção de informações fiscais, bancárias ou telefônicas), trata-se de um ato que é “plenamente vinculado e limitado”.<sup>131</sup> Sobre este assunto, afirma que:

Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma “especialidade” da medida. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia

<sup>129</sup> SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto no processo penal. 2019, p. 60.

<sup>130</sup> STJ. *Habeas Corpus*: HC 144.137 ES. Relator. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 15/05/2012. Dje: 31/08/2012. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num\\_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF)>.

Acesso em: 17 de outubro de 2020.

<sup>131</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal, 2016, p. 322.

limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo. Trata-se de uma vinculação causal, em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante.<sup>132</sup>

Para Aury Lopes Júnior, portanto, a aceitação de tais provas necessita de uma vinculação com o crime originalmente, restringindo-se dessa maneira o seu uso. Por essa razão, enxerga com mais gravidade a banalização da serendipidade, inclusive para os casos de interceptação telefônica, em especial para a recepção de provas para os crimes apenados somente com detenção. O uso de uma lógica restritiva para ele seria uma imposição do sistema acusatório, vinda através do princípio da especialidade das provas, o que evitaria a tentação de um substancialismo inquisitório em promover investigações abertas e indeterminadas que não possuem ligação alguma com a causa que as deu origem.

De fato, em um cenário como o descrito, cuidados são necessários para se evitar a banalização de um “efeito hidra” no processo penal brasileiro, termo utilizado por Bernd Schunemann, para se referir ao comportamento dos órgãos de persecução criminal, que, após iniciada uma investigação, acabam por estendê-la permanentemente, ficando, assim, em uma verdadeira busca sem fim, na qual se procuram elementos que inclusive se desconhece.<sup>133</sup>

A temática é complexa e possui muitas nuances, contudo é importante deixar clara a premissa de que aceitação e compartilhamento indiscriminado de provas não aparente coadunar com a segurança jurídica e com uma vinculação dos atos de autoridades estatais, coisas essas que são requisitos básicos para um Estado do direito. Ainda, tal entendimento poderia abrir inevitavelmente, e de maneira perigosa, brechas para um substancialismo inquisitório, que seria dificilmente controlável por instrumentos racionais na prática. É, portanto, indiscutível que para se evitar essas eventuais e nefastas consequências, é necessária a criação de parâmetros seguros e determináveis, que disciplinem a matéria. Como a definição clara do conceito de conexão entre crimes, procurando sempre se dar respeito ao princípio da especialidade das provas.

---

<sup>132</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal, 2016, p. 322.

<sup>133</sup> SCHUNNEMAN, Bernard, La Reforma Del Proceso Penal, 2005, p.33.

A segurança jurídica, a previsibilidade e a vinculação da atuação do poder punitivo estatal a parâmetros de legalidade claros e determináveis, são questões fundamentais para a manutenção de um sistema coeso e minimamente controlável, que sempre deve levar em conta a máxima proteção do indivíduo contra eventuais injustas e arbitrarias violações de direitos. Sobre essas noções básicas que devem guiar a atividade de um Estado, em especial no que se refere à temática penal, serão estas tratadas agora, no capítulo subsequente. Onde se utilizará como parâmetro disso a doutrina do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

### 3 CONFLITO ENTRE GARANTISMO E MODELOS AUTORITÁRIOS

#### 3.1 O modelo garantista

Foi apresentado ao longo do presente trabalho o conceito básico do que se considera a figura política denominada Estado. Juntou-se a isso uma exposição e análise de sua evolução ao longo da história do mundo ocidental. Desta feita, também foram realizados apontamentos acerca das teorias de origem, legitimação e motivos de sua existência. Feito isso, passou-se para uma análise do processo penal, que, juntamente com o direito penal material, se mostrava (e ainda se mostra) um importante instrumento para a manutenção de um poder e de uma ordem social vigente (o chamado *status quo*).

Tendo em mente este fato, o sistema penal (incluso o processo penal) como um meio de controle social de condutas, é de suma importância destacar a íntima ligação entre as figuras do Estado e do processo, pois, sendo o processo um “braço” proveniente do poder constituído vigente, naturalmente este se manifestará com características do Estado que o instituiu.

Partindo-se desta premissa, mostram-se de inestimável valor para a construção epistemológica do processo penal contemporâneo as revoluções liberais tratadas anteriormente, pois estas vieram como uma verdadeira ruptura ao arbítrio dos Estados modernos absolutistas, trazendo consigo os pensamentos do iluminismo e a concretização de movimentos constitucionalistas, ideais estes que viriam a se espalhar pelo mundo inteiro. Tal mudança de paradigmas foi inclusive a base para o desenvolvimento de diversas teorias jurídicas e de direitos fundamentais, que continuam a ser aprimorados e aplicados até os dias de hoje.<sup>134</sup>

Com o que foi exposto até este momento, algumas perguntas necessitam ser respondidas. Afinal, o que se espera (e se deve esperar) de *um modelo de direito penal*<sup>135</sup> que pretenda estar em consonância com um Estado Democrático de Direito nos moldes da atualidade? Estaria o Brasil dentro do que se é esperado

---

<sup>134</sup> Exemplo disso são as gerações de direitos fundamentais. Como no caso dos direitos de primeira geração ou de liberdade, advindos com a queda de modelos absolutistas. Estes sem sobra de dúvidas foram essências para começar o desenvolvimento na temática, que viria a resultar posteriormente conforme a evolução da ciência e teoria jurídica, nos chamados direitos fundamentais de segunda e de terceira geração.

<sup>135</sup> Aqui “modelo de direito penal” deve ser lido como a integralidade do sistema penal, incluindo assim além das próprias leis incriminadoras outras figuras como princípios norteadores, processo penal, respeito a direitos humanos etc.

com respeito a essa temática? Para responder a estes questionamentos e entender esse debate, é imprescindível trazer à baila a *teoria do garantismo penal*.

Sem dúvidas, pode ser considerado como maior e mais relevante propagador desta teoria a pessoa do seu ainda vivo criador o jurista italiano Luigi Ferrajoli, que, em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*,<sup>136</sup> expõe as mais diversas de suas reflexões e críticas acerca de variados temas referentes à área criminal como prisão, modalidades de pena, princípios, institutos penais etc. Feito isso, o jurista traz à tona sua teoria jurídica que visa a dar racionalidade e controle ao sistema punitivo como um todo.

O famoso jurista italiano em seus escritos mostra-se como alguém que enxerga com profunda desconfiança e suspeita o poder e o seu exercício. Essa visão fica evidente em passagem de sua obra no momento no qual este afirma que: “o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo.”<sup>137</sup>

Este pensamento, em que pese seja essencial para entender melhor a doutrina garantista, também se mostra indubitavelmente como um verdadeiro imã para atrair muitos rancores e aversões não apenas à teoria, como também à própria pessoa de Luigi Ferrajoli.

Nascido na cidade de Florença no ano de 1940, o polêmico jurista atuou como magistrado na Itália nos anos de 1967 a 1975, época na qual a sociedade italiana se encontrava numa forte instabilidade política e social, em um período que ficou conhecido historicamente como “anos de chumbo”.<sup>138</sup> Foi nesse contexto histórico, quando o Estado italiano havia publicado uma legislação penal e processual penal para o combate a grupos considerados terroristas, guerrilheiros, etc., que Ferrajoli exerceu seu papel de juiz vinculado ao movimento denominado “Magistratura Democrática”.

Grupo de magistrados de esquerda e com tendências progressistas que buscava “fazer valer a primazia da Constituição”<sup>139</sup> e que era abertamente crítico

<sup>136</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>137</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2014, p. 709.

<sup>138</sup> O período em questão foi marcado por uma onda de terrorismo no país europeu, que começou no final dos anos 1960 e durou até o fim da década de 1980.

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*, 2015, p. 66-68.

ao cenário daquele tempo, o qual era marcado por legislações autoritárias, produção em excesso de leis excepcionais e emergências com vistas a combater ao terrorismo e uma manifesta e frequente relativização de direitos e garantias fundamentais.<sup>140</sup>

Já naquele tempo Ferrajoli sofria ataques em razão de suas opiniões e de seu envolvimento com a Magistratura Democrática, que, para certos “críticos”, não passava de um movimento ideológico de esquerda com o objetivo camuflado de apoiar terroristas e colaborar com o projeto de uma “revolução socialista”. Desse modo, obviamente o dito jurista também não passaria de um verdadeiro “agente do mal” que, como “o próprio diabo”, desenvolveu uma “obra do demônio”, uma “doutrina cega” e “irresponsável” que legitimaria inclusive a “luta armada.”<sup>141</sup>

É fato que, em um primeiro momento, tais “críticas” soam assustadoras, chegando-se à possibilidade de se visualizar o diabo no inferno e Luigi Ferrajoli na Terra. Todavia, não parece ser essa a visão de boa parte do meio acadêmico e jurídico a nível internacional, que trata o afamado jurista, que é professor universitário há mais de quarenta anos e autor de vasta obra com livros e artigos que são publicados e discutidos no mundo inteiro, com respeito e admiração. Fato esse que é facilmente demonstrável com seus mais de vinte títulos *Honoris Causa* conferidos por instituições universitárias ao redor de todo o mundo. Demonstrado uma pequena parte do currículo de Ferrajoli, espera-se esclarecer certos preconceitos com a pessoa do autor, que evidentemente está sujeito a receber críticas em razão de suas ideias e pensamentos, porém que estas sejam as críticas honestas e imparciais, não ataques de baixo calão, como os já exibidos.

Passadas essas observações, trata-se agora de algumas linhas básicas para se entender o que seria o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. De acordo com o autor, o pensamento garantista pode ser assimilado em três significados que se interligam entre si como: a) modelo normativo de direito, b) teoria e crítica do direito, e c) filosofia e teoria política.

---

<sup>140</sup> SILVA, Adrian Barbosa e. *Garantismo e Sistema Penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento*, 2016, p. 110.

<sup>141</sup> Para mais detalhes sobre as “críticas” a FERRAJOLI consultar: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. *O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil*. 2019, p. 160. Para ler a totalidade da obra que traz os termos trazidos em entre aspas consultar: PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e demócídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil*. São Luís, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

No tocante ao modelo de direito, o garantismo caracteriza-se por um modelo de “estrita legalidade”, se apresentando como um sistema “cognitivo” ou de “poder mínimo”. Em um plano político, este mostra-se, nas palavras do jurista, como “uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade”.<sup>142</sup> Por fim, sob uma perspectiva jurídica, esse modelo se traduz em um sistema que visa a impor vínculos à “função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”.<sup>143</sup>

Em se tratando de teoria e crítica do direito, o autor traz noções de “validade” e “efetividade”. Uma norma pode ser válida em um plano jurídico, contudo, pode não ser efetiva na realidade e vice-versa. Essa problemática traz à tona uma “teoria da divergência”, a qual visualiza um cenário de “ser”, que se trata da realidade do corpo legislativo, e um “dever ser”, que é no caso o que o corpo de normas deve apresentar para ser considerado compatível com as normas substanciais (de caráter constitucional) que legitimam e validam sua produção. Em razão desse confronto constante entre “realidade” e “validade normativa”, é necessário aos juízes e à comunidade jurídica uma constante revisão e “tensão crítica” sobre o ordenamento vigente, com vistas a manter um sistema legítimo e coerente, pautado no respeito à normativa constitucional.

Por fim, quanto a seu significado de filosofia e teoria política, o garantismo entra como uma “teoria da democracia”<sup>144</sup>, onde há o pressuposto de uma doutrina laica que separa *direito e moral*. Nessa perspectiva, a legitimação do direito penal e do próprio Estado necessita de uma justificação externa (ético-política) que seja baseada “nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”.<sup>145</sup> Desse modo, Ferrajoli separa dois modelos, um *autopoiético* ou de autojustificação do direito penal como um valor em si mesmo (característico de modelos tendentemente autoritários), e um *heteropoiético*, que no caso se justificaria a partir de interesses dos cidadãos.<sup>146</sup>

Passadas as noções dos três significados do que seria a teoria do garantismo penal, importa agora fazer algumas observações e adicionar comentários a

<sup>142</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 684.

<sup>143</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 684.

<sup>144</sup> RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, 2020, p. 5.

<sup>145</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 685.

<sup>146</sup> SILVA, Adrian Barbosa e. Garantismo e Sistema Penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento, 2016, p. 114.

respeito do que foi trazido. Como é possível perceber, em razão de uma desconfiança com relação ao poder, a doutrina de Ferrajoli busca impor limites à tutela punitiva exercida pelo Estado. Tal limitação se daria por meio da imposição de um estrito cumprimento da lei, que seria baseada em uma “positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa.”<sup>147</sup>

Assim, o jurista define o garantismo como um modelo de “direito penal mínimo”, onde se busca dar proteção à figura do mais fraco, que de início começa com a figura da vítima no momento do delito, posição que depois passa a ser ocupada pelo acusado no momento do processo, situação em que fica sujeito a violências e arbitrariedades do Estado. Seguindo de maneira fiel esse raciocínio, o jurista faz um importante alerta, reafirmando que o processo penal “não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.”<sup>148</sup>

Desse modo, fica evidente o caráter contramajoritário da teoria de Ferrajoli, onde os direitos e garantias fundamentais (inclusive o processo) assumem um papel imprescindível de escudo protetor contra possíveis reações sociais arbitrárias, desproporcionais e de extrema violência, que podem vir tanto do Estado quanto da sociedade. Proteção essa que serve tanto para os possíveis culpados quanto para os possíveis inocentes.

Assim sendo, infundadas são as “críticas” que classificam o pensamento do autor como “abolicionista”, pois, apesar das pesadas críticas de Ferrajoli ao sistema penal como um todo, o autor não compactua com a ideia de seu fim, senão no máximo com a redução quantitativa da intervenção penal o quanto possível. Por essa razão, é possível classificar a doutrina do jurista como justificadora, na medida em que tenta dar legitimidade ao sistema.

Em sua obra, o jurista adverte que o sistema garantista trata-se de um “modelo-limite”, o qual jamais pode ser perfeitamente satisfazível na realidade, contudo o autor dá um “caminho” a ser seguido, para quem quiser se aproximar deste na medida do possível. Este caminho é apresentado com dez axiomas, os

---

<sup>147</sup> FERRAJOLI, Luigi. (Apud RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira). O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, 2020, p. 5.

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 450.

quais, de acordo com o autor, quanto mais fielmente seguidos, mais demonstram uma tendência ao seu modelo. São eles:

1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.<sup>149</sup>

Esses brocardos jurídicos podem facilmente ser reconhecidos por estudantes de direito e juristas da área penal. Isso porque, apesar da doutrina garantista não estar expressamente mencionada na Constituição brasileira, muitos de seus preceitos se encontram na mesma. Essa importação do garantismo para o Brasil ocorreu em especial durante o processo de redemocratização, com destaque em especial para as áreas penal e processual penal.<sup>150</sup>

Entretanto, apesar do pensamento de Ferrajoli estar documentado em inúmeros trabalhos, muitas são as divergências quanto à interpretação de seus textos. Enquanto uma parte dos juristas ataca com “sangue nos olhos” o autor e suas ideias, outra grande parte reconhece o prestígio e importância de Ferrajoli. Dentre eles, todavia, surgiu uma corrente que afirma haver no Brasil uma “distorção” das ideias do autor. Essa corrente, que ganhou bastante força nos últimos anos em especial com o aumento de grandes operações policiais, merecendo destaque a “Operação Lava Jato”, foi denominada como “garantismo penal integral”.

Para Douglas Fischer, um dos principais expoentes dessa teoria, ocorre no Brasil um “desvirtuamento” da ideia original do autor, de modo que: “evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem

---

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2014, p. 75.

<sup>150</sup> RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. *O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli*, 2020, p. 5.

investigados, processados ou condenados”.<sup>151</sup> Assim, para essa corrente, certos juristas realizam uma leitura parcial da teoria do autor italiano, visando garantir tão somente os direitos dos acusados em detrimento dos direitos da sociedade, como o direito à segurança pública preconizado na Constituição. Em razão dessa suposta leitura “parcial” e de apenas “um lado”, o autor classificou a interpretação que certos grupos fazem como um “garantismo hiperbólico monocular”.

Dessa forma, em síntese, os autores que seguem o “garantismo penal integral” afirmam a necessidade de se buscar respeitar a integralidade desses direitos, de modo que, em caso de eventuais conflitos entre direitos fundamentais individuais dos acusados e direitos fundamentais da coletividade, seja realizado um juízo de ponderação do caso concreto para se definir quais direitos devem prevalecer, moldes esses que lembram em muito diversos traços da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.<sup>152</sup>

Muitas, porém, são as críticas feitas a essa corrente, chegando-se a afirmar que “a proposta do garantismo penal integral não encontra respaldo nas lições do professor italiano. Mais do que isso, acaba por desvirtuá-las.”<sup>153</sup> Entre as críticas a teoria, afirma-se que há uma confusão por parte desses autores entre garantismo positivo (que envolve uma expectativa de satisfação de direitos sociais) e negativo (ligado a uma expectativa de não lesão). Não estaria, portanto, a concretização de certos direitos vinculada a uma resposta no âmbito do direito criminal, mas sim por meio de políticas públicas que podem ser exigidas inclusive judicialmente.<sup>154</sup> Também se afirma que a ideia do uso da “ponderação” de Alexy, que tem um viés do “constitucionalismo jusnaturalista” se contrapõe ao “constitucionalismo garantista” de Ferrajoli.<sup>155</sup> O uso da técnica da ponderação abre brecha para um grande subjetivismo por parte do julgador, situação essa que não condiz com o pensamento do jurista, que prega pela obediência à lei como uma forma de redução do espaço de discricionariedade do julgador, o que evitaria possíveis arbitrariedades e o decisionismo judicial.

---

<sup>151</sup> FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 69.

<sup>152</sup> RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, 2020, p. 11.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 18.

### 3.2 O conflito e o contexto brasileiro

Como exposto anteriormente, é possível perceber que a doutrina de Ferrajoli não foi algo que surgiu da noite para o dia. As bases teóricas do pensamento do autor (dando-se destaque ao constitucionalismo), juntamente com a possibilidade de aplicação de suas ideias no plano da realidade, foram construídas muito antes de sua obra *Direito e Razão* e do próprio nascimento desta. São ambas fruto de uma longa e vagarosa evolução ao longo da história da humanidade, que todavia por vezes acabaram (e ainda acabam) por sofrer verdadeiros golpes, ocasionando assim retrocessos com resultados gravíssimos para a democracia, o Estado de Direito, e a proteção do ser humano em sua liberdade e mesmo sua dignidade.

Foram trazidas neste trabalho algumas noções básicas do que se trata a teoria do garantismo penal, juntamente com o contexto em que esta foi produzida por Luigi Ferrajoli. Feito isso, foram apresentadas algumas peculiaridades e controvérsias com relação à temática no Brasil, importando agora fazer algumas considerações a respeito do que se trataria a figura dos “modelos autoritários”, os quais Ferrajoli busca ativamente combater. Em sua obra, o jurista aponta algumas características gerais destes modelos, dentre elas a epistemologia inquisitiva, o substancialismo penal, o decisionismo processual e o subjetivismo inquisitivo.<sup>156</sup>

Em síntese, o autor afirma que esses modelos são marcados por uma concepção do delito como um fato “imoral” ou “antissocial”, onde muito se leva em conta as características da pessoa do *delinquente*, com essas assumindo um peso considerável na hora da aplicação, e inclusive definição da intervenção penal. Há também um enfraquecimento do papel da lei como definidora exclusiva e pormenorizada de condutas criminosas, o que torna comum a presença de tipos penais “elásticos” e “indeterminados”.

Nesses modelos, há um fértil terreno para a prática do chamado *decisionismo processual*, onde basicamente o que legitima a decisão do juízo é o próprio juízo, que é por alguma razão inquestionável. Fato esse que se daria principalmente em razão de um *subjetivismo inquisitivo*, onde as decisões se baseiam não em juízos fáticos, mas sim em juízos de valor subjetivos, que são, nas palavras de Ferrajoli,

---

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2014, p. 35-38.

“não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos”.<sup>157</sup>

Junta-se a isto a busca da chamada *verdade substancial*, já tratada anteriormente neste trabalho, onde tudo se faz para alcançar uma verdade “absoluta” dos fatos, vigorando o brocardo *auctoritas, non veritas facit iudicium*, e a investigação não direcionada a fatos objetivos, mas sim pessoa julgada e seu interior.<sup>158</sup>

De acordo com Ferrajoli, esses modelos remontam a uma tradição jurídica autoritária antiga e nunca realmente interrompida, vinda desde os esquemas pré-modernos da inquisição, e assumindo novas roupagens com o passar do tempo, como, por exemplo, através de teorias da prevenção especial, defesa social e tipo penal do autor. Todas com múltiplas variantes, como a antropológica, moralista etc.<sup>159</sup>

Desta feita, importa lembrar os chamados axiomas do garantismo penal do professor italiano, que, conforme seguidos ou não, na ideia do autor, mostram a tendência de um sistema para o direito penal máximo (de índole autoritária) ou para o direito penal mínimo (de índole garantista). Dessa maneira, seria possível medir o grau de garantismo/autoritarismo de um sistema, conforme a observação ou não desses preceitos em um modelo concreto.

Voltando-se para o cenário brasileiro, infelizmente, é de fácil constatação que, tanto na realidade normativa quanto nas *práxis* judiciais e policiais, ainda há diversos resquícios dessas “tradições autoritárias”, que se encontram mais vivas do que nunca tanto no ordenamento jurídico quanto no pensamento social. Para ilustrar esta afirmação, convém primeiramente fazer algumas observações quanto ao arcabouço jurídico criminal pátrio<sup>160</sup>. Tanto o código penal brasileiro (incluindo a lei de contravenções penais) quanto o código de processo penal, tem origem nos tempos do chamado “Estado Novo”, período ditatorial na política brasileira, que tinha como “presidente” Getúlio Dornelles Vargas.

---

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 37.

<sup>158</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 37.

<sup>159</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 35.

<sup>160</sup> Em razão da amplitude do assunto, este trabalho não pretende com os exemplos que serão apresentados, esgotar o tema (o qual necessitaria de um trabalho à parte) mas sim ditar exemplos que permitam ao leitor visualizar com mais clareza a tese proposta.

Dentre esses dois, merece destaque o *codex* processual pátrio, que, para muitos juristas, representa uma “cópia” do *Codice Rocco*, o código de processo penal italiano de 1930, elaborado pelo jurista Vincenzo Manzini durante a era da Itália fascista de Benito Mussolini.<sup>161</sup> Entre as características desse código, é sempre ressaltada a sua evidente estrutura inquisitorial, que obviamente é a que melhor satisfaz as ânsias de ditadores e Estados totalitaristas, que usam o direito não como um instrumento de proteção do cidadão, mas sim como um artefato de força e dominação social e política.

Assim, com um referencial deste calibre, aparenta ser de inexplicável contradição a ainda existência desse diploma até os dias atuais, quando levada em consideração a posterior promulgação de uma Constituição que representa justamente o oposto do totalitarismo pregado pelos regimes que inspiraram o atual código. Contudo, o máximo que ocorreu foram diversas reformas ao longo dos anos, mas nunca a edição de um novo código para assumir o lugar do atual.

Aparentemente, como forma de remediar esta situação, que para muitos soaria minimamente como peculiar, afirma-se no Brasil que há a existência de um processo penal *misto*, onde haveria um momento inquisitório (fase do inquérito policial) e um acusatório (fase processual). Desta forma, com a mera separação entre a função do julgador e do Ministério Público, juntamente com a impossibilidade de “se condenar exclusivamente com as provas do inquérito”, ao que tudo indica estariam facilmente “resolvidos” os problemas da “fase inquisitória” no sistema brasileiro.

Tal lógica, porém, é rechaçada de forma brilhante por Jacinto Coutinho, que afirma de maneira categórica que “Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos.”<sup>162</sup> De início, tal afirmação já colocaria em cheque a efetividade da classificação tradicional em retratar as sistemáticas processuais; contudo, o jurista vai além, demonstrando que o chamado “sistema misto” não se trata apenas de uma somatória simples de elementos de um e de outro sistema, pois tal fórmula não se sustentaria epistemologicamente falando. O

---

<sup>161</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, 2009, p. 7-8.

<sup>162</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, 2009, p. 1.

que há de fato é que todos os sistemas “mistos” possuem um *principio unificador*, que é a sua matriz, podendo ser ele ou dispositivo ou inquisitório. Sendo assim, é possível agregar a eles elementos provenientes do outro sistema, todavia a base continuará a mesma.

Razão essa pela qual o autor classifica o Brasil como *um sistema inquisitorial com elementos provenientes do sistema acusatório*.<sup>163</sup> Conjuntura que em nada parece se coadunar com a Constituição brasileira de 1988. Mesmo com as diversas alterações feitas no código ao longo dos anos, que visavam retirar elementos autoritários<sup>164</sup> deste, merecendo destaque a mais recente alteração trazida pelo pacote anticrime que declarou o processo penal como definitivamente “acusatório”, dificilmente poderá se esperar mudanças profundas no sistema enquanto forem mantidas as matrizes autoritárias do código de 1941.

Junta-se a esse quadro uma recorrente cultura do *decisionismo* no âmbito do judiciário, situação que se manifesta em diversas questões como, por exemplo, as “ilicitudes à la carte”<sup>165</sup>, e a teoria das nulidades, com a necessidade da comprovação de prejuízo, que se traduz, nas palavras de Aury Lopes Jr, como “Eu-tribunal anulo o que eu quiser, quando eu quiser”.<sup>166</sup>

No âmbito do direito material, a posição do Brasil também não se mostra entre as melhores. Até os dias atuais, permanece na lei de contravenções penais o vergonhoso tipo penal de *vadiagem*, que criminaliza o ato de “entregar-se habitualmente a ociosidade”. Chama atenção nesse dispositivo uma necessidade do sujeito ativo do delito praticar o ato “sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência”<sup>167</sup>, que, em uma tradução para o bom português, basicamente afirma que o delito só se configura se o indivíduo for pobre. Situação parecida se enxerga no antigo delito de mendicância, revogado apenas no ano de 2009. É de saltar os olhos ainda a transcrição do artigo 14 do mesmo diploma, onde é afirmado que “presumem-se perigosos” os condenados pelos delitos mencionados.

---

<sup>163</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, 2009, p. 7.

<sup>164</sup> Um exemplo evidente dessa mentalidade autoritária, que foi retirado, era a obrigação do condenado se recolher à prisão para possuir o direito de apelar.

<sup>165</sup> Remetemos o leitor ao capítulo 1.3 Processo penal e provas.

<sup>166</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos Do Processo Penal: Introdução Crítica. 2019, p.72.

<sup>167</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. Rio de janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)

Esses, com certeza, estão entre os exemplos mais gritantes e absurdos da ainda presença de traços autoritários em nosso ordenamento, a cristalização em forma de lei do odioso *direito penal do autor*, em uma explícita criminalização da pobreza. Mesmo tipos penais advindos após a constituinte de 1988 não escapam de certas características, que são indesejáveis, quando levado em consideração o modelo imaginado por Ferrajoli. Cita-se de exemplo a famigerada Lei nº 11.343/2006, conhecida popularmente como “Lei de drogas”, que, nas palavras de Paulo Queiroz “é um típico direito penal de exceção, pois nele não incidem ou só incidem acidentalmente, os princípios que informam o direito e o processo penal democráticos.”<sup>168</sup>

Entre algumas das qualidades desse diploma, estão a sua excessiva severidade e desproporcionalidade de penas, a criminalização de atos meramente preparatórios e uma brecha ao subjetivismo inquisitório. Isso porque a lei prevê que o enquadramento típico a ser dado à conduta pela autoridade levará em consideração “[...] ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às *circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*”.<sup>169</sup> Mais uma vez, enxerga-se na lei, desse modo, a discreta ocorrência do direito penal do autor, juntamente com o poder de arbítrio da autoridade, que, por meio de juízos subjetivos, pode definir se um cidadão passará anos na cadeia, ou simplesmente sairá da delegacia no mesmo dia com a mera assinatura de um termo circunstanciado de ocorrência.

Mesmo no que se refere ao princípio da legalidade (axioma basilar no pensamento de Ferrajoli), o Brasil tem deixado a desejar. Amostra disso foi a recente criminalização da homofobia *realizada pelo Supremo Tribunal Federal* por meio de uma *analogia* com a Lei do Racismo.<sup>170</sup>

Além do já apresentado (como se não bastasse), Ricardo Gloeckner faz vários apontamentos sobre diversos outros pontos do autoritarismo (*hot spots*) no

---

<sup>168</sup> QUEIROZ, Paulo; MOREIRA LOPES, Marcus Mota. Comentários à Lei de Drogas, 2018, p. 14.

<sup>169</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. : Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 14 dez. 2020.

<sup>170</sup> Apesar de condutas homofóbicas serem desprezíveis e totalmente reprováveis, não seria papel do Supremo realizar tal criminalização, mas sim do Congresso Nacional brasileiro.

sistema brasileiro, a exemplo das prisões provisórias, a ideia da concepção instrumentalista do processo etc.<sup>171</sup>

Após essa curta análise, é possível perceber que, mesmo com uma Constituição considerada “avançada” em diversos sentidos, na prática muitos são os pontos em que o sistema brasileiro deixa a desejar. Isso leva à conclusão inevitável de que o grau de garantismo/autoritarismo no modelo brasileiro está longe do ideal, havendo, assim, um inevitável conflito entre o *dever ser* (efetivação de direitos e garantias constitucionais) e o *ser* (a realidade).

Tendo-se consciência desse conflito, é de suma importância destacar, afinal, o que está em jogo. Conforme pontua Ferrajoli em sua análise dos sistemas penais em abstrato, há dois extremos para os quais um Estado pode pender. Para o direito penal mínimo (garantista) ou para o direito penal máximo. Mas, afinal, quais são os motivos desse “direito penal máximo” gerar tanta preocupação ao professor?

Quando fala desse “modelo extremo” o jurista italiano em suas palavras o descreve como sendo:

[...] incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.<sup>172</sup>

Como é possível observar, dentre as características desse modelo que preocupa o jurista, estão em resumo a sua falta de controle, falta de limites e falta de previsibilidade. O substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais eficazes para se alcançar a máxima expansão e incontrolabilidade do poder punitivo, trazendo, com isso, a temida incerteza e irracionalidade.<sup>173</sup>

Apesar disso, não é algo incomum de se observar no dia a dia, em especial na *internet*, a manifestação de opiniões favoráveis a uma maximização do direito penal na vida cotidiana. Discursos vorazes conclamando o endurecimento de penas e o aumento do encarceramento como “solução” para os problemas de

<sup>171</sup> Para ler esses pontos identificados pelo autor: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. \R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_378.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf). Acesso em: 08 de Dezembro de 2020.

<sup>172</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 84.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 84.

criminalidade são muito comuns, chegando inclusive a ser pauta prioritária (para não dizer única) da plataforma de muitos políticos.

O clássico discurso do “bandido bom é bandido morto”, juntamente com “direitos humanos só servem para defender criminosos”, tem uma parte considerável da população como adeptos, existindo muitos que aparentemente enxergam no direito penal a solução mágica para os problemas das mais diversas naturezas como social, política e *moral*. É comum ver nessas correntes de pensamento uma visão otimista do poder, sendo a autoridade e seu exercício a representação de algo bom e dotado de um valor ético. Todavia, como alerta o mestre Ferrajoli, tal visão é própria do *totalitarismo*.<sup>174</sup>

Entre os perigos que o irracionalismo desse modelo pode causar, é de suma importância lembrar que o objetivo por ele perseguido diverge da *tutela dos inocentes* do garantismo penal. Desse modo, Ferrajoli afirma que “A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.”<sup>175</sup> Percebe-se, assim, uma perversa e perigosa inversão lógica das regras do jogo, que, juntada ao irracionalismo e severidade desse sistema, provoca um ambiente extremamente fértil para o surgimento de *responsabilidades penais flutuantes*<sup>176</sup>, onde de forma obstinada se busca um culpado para saciar a ânsia de vingança da sociedade em razão de um delito cometido, ânsia essa que pode facilmente atingir pessoas *alheias* ao delito.

Com isso, é fácil perceber que os perigos de um Estado de direito penal máximo podem assolar a todos, tanto os realmente culpados, com penas desproporcionais e severas, quanto a inocentes, que podem acabar por se verem envolvidos e condenados em legítimos processos e investigações penais *kafkanianas*.

Em razão de tantas possíveis consequências, é por óbvio concluir que um modelo dessa estirpe é incompatível com um Estado de direito moderno que vise à proteção mínima dos direitos humanos. Talvez por essa razão muitos dos defensores de tais pensamentos marcadamente autoritários defendam a volta de um “regime militar”, mais compatível com seus ideais. Interessante trazer nesse

<sup>174</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 709.

<sup>175</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 84-85.

<sup>176</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. tomo 1º. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 69

ponto uma comparação feita entre a sociedade atual com alguém acometido pela *síndrome de Estocolmo*, onde “a própria sociedade na condição de refém, enquanto um Estado repressivo figurando como o captor”<sup>177</sup>, analogia essa que parece se encaixar como uma luva para os defensores de um Estado repressivo somente visando uma *cruzada* mais efetiva contra a criminalidade.

É essencial lembrar, no entanto, que, mesmo os defensores dessas práticas autoritárias, entre eles alguns “críticos” do garantismo penal (ficando aqui excluídos os pró ditadura), possuem “boas intenções”. E com recorrência se baseiam na “proteção” e “vontade” da maioria como justificativa para a supressão de direitos e garantias fundamentais, chegando-se até ao questionamento de que se “Não seria então o caso de ‘sacrificar’ os seres humanos comprovadamente perigosos”.<sup>178</sup>

Não se pretende a essa altura discutir a razoabilidade e mesmo a viabilidade ética de tal proposta, apenas importa lembrar primeiramente que, em um Estado democrático moderno, nem a totalidade da maioria pode extirpar direitos *fundamentais* de uma minoria<sup>179</sup> E, em segundo lugar, como diz um velho ditado popular que parece um muito se encaixar com tal situação: “de boas intenções o inferno está cheio”.

Logo, enxerga-se, aqui, que doutrinas que visam suprimir direitos fundamentais, baseadas em uma “proteção da coletividade”, dificilmente parecem coadunar com o pensamento de Ferrajoli, incluindo aí o *garantismo penal integral*, que peca pelo seu excesso de subjetivismo e insegurança jurídica.

### 3.3 Casos no âmbito nacional e a compatibilidade com preceitos do autoritarismo

Até o presente momento, neste capítulo, foram passadas algumas noções básicas do que se trata a doutrina do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, juntamente com noções a respeito das características do que seriam os modelos autoritários e de direito penal máximo, por ele repudiados veementemente. Após

<sup>177</sup> MÜLLER, Ludmila Ângela; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A sociedade, o Estado repressivo e a Síndrome de Estocolmo. **Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-sociedade-o-estado-repressivo-e-a-sindrome-de-estocolmo>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

<sup>178</sup> PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. Bandidolatria e demócídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil. 2017, p. 84.

<sup>179</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil. 2019, p. 178-179.

isso realizou-se uma breve análise de diversos aspectos, tanto do direito material quanto do direito processual brasileiro, que apontaram forçosamente para a conclusão da ainda presença de fortes traços de uma cultura autoritária e inquisitória no sistema legal pátrio. Traços estes que entram inevitavelmente em uma situação conflitante com os preceitos garantistas presentes na atual Constituição brasileira. Tendo-se consciência dos conceitos que interessam a discussão aqui proposta, e da existência deste “conflito”, interessa agora trazer à tona novamente a figura da *fishing expedition*, e buscar entender melhor onde esta se encaixaria no contexto apresentado, e suas possíveis consequências.

Relembrando o que foi anteriormente exibido neste trabalho, pode-se conceituar a *fishing expedition* como uma investigação criminal ou mesmo um processo que, de forma especulativa, busca esperançosamente descobrir provas de *quaisquer* infrações penais, passadas ou possivelmente futuras. Como características comuns a essas investigações, estão a falta de um objeto ou fato determinado para ser descoberto; a sua amplitude; e a rasa, ou mesmo inexistente fundamentação idônea que justifique a razão de seu início, motivo pelo qual a própria investigação muitas vezes pode servir para buscar dar legitimidade a sua própria existência.

Relembradas as noções básicas desse termo, alguns casos que ocorreram no Brasil chamam atenção, e podem ser facilmente relacionados a essa prática. Tais casos podem ser considerados exemplos que demonstram de forma evidente a nocividade das *fishing expeditions*, juntamente com sua compatibilidade com certos pressupostos de modelos autoritários exibidos anteriormente, que são combatidos pelo pensamento garantista ferrajoliano.

O primeiro caso que será analisado já foi exposto anteriormente neste trabalho, e em razão de sua repercussão e destaque merece uma análise um pouco mais aprofundada de seu contexto à luz das ideias de Ferrajoli. Aqui está se falando dos mandados de busca e apreensão genéricos nas favelas cariocas.

Quando exposta a temática no capítulo dois, defendeu-se a falta de compatibilidade desses mandados com os requisitos legais que legitimariam sua existência. Essa foi inclusive a tese firmada em julgamentos a respeito da temática, que acabaram por anular as provas obtidas nessas operações realizadas em

comunidades carentes.<sup>180</sup> O que chama atenção na discussão a respeito dos mandados genéricos é sempre a afirmação de que a “excepcionalidade” das circunstâncias justificaria essas ações intentadas pelos agentes estatais nessas comunidades. Tudo isso se encontra inserido em um verdadeiro contexto de *guerra* contra a criminalidade organizada. Situação essa que inclusive serviu de pano de fundo para a intervenção federal realizada no Rio de Janeiro em 2018, que, como apontam diversas críticas de especialistas, foi mais uma medida populista e eleitoreira paliativa, com poucos resultados práticos e eficientes a longo prazo.<sup>181</sup>

Essa situação de “guerra” contra a criminalidade organizada dá um cenário perfeito para o que Ferrajoli chama de um *subsistema penal de exceção*. Este é caracterizado por um direito penal de emergência, que, para o autor, é responsável por uma involução de um ordenamento punitivo, isso porque, para ele, ocorre uma reedição das leis para assumirem “trajes modernizados” dos velhos esquemas autoritários da tradição penal pré-moderna, por ele tão criticados.<sup>182</sup> Ocorre, assim, a validação de técnicas de exceção inquisitivas e autoritárias, que seriam voltadas ao combate de terroristas, máfias (no caso do contexto italiano), do crime organizado ou mesmo para o combate de uma genérica “criminalidade avassaladora”.<sup>183</sup>

Nesse contexto de guerra, com a criação de “inimigos da sociedade”, o processo deixa de ser uma atividade que deveria de forma indiferente buscar os fatos, e passa a figurar como uma ferramenta ofensiva.<sup>184</sup> Desse modo, ocorrem diversas relativizações, para não dizer mesmo abolição, de muitos direitos e garantias fundamentais. Situação que é ainda agravada pelo surgimento de um gigantismo processual, com a ocorrência de megainvestigações contra centenas ou até mesmo milhares de imputados. Terreno esse propício para todos os tipos possíveis de abuso.<sup>185</sup>

Com algumas dessas informações em mente, é fácil de se enxergar que a expedição dos mandados de busca e apreensão coletivos no Rio de Janeiro

---

<sup>180</sup> Remetemos o leitor ao capítulo 2.

<sup>181</sup> BARDON, Júlia. Intervenção no Rio não gerou mudanças efetivas, conclui estudo. **Folha de S.Paulo**, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/intervencao-no-rio-nao-gerou-mudancas-efetivas-conclui-estudo.shtml>

<sup>182</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 649.

<sup>183</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 656.

<sup>184</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 660.

<sup>185</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 661-662.

portava não só uma, mas várias das características de um direito penal de exceção (tipicamente autoritário). Entre os fatores que apresentaram essas semelhanças, primeiramente destaca-se a utilização do contexto de “guerra ao crime” vivenciado no Estado, como justificador dessas megaoperações de busca e apreensão, que eram realizadas em bairros inteiros, que coincidentemente se encontravam em favelas e regiões periféricas. A *seletividade* dos locais que foram alvo dessas medidas, juntamente com a fácil relativização que se fez dos direitos fundamentais dos moradores dessas comunidades, como o direito a privacidade e inviolabilidade do domicílio etc., mostram de maneira clara quem eram os *inimigos* da vez. Isso porque esse método de “combate” à criminalidade organizada, em momento algum chegou em bairros de luxo ou zonas centrais da cidade. Ora, sabendo-se mais ou menos as coordenadas de onde os “inimigos” se encontravam, bastou utilizar-se das simples deduções do direito penal do autor, tão presentes no sistema brasileiro, onde o bandido é apontado pelo bairro em que vive, pela renda que possui ou mesmo pela cor de sua pele. Feito isso, o alvo estava traçado, dando-se carta branca para as forças de repressão arrombarem as casas que bem entendessem, para encontrar armas, drogas ou qualquer coisa que servisse para incriminar alguém.

E quanto aos milhares de possíveis inocentes que poderiam ter suas casas arrombadas pela polícia e sofrer com violências, abusos ou mesmo com eventuais conflitos entre criminosos e policiais? Importa lembrar que, seguindo a “lógica” de um sistema irracional, tendente ao direito penal máximo, onde, na dúvida, prefere-se condenar, qualquer eventual violação de direitos fundamentais da pessoa humana no curso desse processo encontra-se plenamente justificada.

O que chama atenção para o jurista italiano é a contradição das premissas deste sistema, pois: “a ruptura das regras do jogo se dá, de fato, neste caso, invocando a tutela das mesmas regras do jogo; o Estado de direito é defendido mediante sua negação”.<sup>186</sup> Por esta razão, Ferrajoli afirma que a adoção de “táticas” deste tipo em nada tem haver com a lei e o direito, e nem assim deviam ser chamadas, mas sim com uma verdadeira resposta de guerra, pois desse jeito

---

<sup>186</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 655.

não se corromperiam os verdadeiros princípios garantistas de um direito penal que, nas palavras do autor, “é essencialmente um instrumento de paz”.<sup>187</sup>

O segundo caso que será analisado merece especial destaque, visto ter gerado consequências a nível internacional para o Estado brasileiro. Diferentemente do primeiro evento, onde a *fishing expedition* ocorreu por meio de grandes operações de busca e apreensão, neste houve a manipulação e uso abusivo de outro meio de obtenção de prova a disposição do aparato estatal: a interceptação telefônica. O episódio chegou até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficando conhecido como *caso Escher e outros vs Brasil*.

O caso em questão ocorreu no estado do Paraná no ano de 1999, em meio a um contexto de violentos conflitos agrários entre trabalhadores rurais ligados a movimentos sociais de luta pela terra e ruralistas. Para se ter noção da gravidade desses confrontos, nesse período, denominado de “Era Lerner”, foram assassinados 16 trabalhadores rurais no estado.

Em resumo ao ocorrido, no dia 24/04/1999 o chefe do Estado maior da Polícia militar do estado, coronel Valdemar Kretschmer, solicitou ao então secretário de segurança pública, Cândido Martins, que procedesse aos trâmites necessários para a realização de pedido de interceptação telefônica das linhas da COANA, uma cooperativa ligada ao Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. No dia 05/05/1999, o então major da polícia militar Waldir Copetti Neves apresentou o pedido de interceptação oficialmente à Vara Única da comarca Loanda. No pedido, o sargento afirmou que havia fortes evidências da utilização dessa linha telefônica para a prática de atos ilícitos por parte de membros de MST. Entre esses atos, estariam o desvio de dinheiro destinado a entidades ligadas ao grupo, repassado por programas sociais de incentivo a trabalhadores rurais, e, ainda, o assassinato de Eduardo Aghinoni, crime que teria supostamente ligação com estes desvios.<sup>188</sup>

No mesmo dia, a então juíza da comarca, Elisabeth Khater, autorizou o pedido através de uma simples nota na margem da petição, onde escreveu: “Recebido e Analisado. Defiro. Oficie-se. Em 05.05.99”. Com o detalhe que esta não remeteu sua decisão ao Ministério Público. Dias depois, de forma semelhante,

---

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2014, p. 667.

<sup>188</sup> MASI, Carlo Velho. O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24469/o-caso-escher-e-outros-vs-brasil-e-o-sigilo-das-comunicacoes-telefonicas>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2020

outra solicitação foi feita, também por um membro da polícia militar. Nela reiterava-se o pedido de interceptação no número onde já havia sido realizado o grampo, e sem qualquer motivação, foi pedida a inclusão de uma segunda linha telefônica, dessa vez na sede da ADECON. E, de forma semelhante, a juíza khater autorizou a medida, no mesmo dia, sem fundamentação e sem comunicar a decisão ao Ministério Público. Chama atenção o fato de, no dia 25/05/99, o então major Neves solicitar o cancelamento do grampo, isso porque o monitoramento nas palavras dele já teria “surtido o efeito desejado”. O que causou estranheza é que o tal “efeito desejado” não resultou em nenhum avanço nas investigações do assassinato ou dos supostos desvios de dinheiro, que seriam os motivos pelos quais foi realizado o pedido de interceptação, não foi citado nada nem mesmo a respeito de alguma outra ação investigativa.<sup>189</sup>

Na data de 7 de junho daquele ano, trechos dessas gravações foram reproduzidos no Jornal Nacional. No dia seguinte, o próprio secretário de segurança do estado expôs essas gravações em uma coletiva de imprensa e entregou alguns novos trechos transcritos pela polícia a jornalistas. Nisso, reportagens passaram a afirmar que os membros do MST estariam planejando o cometimento de certos crimes. No total, as gravações perduraram por 49 dias, sendo que uma parte deles não constava nem nos pedidos da polícia, nem na decisão da juíza. Mesmo depois da exposição do caso na mídia, somente mais de um ano depois a magistrada encaminhou os autos dos pedidos para a análise do Ministério Público.

Os membros do MST grampeados, revoltados com o acontecido, procuraram os mais diversos meios legais para fazer valer seus direitos e punir os responsáveis pelos atos perpetrados. No entanto, após anos de ações e processos judiciais e administrativos, pouco havia ocorrido, ficando evidente a ausência de interesse do Estado brasileiro em discutir a demanda. Por esse motivo, no ano de 2006, o caso foi admitido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após solenemente ignoradas as recomendações feitas pela comissão ao Estado brasileiro, o caso acabou submetido à jurisdição da corte internacional.<sup>190</sup> No ano

---

<sup>189</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>. Acesso em 11 de dezembro de 2020

<sup>190</sup> MASI, Carlo Velho. O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos. 2013. Disponível em:

de 2009, praticamente 10 anos após o ocorrido, a corte deu sua sentença, condenando o Estado brasileiro entre outras coisas: pela violação do direito à vida privada, a honra e à reputação dos envolvidos; violação do direito a liberdade de associação; a indenizar as vítimas dos grampos ilegais; a investigar definitiva e seriamente as violações ocorridas etc.<sup>191</sup>

Observada a história, percebe-se que o caso em análise possui facilmente uma verdadeira enxurrada de ilegalidades. O desrespeito às formalidades e à lei já começam de início, quando membros da polícia militar, que não possuem função investigativa e nenhum vínculo com a comarca, pedem a uma juíza o grampeamento de telefones. Isso apresentando uma demanda isolada, que não estava realmente vinculada a nenhum procedimento investigativo da polícia civil ou processo criminal. Essas solicitações, atendidas de prontidão pela juíza, tem como aceitação a estas, a fundamentação literalmente do nível de um conteúdo de um carimbo: “R[ecebido] e A[nalisado]. Defiro. Oficie-se. Em 05.05.99”.<sup>192</sup> As ilegalidades perpetradas foram tão escancaradas que até mesmo a promotora da comarca, após receber a decisão que autorizava os grampos, afirmou que tais:

fatos evidenciam que a diligência não possuía o objetivo de investigar e elucidar a prática de crimes, mas sim monitorar os atos do MST, ou seja, possuía cunho estritamente político, em total desrespeito ao direito constitucional a intimidade, a vida privada e a livre associação.<sup>193</sup>

Entre as críticas a serem feitas a conduta dos envolvidos, começa-se observando nesse caso a infeliz ocorrência de uma notória unificação entre a vontade da juíza com a vontade dos policias. O magistrado, no sistema acusatório, tem a função primordial de zelar pelos direitos dos cidadãos e pela proporcionalidade das intervenções dos órgãos punitivos. No presente caso, todavia, o que ocorreu foi uma mera reprodução da vontade das autoridades

---

<<https://jus.com.br/artigos/24469/o-caso-escher-e-outros-vs-brasil-e-o-sigilo-das-comunicacoes-telefonicas>>.

Acesso em: 12 de dezembro de 2020

<sup>191</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>. Acesso em 11 de dezembro de 2020

<sup>192</sup> MASI, Carlo Velho. O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24469/o-caso-escher-e-outros-vs-brasil-e-o-sigilo-das-comunicacoes-telefonicas>>.

Acesso em: 12 de dezembro de 2020

<sup>193</sup> CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>. Acesso em 11 de dezembro de 2020

estatais, passando a juíza de guardiã dos direitos e da lei para uma mera reprodutora acrítica de requerimentos. Situação essa que ocorre infelizmente toda vez que um juiz deixa de fundamentar adequadamente suas decisões. Isso porque a fundamentação é o que dá ao jurisdicionado a segurança com relação à imparcialidade do julgador. Sem ela, o magistrado não passa de um mero assistente de acusação, ferindo de morte assim o sistema acusatório e, porque não dizer, eventualmente a própria legalidade.

Outro fator que colaborou para a sistemática violação de direitos foi o desrespeito às normas e às formalidades na conjunção descrita, estas já previstas na atual lei de interceptações telefônicas, mencionada anteriormente no capítulo 2. Ora, como pontua Aury, “forma é garantia e limite de poder”<sup>194</sup>, o desrespeito a isso é típico de doutrinas de “instrumentalização” e “informalização” processual, que são um prato cheio para a discricionariedade e conseqüentemente arbítrio dos agentes do poder punitivo.

O requerimento dessas escutas, que em realidade configuraram uma *fishing expedition*, teve como claro objetivo “pescar” quaisquer informações de interesse dos mandantes. Houve, assim, um viés criminoso, e de motivação evidentemente política. A disponibilização dessas informações, que deveriam ser sigilosas, para a imprensa, escancara a ilegalidade do ato e a intenção de provocar alvoroço social, visando à criminalização do movimento MST e de seus membros.

O que se viu foi uma verdadeira usurpação dos instrumentos de investigação estatais para fins absurdos, e que em muito divergem do objetivo de um processo. Essa falta de controle da legalidade, juntamente com uma cultura de desprezo a direitos fundamentais, demonstrado tanto pela juíza, quanto por diversos agentes estatais no dia a dia, são, mais uma vez, solo ideal para a reprodução de práticas de *fishing expedition*, que, como visto, podem ter os mais diversos fins obscuros, como espionagens, destruição de reputações, práticas de *lawfare* etc.

Se, com o aparato tecnológico daquele tempo, já foram possíveis tamanhas violações dos direitos a intimidade, privacidade etc., o que se esperar dos dias atuais, em que a tecnologia praticamente toma conta da vida de todos? Em que as mais diversas informações, como conversas, interesses, fotos, sites visitados e até mesmo localização das pessoas, são armazenadas em *smartphones*? É possível

---

<sup>194</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos Do Processo Penal: Introdução Crítica. 2019, p. 67.

perceber que o potencial de poder investigativo dos órgãos de persecução estatal e da capacidade de invasão da intimidade e da vida privada dos cidadãos nunca foram tão elevados como nos dias de hoje.

O que, por um lado, pode ser algo extremamente benéfico para o combate à criminalidade em geral, por outro potencializa em centenas de vezes práticas nefastas como a *fishing expedition*, que, como visto nos casos apresentados, pode possuir os mais diversos objetivos escusos e irreveláveis. Percebe-se, assim, que as *fishing expeditions* podem ser consideradas fruto de verdadeiras práticas autoritárias realizadas ao longo de séculos, marcadas por um desprezo pelos direitos mais básicos em diversas dimensões, práticas essas que, como demonstrado, muito se encaixam nas noções do direito penal como máxima e recorrente intervenção na vida social. A reprodução dessas práticas investigatórias no contexto brasileiro, portanto, apenas potencializa uma cultura tipicamente autoritária, do mesmo modo que modelos totalitários potencializariam o uso da *fishing expedition* justamente por essa se encaixar em suas matrizes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se neste trabalho uma pesquisa onde se buscava entender o que é e como se daria o uso da técnica conhecida como *fishing expedition*, analisando-se também se a sua utilização estaria de acordo com as leis brasileiras, com a Constituição e com os princípios que regem um processo penal democrático, tendo-se como base o garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Também buscou-se trazer alguns entendimentos judiciais e situações fáticas que poderiam ajudar na compreensão do tema, objetivando-se, assim, tentar demonstrar as possíveis implicações práticas que o uso desta técnica pode causar em um Estado de direito, no processo penal, e aos direitos que estes pretendem, ou pelo menos deveriam pretender proteger ser.

Para se entender mais profundamente essas questões, foi feito primeiramente uma pesquisa e análise acerca das teorias de origem do Estado, do desenvolvimento histórico deste ao longo da história, e a mudança de sua estrutura e suas funções com o passar dos séculos. Feito isso, foi dado destaque a uma análise a respeito do processo e sua função, dando-se enfoque logicamente ao processo penal. Começou-se por seu formato mais rústico e irracional, passando-se pelo uso das ordálias, vindo posteriormente a serem feitas análises do processo inquisitório e, por fim, uma análise acerca do sistema “acusatório”, o qual se busca alcançar nos dias de hoje.

Sendo o processo parte fundamental em relação ao tema, não poderia se deixar de lado uma figura que é o verdadeiro “coração” deste: a prova. Assim, objetivou-se também a compreensão primeiramente da teoria da prova por meio de estudos a respeito da temática, passando-se em seguida para outro assunto de igual relevância para este trabalho: a figura da prova ilícita e suas consequências no processo penal.

O estudo e a compreensão dessas questões foi salutar para se dar continuidade aos objetivos deste trabalho. Com isso, continuou-se a pesquisa com o objetivo de se investigar do que se trataria a *fishing expedition*, incluindo aí de onde veio a origem do termo, qual seria o seu significado, em que se constituiria esta técnica, e quais seriam os casos e situações em que esta veio a ocorrer, juntando-se a isso seu contexto e suas consequências.

Buscou-se neste trabalho também demonstrar que a dita técnica mencionada poderia ocasionar um desvirtuamento do uso dos instrumentos de persecução penal disponíveis ao Estado, o que causaria, assim, a utilização destes, para fins nefastos e não declarados. Tais objetivos, para serem alcançados, poderiam incluir táticas de vigilância de cidadãos, desrespeito a direitos fundamentais em larga escala etc.

Nos primeiros objetivos, enxergou-se uma verdadeira evolução, mesmo que lenta, da figura do Estado e do processo ao longo da história. Percebeu-se que esta evolução, apesar de muito vagarosa e cheia de contratempos, foi essencial para formar o entendimento que se tem nos dias de hoje do que é um Estado Democrático de Direito. Percebeu-se também que essa evolução inevitavelmente modificaria as estruturas do processo penal como um todo, levando à compreensão atual que possuímos deste, não como um mero instrumento auxiliar do poder, mas sim como um instrumento que visa a proteger o cidadão de abusos e arbítrios. Compreendeu-se a teoria da prova e os reflexos (juntamente com a importância destes) da prova ilícita no processo penal.

Ao se investigar mais profundamente as *fishing expeditions*, compreendeu-se melhor em que consiste seu uso. Percebeu-se também, em sua origem, a utilização desta como método abusivo e perigoso. Observados alguns casos, foi facilmente perceptível que estas “investigações” batem frontalmente tanto com a lei brasileira, no que tange por exemplo a mandados de busca e apreensão e interceptações telefônicas, quanto com a Constituição da República. E que esta técnica, em razão de sua amplitude e falta de objetividade, é difícil de ser controlada racionalmente, dando, portanto, uma margem à discricionariedade indesejável aos órgãos de persecução penal, que poderiam se utilizar dos meios investigativos disponíveis pelo aparato estatal de maneira desproporcional ou com objetivos escusos, como visto nos casos apresentados.

Partiu-se da hipótese de que o método em estudo poderia ser facilmente utilizado de forma desproporcional e também para outros objetivos escusos e irreveláveis. Enxerga-se que tal hipótese foi confirmada, tendo-se em vista os casos apresentados, onde facilmente foram constatadas situações abusivas, ilegais e que demonstraram a manipulação do maquinário estatal para fins diversos do que se espera.

Foi questionado se o uso dessas “pescas probatórias” seria um meio adequado e proporcional de se promover a persecução penal. Isso levando-se em conta o sistema constitucional vigente e as ideias do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, sendo feita inclusive uma análise do contexto brasileiro e do grau de aplicação dessas ideias. Chegou-se à conclusão de que a *fishing expedition* não se coaduna com a principiologia constitucional, e muito menos com os ensinamentos do professor Ferrajoli, mostrando-se, inclusive, que esta técnica tende a uma sistemática autoritária, o que é justamente o que o jurista italiano busca combater com suas ideias. Viu-se o seguimento do garantismo penal como uma importante arma para o combate ao autoritarismo no processo penal e, conseqüentemente, à utilização das nocivas *fishing expeditions*.

Para se chegar a esse resultado, foram realizadas pesquisas em grande parte por meio de doutrinas, dispositivos legais, entendimentos judiciais, artigos científicos etc. Ocorreram certas dificuldades em achar artigos científicos mais específicos com relação ao tema, incluindo também no que tange às interceptações telefônicas. Contudo, o material sobre os mandados de busca e apreensão coletivas no Rio de Janeiro foram bem mais fáceis de serem encontrados.

Recomenda-se, portanto, que sejam feitas mais e mais pesquisas com relação a este tema, que, apesar de já possuir uma maior repercussão do que a alguns anos, ainda necessita de mais materiais com debate teórico profundo, envolvendo mais análises de casos e outras vertentes como as *fishing expeditions* no meio digital e os desafios da lei etc.

Por fim, espera-se que este trabalho possa colaborar com todos os que se interessem pelo assunto e também com a sociedade em geral. Espera-se também que este possa incentivar o debate consciente e amplo da temática, para assim serem criados mais e mais materiais de qualidade, que auxiliem a direcionar, na prática, ações que visem ao combate dos problemas trazidos e uma melhora, por menor que seja, do processo penal.

## REFERÊNCIAS

ANTONACCI, L. **A singular constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da magna carta**. Revista de Ciências do Estado, v. 1, n. 2, 21 nov. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição nº 234, de 25 de março de 1824. Constituição Política do Imperio do Brazil (De 25 de Março de 1824). Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Constituição federal. Brasília: **Presidência da República**, 1988, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das contravenções penais**. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2020

BRASIL. Lei nº 9296, de julho de 1996. Lei das Interceptações telefônicas. **Diário Oficial da União Brasília**, DF, 24 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm#:~:text=seu%20representante%2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm#:~:text=seu%20representante%2)>

0legal.,Art.,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa.> Acesso em: 07 de outubro de 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. tomo 1º. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

CAENEGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira**, 2015. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.245.16.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF)>.

Acesso em: 26/09/2020

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>. Acesso em: 11 de dezembro de 2020.

Código de Hamurabi. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>.

CONSULTOR JURÍDICO. [s.l.]: Juíza do RJ autoriza busca e apreensão coletiva na Cidade de Deus, 22 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em: 05 out. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel?. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacaoconstitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivel-individualizacao-imovel/>>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DOMINGUES, José. **O Direito Primitivo Ibérico e as Provas Ordálicas Medievais**. In: Congresso Transfronteiriço de Cultura Celta, 6., 2012, Porto. Anais. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30-77.

FISHING EXPEDITION. **Cambridge Dictionary**. 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/a-fishing-expedition?q=fishing+expedition>>. Acesso em: 30 de Setembro de 2020.

FISHING EXPEDITION. **Collins Dictionary**. 2020. Disponível em: <<https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/fishing-expedition>>. Acesso em: 17 de Outubro de 2020

FISHING EXPEDITION. **Merriam-Webster.com**. (Legal Definition) 2020. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/fishing%20expedition>. Acesso em: 30 de Setembro de 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan - fev. 2015. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_378.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf)>.

Instituto Brasileiro de Direito Processual. **A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC**. São Paulo. 2016. Disponível em: <[http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop\\_cat=23&shop\\_detail=435](http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=435)>. Acesso em: 30 de Setembro de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Comentada**: Volume Único, 8ª ed. Cidade: Editora JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único, 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A ilegalidade de fishing expedition via mandados genéricos em “favelas”. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas#_ftn7)>. Acesso em 06 de outubro de 2020

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos Do Processo Penal**: Introdução Crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, 1 ed. Porto Alegre: L&PM, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MASI, Carlo Velho. O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3645, 24 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24469>. Acesso em: 12 dez. 2020

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>>. Acesso em: 02 de outubro de 2020.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 183, p. 103-115, 2009.

O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/relembre-casos-recentes-de-mandados-coletivos-de-busca-apreensao-no-estado-do-rio-22412030>>. Acesso em: 05 de outubro de 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas 'críticas' Made in Brazil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.17, n.26, jul./dez. 2019. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37484>>. Acesso em:

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=XYNnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=maria+elizabeth+queijo+n%C3%A3o+autoincrimina%C3%A7%C3%A3o&ots=0BmGuih7n1&sig=XKuCyLF3wqdq1ndZ3Fho4zWsuVw#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2020.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

VARGAS RAMOS, B.; DE OLIVEIRA CHAVES, ÁLVARO G. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 4, n. 1, p. 102-126, 30 abr. 2020.

SANTOS, Juliano Locatelli. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC DE 2015 E A DIMINUIÇÃO DA LITIGÂNCIA. **REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 5**, p. 1375, 2019. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-2/188>>. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd; SACHER, Mariana. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SILVA, Adrian Barbosa e. **Garantismo e Sistema Penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento**. Tese (mestrado em direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em:

<<http://repositorio.ufpa.br:8080/jspui/handle/2011/9550>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2020.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto no processo penal**. Florianópolis: Emais, 2019.

STF. **Habeas Corpus n. 81305-GO**. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. em: 13.11.2001. Dje: 22.02.2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 14 de dezembro de 2020

STF. **Recurso extraordinário: RE 603616 RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05/11/2015. Dje: 10/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 08 de outubro de 2020

STF, Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/10/1995.

STJ. **Agravo Regimental no HABEAS CORPUS: HC 435.934 AgR RJ**. Relator Min. Sebastião Reis Júnior Julgado em: 05.11.2019. Dje: 20.11.2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851622&num\\_registro=201800269307&data=20191120&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851622&num_registro=201800269307&data=20191120&formato=PDF)>. Acesso em: 06 de outubro de 2020.

STJ. **Habeas Corpus: HC 144.137 ES**. Relator. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 15/05/2012. Dje: 31/08/2012. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num\\_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF)>. Acesso em: 17 de outubro de 2020

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de direito processual civil I**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiras na França do século XVII**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. **Fundamentos de história do Direito**, v. 2, p. 181-195, 2002.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e democídio**: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil. São Luís, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos; PINTO, Cristiano Paixão Araújo; SOUZA, Raquel de; NOGUEIRA, Jenny Magnani de O.; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha; GASSEN, Valcir; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; SANTOS, Rogério Dultra dos; NASPOLINI, Samyra Haydêe; CARVALHO, Salo de (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.