

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VIVIANI GHIZONI DA SILVA

**A OCORRÊNCIA DA *FISHING EXPEDITION* E DO ENCONTRO FORTUITO NA
BUSCA E NA APREENSÃO**

FLORIANÓPOLIS
2018

Viviani Ghizoni da Silva

A ocorrência da *fishing expedition* e do encontro fortuito na busca e na apreensão

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa.

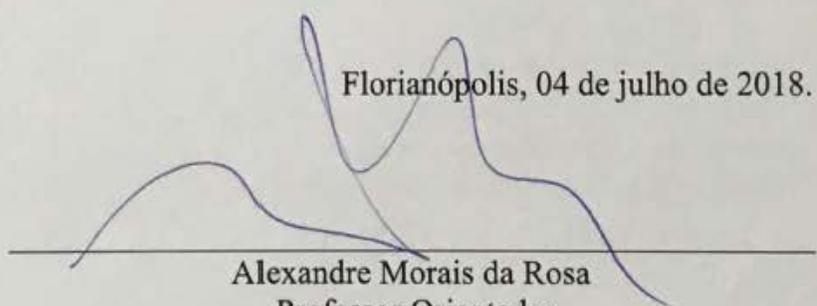
FLORIANÓPOLIS
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

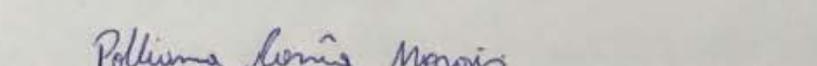
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A ocorrência da *fishing expedition* e do encontro fortuito na busca e na apreensão”, elaborado pela acadêmica Viviani Ghizoni da Silva, defendido em 04/07/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

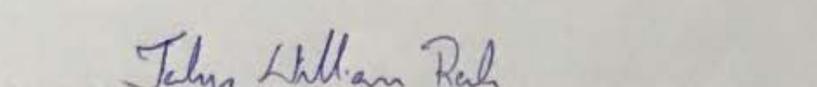
Florianópolis, 04 de julho de 2018.



Alexandre Morais da Rosa
Professor Orientador



Polliana Corrêa Morais
Membro de Banca



Talyz William Rech
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Viviani Ghizoni da Silva

RG: 5.503.592 SSP/SC

CPF: 087.922.979-94

Matrícula: 13200085

Título do TCC: "A ocorrência da *fishing expedition* e do encontro fortuito na busca e na apreensão"

Orientador(a): Alexandre Morais da Rosa

Eu, Viviani Ghizoni da Silva, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 04 de julho de 2018.

Viviani Ghizoni da Silva
Viviani Ghizoni da Silva

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Alexandre Morais da Rosa, que através de suas aulas manteve vivo o interesse pelo Direito Penal e aos demais membros da banca, por aceitarem esse convite.

Aos meus avós, Luci, Nereu e Ângela, aos meus pais, Helenice e Vanderlei, e ao meu irmão, Vinícius, pelos ensinamentos, pelos esforços que tornaram possível a realização deste sonho, pelo exemplo e dedicação e por todo o incentivo e apoio.

Às minhas amigas, pelo companheirismo e pela compreensão em minha ausência nesse desafiador período. À minha madrinha, Dra. Heloísa, pelo exemplo acadêmico e amizade. À minha cunhada Tamires, que foi importante nesse momento.

À Bijou, que com suas quatro patas e gênio indomável, me proporcionou conhecer a mais pura forma de amor.

E aos demais parentes e amigos que, à sua maneira, contribuíram para esse sonho. Não conseguirei listar todos aqui, mas sentirei para sempre gratidão e carinho.

Aos meus avós. Agora, o vô Nereu tem uma neta advogada.

“That was when they suspended the Constitution. They said it would be temporary. There wasn't even any rioting in the streets. People stayed home at night, watching television, looking for some direction. There wasn't even an enemy you could put your finger on.”
(Margaret Atwood)

RESUMO

Este trabalho buscou demonstrar a indevida recepção de provas eivadas de ilegalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, apoiando-se em conceitos inadequados, oriundos de um sistema demasiadamente distinto do nacional, o estadunidense. Para tanto realizou-se a análise direcionada a dois institutos, *fishing expedition* e encontro fortuito, a partir de uma perspectiva histórica, conceitual e principiológica. Visando demonstrar a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, realizou-se o levantamento do tema nos Tribunais pátrios. Constatou-se a precária aplicação do *fishing expedition* por parte destes, apesar da significativa ocorrência prática. Com relação ao encontro fortuito, observou-se que a aplicação do instituto é indevida frente à Constituição.

Palavras-chave: busca, apreensão, *fishing expedition*, encontro fortuito (i)legalidade.

ABSTRACT

This work sought to demonstrate the improper reception of tainted evidence by the Brazilian legal system, that relies on inadequate concepts, originated in a system much distinct from the national one — the United States. For that purpose, the analysis was directed at two different doctrines, fishing expedition and fortuitous discovery, from a historical, conceptual and principiological perspective. The topic was searched among the Courts of the Country aiming to demonstrate its application in the Brazilian legal system. The precarious application of the fishing expedition was verified by the Courts, despite the significant practical occurrence. Regarding the fortuitous discovery, it was observed that its application is inadequate before the Constitution.

Keywords: search, apprehension, fishing expedition, fortuitous discovery, (il)legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. BUSCA E APREENSÃO E SUAS ESPECIFICIDADES.....	12
1.1 Histórico da Busca e da Apreensão e Função das Medidas Cautelares.	12
1.2 Busca e Apreensão.....	19
1.3 Garantias constitucionais aplicáveis.....	28
2. <i>FISHING EXPEDITION</i> – A PESCARIA PROBATÓRIA NA INVESTIGAÇÃO	32
2.1 Origem e Conceito	32
2.2 O instituto à luz da Constituição	38
2.3 A tímida recepção pela doutrina e pelos Tribunais.....	43
3. ENCONTRO FORTUITO E <i>FISHING EXPEDITION</i> – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E HIPÓTESES DE (IN)VALIDADE	47
3.1. Evolução e Função.....	47
3.2. Requisitos e manipulação da conexão.....	56
3.3. A utilização da <i>Fishing Expedition</i> no ambiente do Big Data e da Tecnologia.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

A proteção da casa e do indivíduo sempre importou aos povos civilizados;¹ é possível verificar a preocupação com a tutela da casa já na Lei das XII Tábuas.² Essa tutela possui intrínseca ligação com os limites legais da busca e da apreensão através do tempo.³ Inicialmente regido pelo direito lusitano, o Brasil teve a busca e a apreensão regulamentadas pelo Código de Processo Criminal, de 1832, cujas reformas, mesmo à época, despertaram discussão a respeito de abuso de autoridade.⁴

O Código de Processo Penal vigente, Decreto-Lei n. 3.689/1941 é, também, o primeiro da República e disciplina a busca e a apreensão como instituto uno, o que pode ser explicado por ser comum que a apreensão acompanhe a busca⁵. A busca e a apreensão, medidas cautelares com conceito, finalidade, objeto e operacionalização distintos, são, via de regra, realizadas mediante ordem judicial e possuem limitações constitucionais como a proteção à casa, à intimidade, à vida privada, à integridade física e moral do indivíduo, a garantia do devido processo legal e inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, incisos XI, X, III, LIV e LVI, da CF).⁶

A *fishing expedition* ou pescaria probatória, é um instituto atrelado à busca e à apreensão cujas origens remetem ao final da Idade Média na Inglaterra.⁷ Com aplicação expressiva nos Estados Unidos, é considerada contrária à exigência do estabelecimento da chamada "causa provável" para a expedição de mandados de busca e de apreensão.⁸

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

² Ibidem, p. 23.

³ Ibidem, p. 23.

⁴ ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 45.

⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 103.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018

⁷ Referência em: ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 725; e QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

⁸ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Guide To Criminal Prosecutions In The United States: An introduction to practice and procedure. Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition**. 2007. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html#_ftn11>. Acesso em 19 de junho de 2018.

Apesar de pequeno desenvolvimento em âmbito nacional, a *fishing expedition* possui manifesta correlação com fundamentos e vedações do ordenamento pátrio. Identifica-se a ocorrência de *fishing expedition* nos mandados de busca e de apreensão genéricos ou coletivos numa subversão da lógica das garantias constitucionais.⁹

A declaração da validade da prova oriunda de encontro fortuito, isto é, aquela cuja obtenção é diversa da finalidade inicial ou declarada da busca, é subordinada à análise da licitude das provas no processo penal de forma ampla. Retomando as diretrizes do direito americano para uma melhor compreensão de teorias importadas para a legislação pátria (art. 157 do CPP),¹⁰ é possível constatar inconsistências que alteram o sentido e, conseqüentemente, a aplicação desses institutos de forma significativa.

Verifica-se uma involução da jurisprudência quanto a avaliação da legalidade das provas de encontro fortuito; os parâmetros aplicados foram sendo flexibilizados e requisitos como a conexão e até a competência deixaram de ser exigidos.

A proteção aos direitos fundamentais também se faz presente no ambiente virtual por meio das leis n. 12.737/2012¹¹ e n. 12.965/2014¹² e Decreto n. 8.771/2016,¹³ também sendo aplicadas as garantias constitucionais e processuais penais no âmbito da tecnologia.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 725.

¹⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm?TSPD_101_R0=615dc8c42cd160e5e0b93ddaced6d5c6yp10000000000000000718f1abdffff000000000000000000000000000005b36d8d5006ce1efae>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

¹² BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

¹³ BRASIL. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. **Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8771.htm?TSPD_101_R0=dd51451e69d19feb02b4b9b3404d6f40s2K00000000000000000718f1abdffff000000000000000000000000000005b3796b000370a2301>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

Percebe-se, portanto, que o problema enfrentado ao longo do trabalho é a recepção pelo direito brasileiro da utilização de provas obtidas através da *fishing expedition*, bem como do encontro fortuito no âmbito do cumprimento dos mandados de busca e de apreensão.

Objetiva-se, com esta monografia, demonstrar a impossibilidade da recepção pelo ordenamento pátrio de buscas e de apreensões genéricas, por constituir violação a direitos fundamentais e, salvo situações excepcionais, contaminar com essa ilegalidade as provas obtidas. Para tanto, no primeiro capítulo, partiu-se do delineamento da busca e da apreensão, construindo-se o seu histórico e a sua delimitação legal no Brasil.

No segundo capítulo, passou-se à esfera da *fishing expedition* sendo considerado interessante apresentar não só o histórico do surgimento, mas também como foi moldada nos tribunais dos Estados Unidos. Estabeleceu-se um breve comparativo das Constituições brasileira e estadunidense quanto à busca e apreensão, bem como a aplicação da *fishing expedition* em âmbito nacional, ressaltando-se as violações de direitos constitucionalmente estabelecidos que ela pode acarretar. Ao final do capítulo realizou-se um levantamento acerca da utilização desse instituto pela doutrina e jurisprudência brasileira e constatou-se sua modesta recepção.

Sucedeu-se à análise da legalidade da prova fortuitamente obtida, novamente estabelecendo um paralelo com o direito americano. Na sequência, efetuou-se a análise doutrinária e jurisprudencial da manipulação da prova no contexto das regras da conexão processual. Por fim, abordou-se a *fishing expedition* no domínio do *big data* e da tecnologia.

Adotou-se o método dedutivo de abordagem para a elaboração deste trabalho, partindo-se de premissas gerais para atingir as conclusões mais específicas. A pesquisa foi embasada pela revisão bibliográfica, que abrangeu doutrina, legislação, jurisprudência, periódicos e artigos. Realizou-se a análise qualitativa, à exceção do subcapítulo 2.3 no qual verificou-se quantitativamente a ocorrência da *fishing expedition* na doutrina e jurisprudência nacional, tecendo-se breve comentário qualitativo.

Apesar de ser uma temática há muito discutida, a subsistente atualidade e ampla divergência que a cercam conferem grande relevância à continuidade do debate. O interesse da autora pelo tema avivou-se diante do cumprimento seletivo

da lei e do retorno à espetacularização do processo penal, com "cidadãos de bem" clamando pelo "fim da impunidade", afirmando que direitos humanos são "direitos de bandidos" e realizando fervorosa defesa da aplicação do *in dubio pro societate* no processo penal.

Parte-se do pressuposto de que sem respeito à Constituição não pode haver devido processo legal e, muito menos, a intitulação de Estado Democrático de Direito. A arbitrariedade não pode ser concebida como avanço social ou como solução para "consertar" normas com as quais não se aquiesce.

1. BUSCA E APREENSÃO E SUAS ESPECIFICIDADES

1.1 Histórico da Busca e da Apreensão e Função das Medidas Cautelares

O Código de Processo Penal vigente, Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941, é também o primeiro Código de Processo Penal da República. Anos mais tarde, em 21 de outubro de 1969, durante a Ditadura Militar, promulgou-se o Código de Processo Penal Militar — Decreto-Lei n. 1.002. Cleunice Bastos Pitombo considera que há uma superioridade do Código Militar quanto à busca e à apreensão, que pode ser observada inclusive na disposição dos temas.¹⁴ Todavia, a senioridade dos códigos é enfatizada pela anterioridade de ambos à Constituição da República, e merece especial destaque a não recepção pela Lei Magna da apreensão de correspondências, prevista no art. 240, §1º, alínea *f*, do CPP¹⁵ e art. 185, §1º, do CPPM¹⁶, em razão da evidente violação ao sigilo incondicionalmente assegurado à correspondência pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição.¹⁷

A busca e a apreensão, adianta-se, não compõem instituto uno, indivisível. Se, por um lado, verifica-se a inexistência de ambas sob a perspectiva processual penal na Lei das XII Tábuas, de outro, observa-se que havia a preocupação com a tutela da casa do indivíduo na disciplina do delito de furto. Merece destaque a estreita relação existente através do tempo entre a proteção da casa e os limites de legalidade da busca e da apreensão.¹⁸ A casa era um altar para o romano e isso refletia-se na prudência que cercava o procedimento de busca do bem subtraído, exigindo-se prévia e precisa descrição pela vítima e a execução do varejo era realizada de maneira a obter tão somente o objeto do delito.¹⁹

Extrai-se do direito lusitano que a inviolabilidade da casa era tida como regra; a entrada em casa alheia somente poderia ser feita por autoridade após a verificados indícios, inquiridas testemunhas e decretada judicialmente, cabendo a

¹⁴ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 46.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei, nº 1.002 de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

¹⁷ Segundo: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 530; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 122.

¹⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 23.

¹⁹ Conforme: ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 33; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 26.

busca apenas na casa determinada e mediante o depósito dos bens encontrados, não sendo possível combinar a busca dirigida à apreensão com a voltada à prisão.²⁰

Antes de existir uma Constituição brasileira, a Lei de 14 de outubro de 1822, incorporada à legislação pátria, regulava, em dez artigos, a entrada em casa alheia de forma a "combinar o respeito devido á casa do cidadão com a administração da justiça".²¹ Logo após, na proclamação de 15 de julho de 1823, o Imperador Dom Pedro I asseverou a imunidade da casa e segurança do indivíduo, estabelecendo sua violação como uma arbitrariedade, sendo contrária ao sistema abraçado.²²

O Código Criminal de 1830 regulamentava os casos e a forma da entrada em casa alheia (arts. 209 a 212),²³ exigindo ordem escrita contendo a designação da diligência, bem como o seu motivo, abrindo-se exceção para os casos de urgência e flagrante.²⁴ O Código de Processo Criminal, de 1832, no capítulo VII, "Das buscas", disciplinou o instituto, estipulando os requisitos para a concessão e validade do mandado, os elementos de composição, atribuição e forma da execução e impôs sanção nos casos de ocultação do objeto da busca (arts. 189 a 202).²⁵ Entretanto, o Código de Processo de 1832 omitiu a competência para a emissão do mandado, a busca por pessoa vítima de crime, assim como não realizou distinção entre busca e apreensão, inserindo esta como mero objeto da busca.²⁶

A Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841²⁷ foi a primeira reforma do Código de Processo Criminal de 1832, que passou a determinar como bastantes, para a concessão do mandado de busca, a presença de veementes indícios ou fundada probabilidade.²⁸ A alteração também atribuiu à polícia a função de expedir

²⁰ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 28.

²¹ ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 34 (Redação conforme regras gramaticais do período).

²² Ibidem, p. 36 .

²³ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm#art209>. Acesso em: em 13 de junho de 2018.

²⁴ ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 38.

²⁵ BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. **Código de Processo Criminal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2018.

²⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 32.

²⁷ BRASIL. Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841. **Reformando o Código do Processo Criminal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>. Acesso em 13 de junho de 2018.

²⁸ Conforme apontam: ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 44; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 32.

mandados de busca, o que, mesmo há quase dois séculos, ocasionou discussões por temor a abuso de autoridade quanto à liberdade individual dos cidadãos.²⁹

A disciplina da parte policial e criminal da Lei n. 261 de 1841 (reforma do Código de Processo de 1832) foi feita pelo Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, que dividiu as funções policiais, determinando que a concessão dos mandados de busca incumbia aos chefes de polícia, delegados, subdelegados e juízes municipais.³⁰ Cleunice Pitombo destaca que, enquanto para a expedição de ofício somente eram necessários veementes indícios ou fundada probabilidade (art. 120),³¹ quando a busca fosse a requerimento da parte interessada, havia uma série de exigências a serem cumpridas por ela (art. 121) — englobando desde documentos a depoimento de testemunha.³² Seguiu-se sem aludir à apreensão; Avisos da Corte foram empregados na tentativa de suprir lacunas e refrear o abuso, mas a legislação do Império, mesmo após nova reforma em 1871, permaneceu deficitária.³³ Sobrevieram Consolidações que, todavia, jamais tornaram-se leis processuais penais, e a primeira Constituição da República (1891), que delegou aos Estados legislar em matéria processual.³⁴

Nem todos os Estados usufruíram da competência legislativa recebida, limitando-se a empregar a legislação imperial, e aqueles que efetivamente criaram Códigos de Processo Penal, disciplinaram a busca e a apreensão de maneira irregular ou até mesmo falha.³⁵ O maior cuidado e detalhamento do tema, presentes no Código do Estado do Rio Grande do Norte e do Projeto de Código do Estado de São Paulo não foram reproduzidos na legislação de 1941.³⁶

Verifica-se a busca pelo aperfeiçoamento da legislação processual penal por meio de projetos e anteprojetos desde antes do atual Código de Processo Penal. A Constituição de 1934 restituiu à União a competência para legislar em matéria processual, ao que se seguiu a elaboração do chamado Projeto Vicente Raó (1935), que, entretanto, deixou de ser analisado em razão do Golpe de Estado de 1937.³⁷

²⁹ ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., p. 45.

³⁰ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 32.

³¹ BRASIL. Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842. **Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de Dezembro de 1841.** Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm>. Acesso em 13 de junho de 2018.

³² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. Cit., p. 32.

³³ Ibidem, p. 34.

³⁴ Ibidem, p. 36-37.

³⁵ Ibidem, p. 37.

³⁶ Ibidem, p. 43.

³⁷ Ibidem, p. 46.

Após a promulgação do Código de 1941, foi elaborado o Anteprojeto Hélio Tornaghi (1963), que inovou ao tratar de busca, apreensão e restituição de forma independente, sob o título "Providências que Recaem sobre Pessoas ou Coisas", assim como apresentou concepção de "casa", sendo evidente a influência desse anteprojeto no Código de Processo Penal Militar (1969).³⁸ Posteriormente, tanto o Anteprojeto José Frederico Marques (1970 e revisão, 1974), quanto o Projeto de 1983 disciplinaram a busca e a apreensão no título "Dos Atos Processuais Coativos", em apartado, e regulamentaram a apreensão de forma semelhante ao Anteprojeto Hélio Tornaghi.³⁹

Atualmente em tramitação, o Projeto de Lei n. 8045/2010, insere a figura do juiz das garantias, que passa a ser o responsável pelo controle da legalidade da investigação e tem competência até a propositura da ação penal.⁴⁰ O juiz do processo não fica vinculado às decisões do juiz das garantias, sendo possível o reexame das cautelares vigentes. O projeto coloca a busca e a apreensão no capítulo "Dos meios de obtenção da prova" e exclui o rol referente à busca domiciliar (art. 240, §1º, alíneas *a a h*, do CPP) do artigo correspondente, que determina: "Proceder-se-á à busca domiciliar quando houver indícios suficientes de que pessoa que deva ser presa ou objetos que possam servir de prova de infração penal encontrem-se em local não livremente acessível ao público".⁴¹ Realizada a análise histórica da busca e da apreensão, cabe, então, o exame da função desempenhada, de maneira geral, pelas medidas cautelares no processo penal.

As medidas cautelares prestam-se à promoção, pelo Estado, de determinações aptas à garantia do resultado útil do processo,⁴² nos casos em que a demora na prestação jurisdicional viria acompanhada de mudanças na situação

³⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., 48.

³⁹ Ibidem, p. 49.

⁴⁰ BRAZ, Ana Gabriela. **Comissão do novo Código de Processo Penal recebe primeiras sugestões ao projeto.** 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

⁴¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 8045/2010. **Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

⁴² ROSA, Alexandre Moraes da. Op. cit., p. 481.

fática capazes de inutilizar a ação penal.⁴³ Seu requerimento também é possível durante a fase pré-processual de investigação preliminar e o deferimento sempre deve ser pautado na legalidade, o que se traduz no dever de observância à previsão legal, uma vez que inexistente poder geral de cautela no processo penal.⁴⁴

Tendo em vista que a realização de medidas cautelares implica a restrição de direitos fundamentais, é de suma importância que se faça o enquadramento legal em decisão fundamentada para que não haja violação do processo penal democrático.⁴⁵ Aury Lopes Júnior partilha o entendimento sobre a ausência de cautelares inominadas ou de um poder geral de cautela na esfera penal. Reputa-se pertinente reproduzir seu posicionamento:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogia, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais "poderes gerais de cautela". Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto.⁴⁶ (sem grifo no original)

A importação de conceitos do Direito Processual Civil cuja aplicação se mostra inadequada no âmbito penal não está restrita ao "poder geral de cautela"; são largamente aplicados os conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* como fundamentos das medidas cautelares penais.⁴⁷ Há que se ter em mente que o delito é oposição do direito, que no processo penal é necessário existir um fato aparentemente punível para que seja decretada uma medida cautelar. Em outras palavras, deve haver o *fumus commissi delicti* — prova da existência do crime e indícios bastantes da autoria. Quanto ao *periculum in mora*, verifica-se adequada a aplicação no âmbito penal — à exceção das medidas cautelares pessoais, para as quais o fator preponderante não é o tempo, mas o risco de graves prejuízos ao processo ou frustração da pretensão punitiva: é o risco decorrente da liberdade do sujeito passivo ou o *periculum libertatis*.⁴⁸

⁴³ DUTRA, Luciano. **Busca e Apreensão Penal - Da legalidade às ilegalidades cotidianas.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 24.

⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 481.

⁴⁵ Ibidem, p. 573.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 602.

⁴⁷ Ibidem, p. 600.

⁴⁸ Ibidem, p. 576.

Por serem, também, medidas cautelares, os princípios aplicados às prisões cautelares são cabíveis aos outros institutos, devendo, portanto, pautar-se nas garantias da jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.⁴⁹ A jurisdicionalidade, proteção intimamente relacionada ao devido processo legal, encontra-se consagrada na Constituição da República (art. 5º, inciso LXI)⁵⁰ e, em análise conjunta com a presunção de inocência, conclui-se que a violação de garantias constitucionais somente pode ser tolerada quando for medida necessária e proporcional.⁵¹

Cabe diferenciar os princípios da provisionalidade e provisoriedade; o primeiro é situacional, uma vez que, ausente o suporte fático que legitimou a medida, é impositiva a sua revogação, podendo, por certo, ser novamente decretada caso surja a necessidade (art. 282, §§4º e 5º, do CPP)⁵². Já a provisoriedade relaciona-se ao fator temporal, à razoável duração do processo, com suporte no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição.⁵³

Por fim, constata-se que a excepcionalidade relaciona-se com a proporcionalidade na medida em que se embasa nesta para avaliar a vitalidade de sua decretação, com a análise da adequação e necessidade da medida cautelar e a ponderação dos bens em jogo no caso concreto (proporcionalidade em sentido estrito).⁵⁴ As referidas garantias podem ser observadas no art. 282 do Código de Processo Penal.⁵⁵ O juízo dos direitos e interesses em contraposição, portanto, não se pode pautar no genérico e usualmente citado "interesse da coletividade"; a flexibilização de direitos fundamentais só deve ocorrer quando efetivamente for o meio adequado à situação sob exame.⁵⁶

Verifica-se grande divergência doutrinária quanto à classificação das medidas cautelares no âmbito penal. A categorização mais adequada possivelmente é a que

⁴⁹ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 722.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002 de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

⁵¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 92.

⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁵³ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 606.

⁵⁴ Ibidem, p. 612.

⁵⁵ 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/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁵⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. cit., p. 578.

apresenta três modalidades de cautelares: pessoais, patrimoniais e probatórias.⁵⁷ Dentre as cautelares pessoais, encontram-se a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão (assim chamadas aquelas previstas no art. 319 do CPP).⁵⁸ Nas medidas patrimoniais inserem-se o sequestro de bens, a hipoteca legal, o arresto e a restituição de coisas apreendidas.⁵⁹ Compreendem-se como medidas cautelares probatórias a busca e a apreensão (arts. 240 e seguintes),⁶⁰ a condução coercitiva, a obtenção de material genético, a justificação para fins de revisão criminal, a colaboração premiada, a leniência, a interceptação telefônica ou de dados, a quebra de sigilo bancário e fiscal, a produção antecipada de provas (arts. 225 e 366 do CPP e art. 19-A, parágrafo único, da lei n. 9.807/99),⁶¹ a captação ambiental, o agente infiltrado e a ação controlada.⁶²

Apesar de o legislador enquadrar a busca e a apreensão como se meros meios de prova fossem, posicionando-as no capítulo XI, título VII (Da Prova), do Código de Processo Penal, filia-se à posição doutrinária que verifica nesses institutos, além do potencial probatório, a natureza cautelar⁶³ — por vezes designada assecuratória ou acautelatória. Nos itens a seguir, aprofundar-se-á o estudo da busca e da apreensão e das garantias aplicáveis a essas modalidades de cautelares.

⁵⁷ Modelo partilhado por: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 830; e ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 481.

⁵⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit, p. 830.

⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018; BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9807.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

⁶² ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit, p. 486.

⁶³ Conforme verifica-se em: DUTRA, Luciano. Op. cit., p. 45; LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 722; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit, p. 486.

1.2 Busca e Apreensão

Inicialmente, cumpre salientar a crescente preocupação doutrinária em realizar a devida separação dos institutos da busca e da apreensão,⁶⁴ mormente quando o próprio Código de Processo Penal deu-lhes tratamento unitário, colocando a apreensão como simples finalidade da busca e abstendo-se de regulamentá-la, apenas listando as hipóteses de ocorrência (art. 240, §1º, alíneas *b, c, d, f, g*, do CPP).⁶⁵ Conforme será demonstrado no próximo tópico — Garantias constitucionais aplicáveis —, a busca possui limites constitucionais, a apreensão, por sua vez, não tem o mesmo amparo⁶⁶ (à exceção da inviolabilidade do sigilo da correspondência). Esses institutos são dotados de conceito, finalidade, objeto e operacionalização diversos, sem negar-se, no entanto, a existência de alguns pontos comuns.⁶⁷

Ressalta-se que a apreensão somente recebeu abordagem específica no Código de Processo Penal Militar (arts. 185 a 189) e em projetos de reforma do atual Código de Processo Penal (Anteprojeto Hélio Tornaghi, Anteprojeto José Frederico Marques e Projeto de 1983), cujo tratamento era feito em Seção autônoma.⁶⁸ A disciplina una pode ser explicada pelo fato de a apreensão comumente acompanhar a busca, mas a autonomia pode ser constatada na busca não voltada à apreensão — como busca dirigida à prisão, à colheita ou a outros destinos — e nos casos de apreensão sem busca, como na exibição voluntária.⁶⁹

A busca pode ser conceituada como uma medida instrumental,⁷⁰ meio de obtenção de prova pela localização de coisas ou pessoas⁷¹ e procura de elemento que interesse à persecução penal,⁷² consistindo em ato restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio e da integridade física ou moral) realizado por revista ou varejamento de pessoas (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), coisas (objetos, papéis e

⁶⁴ Alguns autores que se posicionam nesse sentido: a) DUTRA, Luciano. Op. cit., p. 58; b) LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 724; c) LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 526; d) NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470; e) PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 102; f) ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 487.

⁶⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 102.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 103.

⁷⁰ Conceito partilhado por: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 527; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 116.

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 487.

⁷² DUTRA, Luciano, Op. cit., p. 58.

documentos), assim como vestígios (rastros, sinais e pistas) que tenham relação direta ou indireta com o fato perquirido.⁷³

Cleunice Pitombo reputa relevante a distinção entre finalidade e fim, declarando que "finalidade" consiste no objetivo, no que move o agente a atuar e guia o seu comportamento, enquanto "fim" trata-se do resultado que, na busca, pode ser positivo ou negativo, isto é, o encontro ou não daquilo que se procura. Por conseguinte, a finalidade da busca é encontrar elementos que efetivamente importem e sirvam ao processo penal, seja como subsídio da acusação ou da defesa.⁷⁴ Cabe indicar outras finalidades da busca: citação real, notificação, custódia (concernente aos casos de insanidade mental do acusado), prisão e condução coercitiva (ressaltando-se a não recepção do art. 260 do CPP pela Constituição da República). O objeto, ou fim, da busca, repisa-se, é o seu resultado concreto; enquanto pretendido, é finalidade, quando alcançado, é fim.⁷⁵

Considera-se que o próprio Código indica que a busca nem sempre visa à apreensão de provas, busca-se, também, para "prender criminosos" e "colher qualquer elemento de convicção" (art. 240, §1º, alíneas *a* e *h*, do CPP). Ressaltando-se que o simples mandado de prisão não permite a entrada em casa alheia sem o consentimento do morador⁷⁶ e a busca domiciliar sem finalidade clara, devidamente delineada e fundamentada não é revestida de legalidade⁷⁷ e configura-se como *fishing expedition*⁷⁸ — prática recorrente que será explorada no próximo capítulo.

O legislador resume a busca a duas modalidades: domiciliar e pessoal (art. 240, *caput*, CPP). No entanto, a divisão clássica não abrange todas as hipóteses existentes de busca,⁷⁹ sendo atualmente possível, inclusive, a busca de dados. Independente da modalidade, todavia, há sempre a contraposição do poder-dever de punir e a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo. Por consequência, seja qual for a finalidade da busca, a observância dos requisitos e limites legais reflete na validade e eficácia da diligência.⁸⁰

⁷³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 109.

⁷⁴ Ibidem, p. 118.

⁷⁵ Ibidem, p. 119.

⁷⁶ Nesse sentido: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 529; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 119.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 528.

⁷⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. cit., p. 487.

⁷⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 123.

⁸⁰ Ibidem, p. 125.

Mostra-se pertinente a análise das expressões "casa" e "domicílio", usadas alternadamente pelo ordenamento e doutrina pátrios; a norma constitucional (art. 5º, inciso XI)⁸¹ dita que "a casa é asilo inviolável do indivíduo", o Código Penal, por sua vez, traz ambos os termos no art. 150⁸² ("violação de domicílio" e "casa alheia") e define o que se entende ou não por "casa" nos parágrafos 4º e 5º, o Código de Processo Penal trata da "busca domiciliar" (arts. 240 e seguintes).⁸³ O Código de Processo Penal Militar, de maneira praticamente idêntica ao CP, apresenta a delimitação de "casa" nos artigos 173 e 174.⁸⁴

A fim de entender o que é verdadeiramente acolhido pela proteção constitucional, destaca-se a definição de casa encontrada no Código Penal e o procedimento para a busca em casa alheia, no Código de Processo Penal.⁸⁵ Ainda, reputa-se que o contexto deve ser levado em conta para a adequada interpretação do conceito de casa, que usualmente abarca: a) habitação definitiva (seja própria ou não), b) moradia ou ocupação provisória (como imóvel de temporada, hotel e congêneres, barraca de acampamento), c) compartimentos da casa, d) estabelecimentos comerciais, industriais, locais de exercício de atividade profissional e condomínios de acesso restrito ao público, e) meios de transporte providos ou transformados em habitação (quando parados: trailer, barco, cabine de caminhão).⁸⁶

A busca domiciliar tem como premissa "estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado"⁸⁷ e, de fato, para que haja a devida clareza e delimitação da busca, ela precisa estar fundamentada em elementos concretos. Cabe busca domiciliar mediante ordem judicial e, em duas hipóteses, a sua realização sem autorização judicial: com o livre e expresse

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei, nº 1.002 de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

⁸⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 68.

⁸⁶ De acordo com: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 528; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 488.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 528.

consentimento do morador e em caso de flagrante delito (arts. 302 e 303 do CPP),⁸⁸ podendo ser executada de dia ou de noite, nesses casos.⁸⁹

Em julgamento com repercussão geral, RE 603.616/RO, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, para estar amparada pela legalidade, a busca domiciliar sem mandado judicial necessita de fundadas razões que indiquem situação de flagrante delito na casa em questão. A busca deve ser posteriormente justificada sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade e a nulidade dos atos praticados.⁹⁰ Destaca-se trecho da ementa que, de maneira resumida, aponta a devida importância conferida pelo acórdão quanto ao respeito aos direitos fundamentais.

Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.⁹¹ (sem grifo no original)

A busca pessoal é limitada pela vedação à tortura e tratamento desumano ou degradante, assim como pelo dever de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, incisos III e XLIX, da CR).⁹² Verifica-se violação à intimidade e,

⁸⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁸⁹ Conforme: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 531; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 127.

⁹⁰ STF. **Recurso Extraordinário : RE 603616 RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05.11.2015. Dje: 10.05.2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

⁹¹ STF. **Recurso Extraordinário : RE 603616 RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05.11.2015. Dje: n. 93, 10.05.2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

consequentemente, à dignidade da pessoa humana na realização da busca pessoal em descumprimento à prescrição legal.⁹³ No entanto, o Código de Processo Penal autoriza a busca pessoal com base na "fundada suspeita" (arts. 240, §2º e 244),⁹⁴ conceito demasiadamente impreciso, ficando a cargo da subjetividade e, em verdade, do arbítrio do policial.⁹⁵

Cabe ressaltar que a busca pessoal com o intuito de "colher qualquer elemento de convicção" (art. 240, alínea *h*, do CPP)⁹⁶ é violadora de garantias constitucionais (art. 5º, incisos III e X)⁹⁷ e, relativamente à fundada suspeita, julga-se oportuna a manifestação do STF:

A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder.⁹⁸ (sem grifo no original)

Ressalta-se que, assim como na busca domiciliar, a busca pessoal depende, em regra, da existência de mandado, permitindo-se a sua realização na ausência de ordem judicial somente "no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar", conforme o artigo 244 do Código de Processo Penal.⁹⁹ A "fundada suspeita" deve ser decorrente de ação ou omissão do indivíduo, não por estigmas e

⁹³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 144.

⁹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 544.

⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

⁹⁷ Conforme: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 531; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 17.

⁹⁸ STF. **Habeas Corpus : HC 81305 GO**. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. em: 13.11.2001. DJe: 22.02.2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=22/02/2002&incidente=1968004&codCapitulo=5&numMateria=4&codMateria=2>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

⁹⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 149.

conclusões subjetivas do agente público, não caracterizando desobediência a resistência à ordem ilegal.¹⁰⁰

Partilha-se do entendimento de que a busca ou revista deve respeitar o gênero da pessoa, devendo a previsão do artigo 249 do CPP¹⁰¹ ser estendida a transgêneros, de forma a respeitar a identidade (masculina ou feminina) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CR),¹⁰² considerando-se insensata a rotineira justificativa de não haver policial feminina disponível nos casos de cumprimento de mandado de busca.¹⁰³

As regras relativas à expedição e forma de execução da ordem de busca e de apreensão, não se tratam de formalismo exagerado, mas sim de requisitos primordiais à sua validade, cabendo pontuar que a espetacularização do processo penal não é compatível com o poder-dever estatal de punir e o restabelecimento da paz pública.¹⁰⁴ A busca e a apreensão podem ocorrer na fase de inquérito policial ou durante o processo, sendo possível, inclusive, que ocorram na execução da pena, ressaltando-se que a busca não pode ser a origem do inquérito, devendo haver prévio e concreto embasamento para sua realização.¹⁰⁵

A busca pode ser judicialmente requerida pela autoridade policial, Ministério Público, Comissão Parlamentar de Inquérito, vítima e, ainda, pelo suspeito, indiciado, acusado ou condenado.¹⁰⁶ O Código de Processo Penal ainda prevê que a busca pode ser determinada de ofício (art. 242),¹⁰⁷ no entanto, essa faculdade mostra-se incompatível com a função do juiz de "*garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal",¹⁰⁸ bem como os princípios da imparcialidade e contraditório.¹⁰⁹ Aury Lopes Júnior, analisando

¹⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 494.

¹⁰¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

¹⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 495.

¹⁰⁴ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 184.

¹⁰⁵ Conforme: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 527; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 186 e 264.

¹⁰⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., 2005, p. 187.

¹⁰⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 62.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 64.

decisão do STF no HC 94641-BA¹¹⁰, aponta que a realização, de ofício, de atos de natureza instrutória viola o princípio da imparcialidade.¹¹¹

Para ser válido, conforme prescrito pelo artigo 243 do CPP, o mandado judicial deve:

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.¹¹² (sem grifo no original)

Conforme pontua Cleunice Pitombo, "a inobservância, ausência ou deficiência no atendimento dos requisitos legais tornam ineficaz o ato procedimental. Daí ser inadmissível mandado de busca coletivo".¹¹³ Aury Lopes Júnior posiciona-se em consonância, afirmando serem absolutamente ilegais "os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas "favelas" de tal ou qual vila".¹¹⁴ Essa modalidade manifestamente inconstitucional de busca ganhou considerável publicidade com a intervenção federal no Rio de Janeiro, e, felizmente, pôde-se observar manifestações contrárias à prática.¹¹⁵

A realização da busca ocorre, em regra, durante o dia e pela autoridade policial ou agentes, de acordo com o artigo 245, e parágrafos, do CPP:

- (1) leitura e exibição do mandado;
- (2) intimação para abrir a porta;
- (3) em caso de desobediência, permite-se o arrombamento;
- (4)

¹¹⁰ STF. **Habeas Corpus : HC 94641-BA**. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. em: 11.11.2008. Dje: n. 43, 06.03.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

¹¹¹ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 68.

¹¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹¹³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 208.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 536; e 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>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

¹¹⁵ MANDADO de busca genérico contraria presunção de inocência, diz Celso de Mello. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso>>. Acesso em: 16 de junho de 2018; e GRUPO de advogados critica ideia de mandados genéricos e sem endereço. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/grupo-advogados-critica-ideia-mandados-busca-genericos>>. Acesso em: 16 de junho de 2018

autoriza-se o emprego de força para o descobrimento do que se procura; (5) intima-se o indivíduo para entregar o que se procura; (6) exige-se presença de vizinho, quando ausente o morador; (7) lavra-se, ao final, auto.¹¹⁶ (sem grifo no original)

Por fim, aponta-se que, independentemente do resultado (positivo ou negativo), toda pessoa que sofreu busca deve ser informada dos motivos e finalidade pela qual foi ensejada.¹¹⁷

A apreensão pode ser definida como ato processual complexo, ora servindo como meio coercitivo de prova, ora como ferramenta probatória e ainda como medida cautelar.¹¹⁸ É nítido o escopo assecuratório da apreensão no que tange à finalidade de garantir a prova ou restituir o bem,¹¹⁹ sendo ultrapassada a concepção desse instituto como tendo propósito unicamente probatório. Abrange a remoção, apossamento e guarda de coisas ou pessoas, indisponibilizando-as ou mantendo sob custódia enquanto forem pertinentes ao processo.

Apreensão sempre implica em retenção, mas pode ser coercitiva (derivada de busca) ou espontânea (decorrente de livre apresentação ou exibição).¹²⁰ Cleunice Pitombo ressalta que a localização da apreensão no Código de Processo Penal (livro I, título VII, capítulo XI — "Da Prova") "não lhe favorece a essência e o entendimento"; pois não é possível classificar incondicionalmente a apreensão em qualquer das categorias.¹²¹

A finalidade da apreensão repousa na retirada de "pessoas e coisas do poder de quem as detém ou retém, guardando-as e protegendo-as", sendo que a guarda possui o desígnio probatório.¹²² Apesar de o Código indicar o que é passível de apreensão (art. 240, alíneas *b, c, d, f, g*), não se trata de rol taxativo, conforme excelente esclarecimento de Cleunice Pitombo:

Inadmissível, também, no nosso sistema pátrio, aceitar a legalidade da apreensão do que nenhuma relação tenha com o perquirido. Entenda-se: o rol do que se permite apreender, na lei, é exemplificativo; porém, se exige que a apreensão, unicamente, se volte para o significativo, para o relevante, em face da utilidade,

¹¹⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 209.

¹¹⁷ Ibidem, p. 222.

¹¹⁸ Entendimento partilhado por: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 542; e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 230.

¹¹⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 109.

¹²⁰ Ibidem, p. 230.

¹²¹ Ibidem, p. 231.

¹²² Ibidem, p. 243.

necessidade e oportunidade processual, com vista ao admissível na Lei Maior.¹²³ (sem grifo no original)

Merece destaque algo que é insuscetível de apreensão: a correspondência. Apesar da previsão existente nos Códigos de Processo Penal, comum (art. 240, §1º, alínea f)¹²⁴ e Militar (art. 185, §1º),¹²⁵ uma vez assegurado o sigilo de correspondência, sem ressalvas, pela Constituição da República (art. 5º, inciso XII),¹²⁶ verifica-se a inadmissibilidade dessa ação. Além de ato inconstitucional, também configura crime, previsto pelo art. 151 do Código Penal.¹²⁷ A apreensão de correspondência, igualmente violadora do art. 5º, inciso LVI, da CR¹²⁸ e de seu correlato processual, art. 157 do CPP,¹²⁹ apenas poderia ser aceita na inimaginável hipótese de apreensão pela apreensão, ou seja, na mera retenção da correspondência sem que seu conteúdo fosse escrutinado.

O sigilo profissional (art. 5º, inc. XIV, da CR; art. 154 do CP; art. 7º, inciso II e §§6º e 7º da lei n. 8.906/94)¹³⁰ também importa na inadmissibilidade da apreensão dos documentos em poder do defensor do acusado, desde que estes não constituam elemento de corpo de delito, (art. 243, §2º, do CPP).¹³¹

¹²³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 245.

¹²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹²⁵ BRASIL. Decreto-Lei, nº 1.002 de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

¹²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

¹²⁷ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 252.

¹²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

¹²⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018; BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2018; BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

¹³¹ Conforme: PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 256; e ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 492.

Retomando-se a distinção quanto à finalidade, tem-se como fim ou objeto da apreensão o seu resultado concreto, cuja destinação encontra-se indicada pela lei processual: "Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes" (art. 245, §6º, do CPP).¹³² Em se tratando da apreensão de pessoa, a retenção deve perdurar somente pelo tempo necessário à realização do exame de corpo de delito;¹³³ já a destinação das coisas colocadas sob custódia dependerá de sua natureza, nem sempre sendo necessário o encaminhamento à perícia.¹³⁴

Conforme previamente indicado, tanto a busca, quanto a apreensão, são cabíveis na fase pré-processual e durante o processo. Apesar de não haver previsão específica no Código de Processo Penal quanto ao mandado de apreensão — apenas ao de busca e apreensão — "em face da autonomia, exaustivamente referida, dos institutos, é indispensável mandado judicial para a apreensão, sempre e quando ela ocorrer divorciada da busca e apreensão".¹³⁵ Lembrando-se que, em caso de flagrante delito ou crime permanente, é possível a apreensão sem autorização judicial.¹³⁶

1.3 Garantias constitucionais aplicáveis

Antes de aprofundar a análise das garantias pertinentes à busca e à apreensão especificamente, cabe examinar aquelas que devem gerir, de maneira geral, as medidas cautelares e o processo penal. O sistema processual brasileiro foi definido pela Constituição de 1988 como acusatório, apesar de verificável a persistência factual da matriz inquisitória.¹³⁷ O princípio acusatório propicia a democracia processual por descentralizar o poder, passando a abarcar a análise problematizada, o enfrentamento das diversas possibilidades que envolvem o caso concreto.¹³⁸ Leonardo Augusto Marinho Marques propõe a releitura da imparcialidade, dissociando-a da ilusória neutralidade e interpretando-a como algo

¹³² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 261.

¹³³ Ibidem, p. 262.

¹³⁴ Ibidem, p. 263.

¹³⁵ Ibidem, p. 271.

¹³⁶ LOPES JR., Aury. Op. cit., 2016, p. 405.

¹³⁷ Ibidem, p. 47.

¹³⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz : inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009. p. 147.

construído objetivamente através dos procedimentos que compõem o devido processo legal, renomeando o princípio como não-parcialidade.¹³⁹

Verifica-se a impossibilidade da efetivação do processo penal em conformidade com o Estado Democrático de Direito e o princípio acusatório sem que o traço inquisitório seja abandonado.¹⁴⁰ O ponto possui fundamental importância no que se refere à decretação de medidas cautelares, já que o juiz, ao concentrar o controle do ato decisório sem o exercício da não-parcialidade, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão, decidirá, tão somente, com base em suas convicções pessoais. Nesse sentido, a decisão será dissociada do conjunto probatório e, evidentemente, desligada do processo democrático¹⁴¹ — o que também deve ser observado quanto as buscas sem mandado judicial, realizadas em situação de flagrante delito.

A legalidade processual está atrelada à legalidade constitucional,¹⁴² de forma que o processo é codependente aos direitos fundamentais,¹⁴³ as normas positivadas recebem legitimação pelo devido processo legal que, por sua vez, só é dotado de legitimidade porque desenvolve-se respeitando as demais garantias constitucionais. Sobretudo no que concerne às medidas cautelares no processo penal, é imprescindível o respeito ao modelo constitucional de processo, ao princípio acusatório e à presunção de inocência.¹⁴⁴ Por essa razão, a decretação de medidas cautelares no âmbito penal deve ter como fim a garantia de direitos fundamentais e não a instrumentalização de políticas de segurança pública ou a realização de ideologias de defesa social;¹⁴⁵ "o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade".¹⁴⁶

Após o exame das garantias que abarcam as cautelares e o processo penal, cabe analisar aquelas que diretamente servem de base à busca e à apreensão. A Constituição da República de 1988 ampliou a proteção dos indivíduos ao assegurar-

¹³⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43 - 55, 2016. Arquivo pdf disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.16>> Acesso em: 8 de junho de 2018. p. 47.

¹⁴⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães; BARBOSA, Leonardo de Carvalho. A cautelaridade no processo penal democrático e a hiper-racionalidade inquisitória. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 19-32, jan./abr. 2013, p. 20.

¹⁴¹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Op. cit., p. 47.

¹⁴² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 89.

¹⁴³ BARROS, Flaviane de Magalhães; BARBOSA, Leonardo de Carvalho. Op. cit., p. 21.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 26.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 27.

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 35.

lhes, além da salvaguarda da casa, a preservação da intimidade, vida privada e integridade física e moral.¹⁴⁷ Depreende-se da análise das Constituições antecedentes que sempre, independente da forma de governo vigente, houve a preocupação do legislador com a proteção da casa de intromissões arbitrárias e abusivas.¹⁴⁸ Cleunice Bastos Pitombo ressalta que a presença da proteção da casa e do indivíduo em tratados e convenções internacionais demonstra, de forma incontestável, que a defesa do indivíduo e de sua casa sempre importou aos povos civilizados.¹⁴⁹

As referidas garantias constitucionais — proteção à casa, à intimidade, à vida privada, à integridade física e moral do indivíduo — têm suma importância para a busca e a apreensão, uma vez que impõem limites à sua legalidade. A violação desses direitos constitucionalmente estabelecidos pode ensejar a ineficácia da medida realizada e ilicitude da prova obtida, bem como incursão dos agentes nos artigos 150 do CP e 3º, *b*, da Lei n. 4.898/65.¹⁵⁰ Verifica-se que a busca domiciliar guarda estreita relação com a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI, da CF), a incolumidade física e moral (art. 5º, inciso III, da CF) serve de baliza à busca pessoal e a proteção à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, da CF) concerne tanto à domiciliar quanto à pessoal.¹⁵¹

Segundo Cleunice Pitombo, a Constituição não traz a definição de casa, e nem deveria fazê-lo; o conceito encontra-se no Código Penal e o procedimento para a busca em casa alheia, no Código de Processo Penal.¹⁵² A Lei Maior objetiva, portanto, não só a proteção da residência ou habitação do indivíduo, mas qualquer lugar por ele ocupado, tenha caráter definitivo ou não. Tem-se, na defesa da casa, a concretização do direito individual.¹⁵³

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), princípio que tem especial superioridade por seu valor ético-político, exerce influência sobre os direitos e garantias individuais e integra a proteção da intimidade e da vida privada.¹⁵⁴ Todavia, cabe ressaltar que essa proteção não é absoluta, podendo sofrer

¹⁴⁷ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 58.

¹⁴⁸ Ibidem p. 53

¹⁴⁹ Ibidem, p. 61

¹⁵⁰ Conforme: LOPES JR., Aury. Op. Cit., p. 541 e PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 65.

¹⁵¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 17.

¹⁵² Ibidem, p. 68.

¹⁵³ Ibidem, p. 68.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 73.

limitações, contanto que vinculadas e proporcionais ao objeto da persecução penal.¹⁵⁵

Intimidade e vida privada são conceitos amplos, abarcando a proteção do indivíduo contra:

toda ingerência à vida interior, familiar e doméstica; todo ataque à integridade física e moral; toda agressão à honra objetiva e subjetiva; toda interpretação prejudicial dada-lhe às palavras e a seus atos; a divulgação desnecessária de comportamentos embaraçosos, referentes à vida privada; a utilização de seu nome e identidade, ou imagem; toda atividade tendente a espioná-lo, vigiá-lo ou escutá-lo; a interceptação de correspondência; a utilização maliciosa de suas comunicações privadas, escritas ou orais; divulgação de informações, comunicadas ou recebidas em sigilo profissional.¹⁵⁶

Indubitável que "da ilicitude constitucional não pode advir a licitude processual",¹⁵⁷ portanto, a observância à intimidade e à vida privada intercedem pela validade da busca e da apreensão.¹⁵⁸ Rememora-se que esses institutos cautelares devem pautar-se nos princípios da jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade, sendo, então, inadmissível a apreensão de algo completamente desvinculado do ilícito investigado, sem parâmetros quaisquer.¹⁵⁹ Não cabem informalidades ou analogias quanto à restrição de direitos fundamentais; Aury Lopes Júnior aponta que a busca somente distingue-se de um crime patrimonial como furto ou roubo em residência pela legitimidade da violência praticada — "em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel."¹⁶⁰

Dispondo da compreensão dos institutos da busca e da apreensão, bem como das garantias constitucionais a elas aplicáveis, cabe analisar a incompatibilidade da *fishing expedition* com o sistema pátrio, bem como examinar as hipóteses de recepção da prova obtida em encontro fortuito no processo penal.

¹⁵⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 82.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 81.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 89.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 83.

¹⁵⁹ Segundo: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 722; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 94; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., 485.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 535.

2. *FISHING EXPEDITION* – A PESCARIA PROBATÓRIA NA INVESTIGAÇÃO

2.1 Origem e Conceito

Maria Elizabeth Queijo desenvolve o *nemo tenetur se detegere* — direito a não produzir prova contra si mesmo, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição brasileira¹⁶¹ e insculpido na V Emenda da Constituição dos Estados Unidos¹⁶² —, cuja origem na Inglaterra remete ao final da Idade Média e considera-se que exercia vedação contra a prática de *fishing expeditions*.¹⁶³ Tendo-se em mente o período histórico, é certo que o princípio não era absoluto; a admissão do juramento *ex officio*, com a exigência de respostas do acusado, foi sendo limitada ao longo do tempo, com contribuição advinda da extinção de inquérito para estabelecer a "fama pública" do indivíduo e o progressivo aumento da presença de advogados nas persecuções das cortes eclesiásticas no século XVI.¹⁶⁴ Nas cortes de *common law*, significativas transformações ocorreram no final do século XVIII e início do XIX, exercendo considerável contribuição a defesa técnica do acusado, assim como a admissão da presunção de inocência, dúvida razoável e aprimoramento das regras de exclusão probatória.¹⁶⁵

Reputam-se relevantes algumas considerações a respeito do sistema estadunidense no âmbito da persecução penal. Como aponta Antonio Pessoa Cardoso, "são grandes as diferenças entre a formação do sistema brasileiro e dos Estados Unidos",¹⁶⁶ o que é notório na comparação das Constituições; enquanto a americana, de 1787, é concisa, tendo recebido apenas 27 Emendas desde sua elaboração¹⁶⁷, a Constituição brasileira, dois séculos mais jovem, é extremamente analítica. Nos Estados Unidos, é ampla a competência legislativa estadual no âmbito

¹⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

¹⁶² UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_\(1868\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868))>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

¹⁶³ Referência em: ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 725; e QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

¹⁶⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 39.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 42.

¹⁶⁶ CARDOSO, Antonio Pessoa. O judiciário nos Estados Unidos. **Migalhas**. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI32789,41046-O+judiciario+nos+Estados+Unidos>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

¹⁶⁷ THE WHITE HOUSE. **The Constitution**. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/the-constitution/>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

criminal, sendo as causas com pena de prisão mínima de seis meses submetidas a júri.¹⁶⁸ O julgamento é presidido por um juiz, que profere a sentença na hipótese de o júri declarar o réu culpado, e tem esfera probatória limitada, somente admitindo testemunho sobre questões concretas, não sendo permitido que se discorra sobre boatos ou opiniões pessoais.¹⁶⁹

Em razão do peculiar sistema legislativo americano e da existência de sistemas jurídicos estaduais além do federal, é inevitável que ocorram conflitos e ingerências quanto a competência dos Tribunais americanos, cabendo à Suprema Corte a resolução definitiva das disputas de alçada.¹⁷⁰

Todavia, de forma simplificada, aponta-se que competem ao sistema federal casos que envolvam: a constitucionalidade de uma lei, leis e tratados dos Estados Unidos, embaixadores e ministros, embates entre dois ou mais Estados, leis marítimas, falências e *Habeas Corpus*; aos sistemas estaduais cabem a grande maioria das questões criminais, sucessórias, contratuais, de responsabilidade civil e sobre direito de família.¹⁷¹ Os tribunais estaduais ou *State Courts* são considerados os responsáveis pela interpretação final das leis e constituições estaduais¹⁷², uma vez que o caso somente virá a ser apreciado pela Suprema Corte se houver o aceite de pelo menos quatro dos nove juízes-membros, o que ocorre mediante decisão amplamente discricionária.¹⁷³

No sistema estadunidense, quando a promotoria ou a polícia entende necessária a investigação, deve requerer o mandado mediante apresentação de evidência suficiente para embasar a atividade pretendida, visto que o juiz somente expedirá a ordem caso repute que exista base factual suficiente.¹⁷⁴ No caso do

¹⁶⁸ CARDOSO, Antonio Pessoa. O judiciário nos Estados Unidos. **Migalhas**. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI32789,41046-O+judiciario+nos+Estados+Unidos>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

¹⁶⁹ CARDOSO, Antonio Pessoa. O judiciário nos Estados Unidos. **Migalhas**. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI32789,41046-O+judiciario+nos+Estados+Unidos>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

¹⁷⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006. p. 101-102.

¹⁷¹ UNITED STATES COURTS. **Comparing Federal & State Courts**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts>>. Acesso em 19 de junho de 2018. (sítio governamental americano - tradução livre)

¹⁷² UNITED STATES COURTS. **Comparing Federal & State Courts**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts>>. Acesso em 19 de junho de 2018. (sítio governamental americano - tradução livre)

¹⁷³ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 91.

¹⁷⁴ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Guide To Criminal Prosecutions In The United States: An introduction to practice and procedure. Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition**. 2007. Disponível em:

requerimento de mandado de busca e de apreensão, avalia-se a aptidão do que foi apresentado para estabelecer a chamada "causa provável", a probabilidade de que dada infração foi cometida e que provas dessa infração podem ser encontradas no lugar específico onde se pretende realizar a busca.¹⁷⁵

No julgamento *United States v. Nixon* (1974), indicou-se um "teste", segundo o qual, para fazer um requerimento a parte solicitante deve demonstrar: (1) que os documentos são probatórios e relevantes, (2) que não é razoavelmente possível a sua obtenção por outros meios, (3) que a parte não consegue preparar-se propriamente para o julgamento sem essa prévia produção e inspeção, e que o insucesso em obter essa inspeção pode atrasar de forma desarrazoada o julgamento, (4) que a solicitação é feita de boa-fé, que não é pretendida como uma genérica *fishing expedition*.¹⁷⁶

Traduzindo-se o conceito de *fishing expedition* apresentado em dicionários americanos, observa-se que consiste em "1) um inquérito (como por busca e apreensão) que é desnecessariamente extenso ou não relacionado ao processo; 2) uma investigação que não segue o objetivo declarado, mas espera descobrir prova incriminadora ou digna de apreciação",¹⁷⁷ no "uso de investigação prévia à ação com a realização de busca e apreensão ou questionamento a testemunha numa tentativa sem foco determinado para expor prova avassaladora contra um adversário",¹⁷⁸ ou, "1) procedimento jurídico, sobretudo com o propósito de inquirir um adversário ou

<https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html#_ftn11>. Acesso em 19 de junho de 2018.

¹⁷⁵ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Guide To Criminal Prosecutions In The United States: An introduction to practice and procedure. Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition*. 2007. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html#_ftn11>. Acesso em 19 de junho de 2018.

¹⁷⁶ UNITED STATES SUPREME COURT. *United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/case.html>>. Acesso em 19 de junho de 2018. (tradução livre)

¹⁷⁷ *FISHING EXPEDITION. Merriam-Webster.com. Legal Definition..* 2018. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/fishing%20expedition>>. Acesso em: 18 de junho de 2018. (tradução livre do original: "1) an inquiry (as by the use of discovery) that is unnecessarily extensive or unrelated to the lawsuit; 2) an investigation that does not stick to a stated objective but hopes to uncover incriminating or newsworthy evidence".)

¹⁷⁸ *FISHING EXPEDITION. Legal Information Institute.* 2018. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/fishing_expedition>. Acesso em: 18 de junho de 2018. (tradução livre do original: "Legal grasping at straws; the use of pretrial investigation discovery or witness questioning in an unfocused attempt to uncover damaging evidence to be used against an adversary".)

examinar sua propriedade e documentos a fim de obter informação útil; 2) inquérito realizado sem definição ou propósito, na esperança de expor informação útil".¹⁷⁹

Alexandre Morais da Rosa¹⁸⁰ explora o conceito apresentado pelo Desembargador Amado de Faria, que acompanhou o voto do relator no julgamento do *Habeas Corpus* n. 0073.182-68.2013.8.26.0000¹⁸¹ e abordou a *fishing expedition*:

Fishing expedition (expediente de pesca) é um termo legal informal usado pela defesa para se referir cnicamente à tentativa da promotoria em realizar buscas mais intrusivas nas instalações, na pessoa, ou nas possessões de um réu quando (na opinião da defesa), não há causa provável suficiente para realizar tal busca. O termo às vezes também é usado em litígios civis quando o advogado de uma parte ordena descoberta extensa, o que pode atrasar a resolução do caso e aumentar o custo de se litigar a questão (talvez suprimir). Também conhecido como uma 'viagem de pesca', usando os tribunais para descobrir informações além do âmbito justo do processo. O questionamento frouxo, vago, sem foco de uma testemunha ou o uso excessivamente amplo do processo de descoberta. A descoberta vasculha em alegações gerais, frouxas e vagas, ou suspeitas, conjecturas ou suposições vagas.¹⁸²

É possível, portanto, definir 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.¹⁸³ Nos mandados de busca e apreensão, consiste na ultrapassagem dos limites previamente estabelecidos para aquele ato, a continuidade da diligência mesmo após obtido o objeto do mandado.¹⁸⁴ Ressalta-se a recorrente aplicação da lógica da pescaria probatória nas interceptações telefônicas,¹⁸⁵ com representações pela interceptação em larga escala, sem individualização dos números de telefone, bem como nas interceptações prospecção, por evidente sem a verificação de indícios mínimos ou a

¹⁷⁹ **FISHING EXPEDITION. Dictionary.com.** 2018. Disponível em: <<http://www.dictionary.com/browse/fishing-expedition>>. Acesso em: 19 de junho de 2018. (tradução livre do original: "1) a legal proceeding mainly for the purpose of interrogating an adversary, or of examining his or her property and documents, in order to gain useful information; 2) any inquiry carried on without any clearly defined plan or purpose in the hope of discovering useful information".)

¹⁸⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 726.

¹⁸¹ TJSP. **Habeas Corpus : HC 0073182-68.2013.8.26.0000**. Rel: Des. Alberto Leme Cavalheiro. Julgado em: 16.07.2013, publicado em: 13.08.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6924983&cdForo=0>>. Acesso em 20 de junho de 2018.

¹⁸² ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 727.

¹⁸³ MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

¹⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 726.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 727.

existência de outros meios menos gravosos, por tratar-se de modalidade pré-delitual e, portanto, não admitida pelo nosso ordenamento.¹⁸⁶

Verifica-se a aplicação desse entendimento, ainda que ausente a expressão *fishing expedition*, no julgamento do Agravo Regimental no Inquérito 2245/MG pelo STF, oportunidade na qual declarou-se ilegítima a quebra de sigilo bancário com base em uma lista genérica, que abarcava pessoas não diretamente relacionadas às investigações e, portanto, violadora do artigo 5º, inciso X, da Constituição.¹⁸⁷

Cabe apontar que as cortes estadunidenses gradativamente caminharam para a flexibilização dos métodos de colheita de prova considerados em conformidade com o ordenamento jurídico, o que também pode ser observado em âmbito nacional. Verifica-se que, já em 1947, em *Hickman v. Taylor*, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que não se podia utilizar amplamente a consagrada *fishing expedition* para impedir que se investigassem os fatos referentes ao caso. Ponderou-se que o tratamento às regras de busca e de apreensão não pode ser excessivamente restritivo, sendo necessário que se respeitem os limites legais, que seja vedada a realização impregnada de má-fé ou de maneira opressora ou vexatória para a pessoa submetida à investigação e, ainda, que existam limitações quanto à perquirição que invada o domínio de direitos reconhecidos.¹⁸⁸

Em *Loftin v. Martin*, 1989, a Suprema Corte do Texas posicionou-se pela necessidade de o pedido de busca e apreensão ser específico, estabelecer materialidade e apresentar com precisão o que se deseja, por haver vedação legal à busca generalizada, também referida como *fishing expedition*, aos documentos da parte contrária.¹⁸⁹

A Suprema Corte da Califórnia, no julgamento do caso *Williams v. Superior Court of Los Angeles County*, de 2017, atenuou a possibilidade de objeção quanto à

¹⁸⁶ MELO E SILVA, Philippe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

¹⁸⁷ STF. **Agravo Regimental no Inquérito : Inq 2245 AgR MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Relator p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 29.11.2006. Dje: 09.11.2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2245&classe=Inq-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21 de junho de 2018.

¹⁸⁸ UNITED STATES SUPREME COURT. **Hickman v. Taylor. U.S. 495**. 1947. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/495/case.html>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

¹⁸⁹ SUPREME COURT OF TEXAS. **Loftin v. Martin 776 S.W.2.d**. 1898. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1989/c-7698.html>>. Acesso em: 19 de junho de 2018

invasão da privacidade no âmbito da busca e apreensão, alterando a decisão da *Court of Appeal* (instância anterior) por considerar impróprios os quesitos aplicados. Afirmou-se que a parte tem o direito de obter informação quando não há clara proibição legal, sendo descabida a exigência de estabelecer a necessidade e justa causa da busca e apreensão pretendidas. A Corte ainda apontou que, para contestar suposta violação de privacidade, é preciso que haja a proteção legal daquela dimensão da intimidade, que seja possível ter a razoável expectativa de privacidade naquelas circunstâncias e qual a gravidade dessa potencial invasão (conforme o caso *Hill v. National Collegiate Athletic Ass'n*, 7 Cal. 4th 1, 26 Cal. Rptr. 2d 834, 865 P.3d 633, de 1994).¹⁹⁰

No campo das interceptações telefônicas, cabe mencionar decisão da Suprema Corte americana no caso *Dahda v. United States* de 2018, indicando que, segundo a lei, é possível a decretação judicial da interceptação nos limites territoriais da competência do juiz, avaliando-se, no caso concreto, que não havia impropriedade na sentença atacada, pois a interceptação só pode ser efetuada no território sobre o qual o juiz prolator exerce jurisdição. Dessa forma, julgou-se que a ausência da indicação das áreas de aplicação não ensejou a sua ineficácia, uma vez que se tratava da investigação sobre distribuição de drogas em âmbito estadual e foi deferida por juiz distrital.¹⁹¹

À vista disso, é relevante pontuar que, em virtude de pertencer à União a competência legislativa pátria tanto em matéria penal, quanto processual (art. 22, inciso I, da Constituição),¹⁹² não ocorre o mesmo embate que, conforme anteriormente apontado, se faz presente nos Estados Unidos.¹⁹³ No que se refere à jurisprudência, todavia, a divergência é ampla, sendo verificável não só em um

¹⁹⁰ MICHAELSON, Jon. *California Supreme Court endorses "fishing expedition" discovery under PAGA*. Lexology. 2017. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c8190d58-9390-4f68-81f4-f44711263d10>>. Acesso em: 19 de junho de 2018; SUPREME COURT OF CALIFORNIA. *Williams v. Superior Court of Los Angeles County*. 2017. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2017/s227228.html>>. Acesso em: 19 de junho de 2018

¹⁹¹ UNITED STATES SUPREME COURT. *Dahda v. United States, 584 U.S.* 2018. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/17-43/>>. Acesso em: 21 de junho de 2018.

¹⁹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

¹⁹³ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 101.

mesmo tribunal, mas também em uma mesma câmara, a depender das concepções de cada julgador.¹⁹⁴

A pescaria probatória ou *fishing expedition*, apesar de não ser instituto amplamente reconhecido no ordenamento nacional, possui inegável correspondência quanto aos seus fundamentos e vedações na legislação e jurisprudência pátria, razão pela qual se aprofundará essa modalidade incabível de medida cautelar conforme a Constituição.

2.2 O instituto à luz da Constituição

Identifica-se, em linhas gerais, na IV Emenda da Carta Constitucional dos Estados Unidos proteção semelhante à realizada por nosso Código de Processo Penal. A Constituição americana assegura o direito contra buscas e apreensões desarrazoadas — vedando a expedição de mandado senão mediante causa provável e com descrição do lugar que sofrerá a busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.¹⁹⁵

Dentre as previsões da Constituição brasileira, reputam-se especialmente relevantes para o tema em análise a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a prevalência dos direitos humanos, assim como a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante, a inviolabilidade da casa, do sigilo de correspondência e comunicações, é assegurado o acesso à informação com resguardo ao sigilo profissional necessário, o respeito à integridade física e moral dos presos, o impedimento à privação da liberdade ou de bens na ausência do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória e o direito ao silêncio, bem como à assistência ao preso (respectivamente previstos no art. 1º, inciso III; art. 4º, inciso II; art. 5º, incisos III, XI, XII, XIV, XLIX, LIV, LVI, LVII e LXIII da Constituição federal).¹⁹⁶

¹⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 699.

¹⁹⁵ UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_\(1868\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868))>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

¹⁹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

A *fishing expedition* ou pescaria probatória aproveita-se "dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se os direitos fundamentais, para além dos limites legais"¹⁹⁷ Apontada como consequência do direito contra a autoincriminação,¹⁹⁸ a vedação à *fishing expedition* acaba desempenhando papel garantidor dos direitos individuais de maneira ampla.

O debate sobre mandados genéricos ganhou especial destaque com a intervenção federal decretada no Estado do Rio de Janeiro no início de 2018,¹⁹⁹ cuja constitucionalidade vem sendo questionada por muitos que apontam, sobretudo, para a natureza militar atribuída ao interventor no decreto presidencial (art. 2º, p.ú.).²⁰⁰ Amparada nos artigos 21, inciso V, e 34, inciso III, da Constituição,²⁰¹ representa, a princípio, a clamada resposta ao problema da segurança pública do Rio de Janeiro. No entanto, defende-se que inexistente o sustentado "comprometimento da ordem pública" — uma vez que não houve aumento nos índices de homicídios naquele Estado, bem como que a liderança em mortes violentas pertence aos Estados do Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte²⁰² — que, portanto, há interesses políticos escusos e não contribuirá para a redução nos índices de violência.²⁰³ Em verdade, é plausível que ocorra o aumento da violência, porém, pelas mãos do Estado, da violência legitimada, mas não legítima.

¹⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 725.

¹⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 725.

¹⁹⁹ MANDADO de busca genérico contraria presunção de inocência, diz Celso de Mello. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

²⁰⁰ BRASIL. Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018. **Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

²⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

²⁰² MARTINS, Rodrigo. No Rio de Janeiro, o maior impasse é a violência ou a regressão social? **Carta Capital**. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/no-rio-de-janeiro-o-maior-impasse-e-a-violencia-ou-a-regressao-social>>. Acesso em 25 de junho de 2018; NITAHARA, Akemi. Brasil ultrapassa a marca de 62 mil homicídios por ano. **Portal EBC**. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/brasil-ultrapassa-marca-de-62-mil-homicidios-por-ano>>. Acesso em 25 de junho de 2018.

²⁰³ RODAS, Sérgio. Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>> Acesso em: 24 de junho de 2018; SILVA, Rodrigo Medeiros da. Aspectos Relevantes Acerca da Intervenção Federal no Rio de Janeiro. **Empório do Direito**. 2018. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/leitura/aspectos-relevantes-acerca-da-intervencao-federal-no-rio>>

Apesar de a Justiça Militar ter recebido competência para o julgamento de militares por crimes cometidos contra civis no decorrer de operações²⁰⁴, o Exército, bem como o governo, apontaram como necessário o aumento de garantias para que a incumbência possa ser cumprida "como espera e merece a população do Rio de Janeiro".²⁰⁵ A atribuição resulta da Lei n. 13.491/ 2017, que alterou o Código Penal Militar, na forma que segue:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

[...]

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.²⁰⁶

Cabe ressaltar a ponderação do delegado de polícia Lucas Neuhauser Magalhães quanto à temática:

"É fácil defender a aplicação da lei em tempos de paz. Entretanto, a experiência mostra que é justamente em tempos de crise que as garantias e liberdades individuais devem ser reforçadas, e não suprimidas, sob pena de retrocedermos na conquista dos direitos dos cidadãos."²⁰⁷ (sem grifo no original)

de-janeiro> Acesso em: 24 de junho de 2018. "Não se pode buscar a solução para o problema da segurança pública do Rio de Janeiro por meio do uso exclusivo da força militar."

²⁰⁴ JULGADO pelos seus : Lei que autoriza Justiça Militar julgar morte de civil é sancionada. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/lei-autoriza-justica-militar-julgar-morte-civil-sancionada>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

²⁰⁵ RODAS, Sérgio. **Licença para matar : Exército pede "carta branca" na intervenção, mas lei já resguarda militar**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/exercito-carta-branca-intervencao-lei-resguarda-militar>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

²⁰⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

²⁰⁷ RODAS, Sérgio. **Licença para matar : Exército pede "carta branca" na intervenção, mas lei já resguarda militar**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/exercito-carta-branca-intervencao-lei-resguarda-militar>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

Compara-se o estado da sociedade atual com o de alguém acometido pela Síndrome de Estocolmo;²⁰⁸ "a própria sociedade na condição de refém, enquanto um Estado repressivo figurando como o captor".²⁰⁹ Garantias constitucionais conquistadas por árduas lutas passaram a significar "direitos de bandido" e a assegurar impunidade no senso comum, desencadeando um clamor por punições mais severas e a supressão de garantias consideradas excessivas, defendendo-se a substituição da Constituição Federal quando ela se mostra como um "obstáculo".²¹⁰ A sociedade alienada não compreende as consequências de seu próprio pedido, mantendo relação de dependência com o Estado repressivo e levando ao esquecimento "um fato básico: a sociedade e Estado não devem ser consideradas duas instâncias em polos diferentes, mas dois elementos que caminham juntos, dentro de um mesmo sistema"²¹¹

A própria nomenclatura atribuída, "mandados coletivos", tenta mascarar a ilegalidade dos mandados genéricos; é explícita a afronta ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição (inviolabilidade do domicílio), mas inegável a violação dos outros direitos individuais constitucionalmente previstos — é inadmissível não ser considerada desumana e degradante a verdadeira despersonalização exercida contra aqueles que habitam "favelas"²¹² e inimaginável que se construa um processo penal com base no que é obtido em decorrência dessas violações (muito menos o devido processo legal).

²⁰⁸ LAMELA, Anxo. Crime que originou "Síndrome de Estocolmo" completa 40 anos. **Exame**. 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/crime-que-originou-sindrome-de-estocolmo-completa-40-anos/>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

²⁰⁹ MÜLLER, Ludmila Ângela; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A sociedade, o Estado repressivo e a Síndrome de Estocolmo. **Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-sociedade-o-estado-repressivo-e-a-sindrome-de-estocolmo>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

²¹⁰ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O mito da impunidade**. 2013. Disponível em: <<https://lediorosa.jusbrasil.com.br/artigos/121941897/o-mito-da-impunidade>>. Acesso em 24 de junho de 2018; MÜLLER, Ludmila Ângela; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A sociedade, o Estado repressivo e a Síndrome de Estocolmo. **Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-sociedade-o-estado-repressivo-e-a-sindrome-de-estocolmo>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

²¹¹ MÜLLER, Ludmila Ângela; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A sociedade, o Estado repressivo e a Síndrome de Estocolmo. **Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-sociedade-o-estado-repressivo-e-a-sindrome-de-estocolmo>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

²¹² LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 536; LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes 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>>. Acesso em: 14 de junho de 2018; TARDELLI, Brenno. Mandado de busca e de prisão coletivos são a vitória da barbárie, apontam juristas. **Justificando**. 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/20/mandado-de-busca-e-de-prisao-coletivos-sao-vitoria-da-barbarie-apontam-juristas/>>. Acesso em: 14 de junho de 2018

Conforme visto no capítulo anterior, a falta de fundamentação, isto é a ausência de elementos prévios que realizem o concreto embasamento do pedido de busca e de apreensão,²¹³ bem como a supressão das exigências legais — indicação precisa da casa e nome do morador, nome ou descrição da pessoa que será submetida à busca, assim como motivo e fins da diligência — conforme demanda o artigo 243 do Código de Processo Penal,²¹⁴ propicia a ampla discricionariedade do magistrado, que passa a legitimar a repressão de grupos estigmatizados. Não pode haver a fundada suspeita de que uma pessoa tenha em sua posse arma ilegal ou outro objeto que constitua corpo de delito ou que tenha em sua casa coisas que constituam provas de crimes simplesmente porque mora em localidade pobre — isso é pescaria probatória.²¹⁵

Mostra-se pertinente a colocação de Aury Lopes Jr.:

Infelizmente ainda existe um ranço cultural não assumido, um resquício escravagista, que opera no binário casa grande-senzala. É um elitismo na distribuição de eficácias/ineficácias da Constituição, que vai na mesma linha do "tolerância zero" para eles e tolerância dez para nós e os nossos...²¹⁶

Percebe-se que grande parte da população efetivamente faz esse distanciamento, considerando-se imune ao sistema criminal e tomando os direitos e garantias constitucionalmente assegurados como proteção excessiva ou até como assentimento à prática de crimes.

²¹³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 186; e MANDADO de busca genérico contraria presunção de inocência, diz Celso de Mello. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

²¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

²¹⁵ GRUPO de advogados critica ideia de mandados genéricos e sem endereço. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/grupo-advogados-critica-ideia-mandados-busca-genericos>>. Acesso em: 16 de junho de 2018; 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>>. Acesso em: 14 de junho de 2018; TARDELLI, Brenno. Mandado de busca e de prisão coletivos são a vitória da barbárie, apontam juristas. **Justificando**. 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/20/mandado-de-busca-e-de-prisao-coletivos-sao-vitoria-da-barbarie-apontam-juristas/>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

²¹⁶ 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>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

2.3 A tímida recepção pela doutrina e pelos Tribunais

A temática da *fishing expedition*, apesar de verificável na prática das buscas, apreensões e interceptações no âmbito penal, não tem a sua expressividade e nocividade refletida no mundo acadêmico ou na esfera jurisprudencial.

Para fins de validação do argumento, foi realizada pesquisa nos portais do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, obtendo-se, dentre os trinta e quatro tribunais, o diminuto total de catorze resultados (dentre eles acórdãos e decisões monocráticas).

Executou-se a busca com a seguinte metodologia: digitou-se a expressão "fishing expedition" no campo destinado à pesquisa de jurisprudência de cada um dos sítios oficiais, sempre selecionando-se as opções de pesquisa mais abrangentes, localizando-se as seguintes ocorrências:

- Supremo Tribunal Federal: uma decisão monocrática — **HC 137.828/RS**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14.12.2016.²¹⁷

- Superior Tribunal de Justiça: seis decisões monocráticas — **RHC 096585/PR**, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 04.04.2018;²¹⁸ **RHC 066126/PR**, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 11.09.2017;²¹⁹ **RHC 066126/PR**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 01.03.2016;²²⁰ **RHC 066126/PR**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 02.12.2015;²²¹ **RHC 72.065/RS**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura,

²¹⁷ STF. **Habeas Corpus : HC 137.828 RS**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 14.12.2016. Dje: 16.12.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000311556&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Concedida a ordem de *habeas corpus* para cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento do seu mérito).

²¹⁸ STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 096585 PR. (2018/0074092-0)** Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 04.04.2018. Publicado em: 09.04.2018 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82034309&num_registro=201800740920&data=20180409>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Indeferimento do pedido de liminar)

²¹⁹ STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 066126 PR. (2015/0306808-3)** Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 11.09.2017. Publicado em: 15.09.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76367452&num_registro=201503068083&data=20170915>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Recurso julgado prejudicado pela superveniência de sentença condenatória)

²²⁰ STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 066126 PR. (2015/0306808-3)** Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em: 01.03.2016. Publicado em: 07.03.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58214967&num_registro=201503068083&data=20160307>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Suscitado conflito de competência)

²²¹ STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 066126 PR. (2015/0306808-3)** Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em: 02.12.2015. Publicado em: 10.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=55544600&num_registro=201503068083&data=20151210>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

julgado em 18.08.2016;²²² **RHC 72.065/RS**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01.06.2016.²²³

- Tribunal Regional Federal da 4ª Região: dois registros encontrados — **HC 5001417-21.2018.4.04.0000**, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 21.02.2018;²²⁴ **Pet 0001022-85.2016.4.04.0000**, Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, julgado em 20/04/2017.²²⁵

- Tribunal Regional Federal da 5ª Região: um registro encontrado — **APELREEX 11261/PB**, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), julgado em 29.07.2010 (previdenciário).²²⁶

- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: um registro encontrado — **HC 1.499.834-8**, Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida, julgado em: 10.03.2016.²²⁷

- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: três resultados encontrados — **AI 2114124-06.2016.8.26.0000**, Rel. Des. Coelho Mendes, julgado em: 22.11.2016

(Indeferimento do pedido de liminar)

²²² STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 72.065 RS. (2016/0154886-7)** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 18.08.2016. Publicado em: 23.08.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=64262742&num_registro=201601548867&data=20160823>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Não conhecimento do recurso pela falta de peças aptas a demonstrar o alegado constrangimento ilegal)

²²³ STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 72.065 RS. (2016/0154886-7)** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 01.06.2016. Publicado em: 06.06.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61726237&num_registro=201601548867&data=20160606>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Indeferimento do pedido de liminar)

²²⁴ TRF4. **Habeas Corpus : HC 5001417-21.2018.4.04.0000**. Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em: 21.02.2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF414588318>>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (“ELEMENTOS PRÉVIOS DE INVESTIGAÇÃO. EXAME EM IMPETRAÇÃO ANTERIOR. HIGIDEZ. FISHING EXPEDITION. NÃO CARACTERIZAÇÃO.”)

²²⁵ TRF4. **Petição : Pet 0001022-85.2016.4.04.0000**. Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz. Julgado em: 20/04/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF412873624>>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUEIXA-CRIME SUBSIDIÁRIA MOVIDA CONTRA MAGISTRADO. ACÓRDÃO QUE A REJEITOU. INEXISTÊNCIA DAS OMISSÕES APONTADAS.”)

²²⁶ TRF5. **APELREEX Nº 11261 PB. (2001.82.01.001779-5)** Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Convocado). Julgado em: 29.07.2010. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/data/2010/08/200182010017795_20100805_3555320.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (“7. Em vez de disso, o INSS limita-se a requerer genericamente a realização de prova, incidindo numa postura processual reprovável que os juristas anglo-saxões denominam “fishing expedition”, como que lançando às cegas suas redes no oceano na expectativa de, na sorte, pescar alguma coisa.”)

²²⁷ TJPR. **Habeas Corpus : HC 1.499.834-8**. Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida. Julgado em: 10.03.2016. Dj: 29.03.2016. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar#integra_12117111>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (ORDEM DENEGADA [...] “Depreende-se, por fim, que a conjuntura retratada nos autos não permite a aplicação da tese de “fishing expedition”, porque a ela não se calha.”)

(Direito privado);²²⁸ **HC 0073182-68.2013.8.26.0000**, Rel. Des. Alberto Leme Cavalheiro, julgado em 16.07.2013;²²⁹ **ACr 0038697-62.2008.8.26.0050**, Rel. Des. Paulo Rossi, julgado em 09.09.2009.²³⁰

Não foram obtidos resultados nas pesquisas aos Tribunais Regionais Federais da 1ª Região, da 2ª Região ou da 3ª Região, bem como ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, do Alagoas, do Amapá, do Amazonas, da Bahia, do Ceará, do Espírito Santo, de Goiás, do Maranhão, do Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Norte, do Rio Grande do Sul, de Rondônia, de Roraima, de Santa Catarina, de Sergipe e do Tocantins.

Cabe ressaltar que, além da parca menção da *fishing expedition* na jurisprudência, grande parte das vezes nas quais o termo aparece simplesmente decorre da reprodução, no relatório, dos argumentos das partes, sem que haja real enfrentamento do tema. A escassez de julgados que abordam a questão também demonstra desconhecimento do instituto por parte dos advogados e defensores públicos, uma vez que, se o argumento fosse reiteradamente invocado, os Tribunais precisariam debatê-lo.

Destaca-se que, na bibliografia nacional consultada, apenas encontrou-se referência a *fishing expedition* em "ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017" e "MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**. 2017".²³¹

²²⁸ TJSP. **Agravo de Instrumento : AI 2114124-06.2016.8.26.0000**. Rel. Des. Coelho Mendes. Julgado em: 22.11.2016. Publicado em: 28.11.2016. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10014371&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_9a23ebf2a7ca4b0b9cd21713a02e1552&vlCaptcha=sfx&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Negado provimento ao recurso)

²²⁹ TJSP. **Habeas Corpus : HC 0073182-68.2013.8.26.0000**. Rel. Des. Alberto Leme Cavalheiro. Julgado em: 16.07.2013. Publicado em: 13.08.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6924983&cdForo=0>>. Acesso em: 20 de junho de 2018. ("Denota-se, enfim, que a situação retratada nos autos não possibilita a aplicação da tese de "*fishing expedition*", porque a ela não se amolda.")

²³⁰ TJSP. **Apelação : ACr 0038697-62.2008.8.26.0050. (990.09.113616-6)** Rel. Des. Paulo Rossi. Julgado em: 09.09.2009. Registrado em: 07.11.2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4156361&cdForo=0>>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Concedeu-se parcial provimento ao recurso tão somente para alterar o regime de cumprimento da pena, mantendo a sentença recorrida)

²³¹ MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**. 2017. Disponível em:

Essa carência de invocação e, conseqüentemente, de refreamento dessa modalidade incongruente de investigação tende a ser o sintoma do distanciamento da realidade, que encontra-se ofuscada sob um processo que continua em busca da verdade real, que sacrifica direitos fundamentais em nome de um idealizado bem comum e acaba sendo legitimada pelo Poder Judiciário que, com base em parâmetros questionáveis, reconhece a ampla validade de provas obtidas por meios, no mínimo, controversos. No próximo capítulo, prosseguir-se-á na abordagem de ocorrências de abuso e de validade probatória no processo penal.

3. ENCONTRO FORTUITO E *FISHING EXPEDITION* – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E HIPÓTESES DE (IN)VALIDADE

3.1. Evolução e Função

Conforme visto no exame da busca e da apreensão, realizam-se as buscas na presença de mandado judicial, excepcionando-se, para a busca domiciliar, a realização mediante o livre consentimento do morador e o flagrante delito (arts. 245, 302 e 303 do CPP)²³² e, para a busca pessoal, a fundada suspeita da posse de objeto que constitua corpo de delito ou a determinação no curso da busca domiciliar (art. 244 do CPP).²³³ Em caso de ausência de ordem judicial e da não demonstração posterior da real ocorrência das outras hipóteses autorizadoras, a autoridade ou agente ficam sujeitos à responsabilidade administrativa, civil e penal e o ato praticado pode ser declarado ineficaz.

Repisa-se que a prova também nasce eivada de ilegalidade quando, apesar de haver mandado, este não cumprir as exigências do artigo 243 do CPP,²³⁴ isto é, não trazer o motivo e os fins da busca, for apócrifo, não indicar com precisão a casa onde será realizada a medida ou o nome do morador (busca domiciliar), bem como o nome ou sinais que identifiquem a pessoa que será submetida à revista (busca pessoal). Circunstâncias que, por óbvio, também invalidam a prova decorrente de mandados genéricos ou coletivos, como vêm sendo intitulados.

Para que tenha validade a prova advinda de encontro fortuito — ou seja, aquela diversa da finalidade inicial, ou declarada, da busca realizada — é preciso que exista vínculo com a prova principal ou que se trate de flagrante delito ou crime permanente. Isso ocorre porque o ato que defere a medida cautelar é plenamente vinculado e limitado ao objetivo e à causa do deferimento, o que também o torna vinculado à apuração daquele crime.²³⁵

Três são os possíveis entendimentos quanto à prova fortuitamente obtida: 1) é válida, 2) é válida somente se houver vinculação causal e 3) pode ser empregada

²³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

²³³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

²³⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²³⁵ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 399; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 745.

como *notitia criminis* para futura investigação. A ideia de validade tem base no "interesse público", acolhendo amplo conhecimento. O segundo entendimento exige que se evidencie a pertinência entre o bem apreendido e a causa ensejadora da realização da busca, considerando que o excesso no cumprimento da medida (*fishing expedition*) pode contaminar a prova e que a decisão que não delimita a diligência torna toda apreensão ilegal. O terceiro raciocínio sugere a legalidade da prova, que, todavia, deverá ser aplicada na investigação de eventual crime.²³⁶ Propõe-se a aplicar a noção de "crimes de catálogo" — crimes para os quais se admita interceptação telefônica (art. 2º da lei n. 9.296/96)²³⁷ — para a superação da divergência, de modo que condutas complexas legitimariam a prova fortuitamente encontrada, desde que não haja má-fé no procedimento, como na interceptação insidiosa de familiar ou assessor de autoridade com foro de prerrogativa de função.²³⁸

Reputa-se fundamental a análise do âmbito de licitude das provas no processo penal, dada a substancial relevância do conhecimento construído pela jurisprudência dos Estados Unidos sobre a licitude e recepção das provas no processo. O que soma ao fato de terem sido adotados pelo ordenamento pátrio vários dos institutos consolidados no direito americano.

Apesar das aludidas diferenças entre os sistemas, ambos têm constitucionalmente previstos a todos os cidadãos o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)²³⁹ — a *due process clause* da V e XIV Emendas Constitucionais²⁴⁰ — e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF)²⁴¹ — *presumption of innocence*, cuja

²³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 746-747.

²³⁷ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

²³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 748-749.

²³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

²⁴⁰ UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States.** Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_\(1868\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868))>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

²⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

previsão é considerada implícita na *due process clause*²⁴² anteriormente mencionada.

Essa principiologia deposita um grande peso no conjunto probatório, uma vez que, para haver respeito ao devido processo, a condenação deve originar-se em um caso sólido. O que não significa que se terá absoluta certeza,²⁴³ ou que se descobrirá a verdade real,²⁴⁴ mas sim que haja a demonstração além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*)²⁴⁵ da conduta denunciada. Para tal é necessária a observância de certos limites que objetivam garantir que as provas constantes nos autos sejam pertinentes e estejam em consonância com o ordenamento jurídico, o que é válido tanto para o americano, quanto para o brasileiro. Nossa lei maior assegurou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no artigo 5º, inciso LVI,²⁴⁶ ao passo que, na Constituição dos Estados Unidos identifica-se que a IV e a V Emendas regem a chamada doutrina das provas ilícitas.²⁴⁷

Interessante assinalar que o debate sobre a inadmissibilidade de provas no processo estadunidense iniciou-se pelas provas ilícitas por derivação, com a questão da busca desarrazoada e em desacordo com a previsão legal²⁴⁸ enfrentada no caso *Boyd v. United States*, analisado pela Suprema Corte em 1886.²⁴⁹ Anos mais tarde, 1914, em *Weeks v. United States*, foi novamente discutido o problema da busca desarrazoada, reforçando-se que as autoridades sofrem limitação no exercício do seu poder, uma vez que a prova obtida em busca não autorizada é violadora da IV Emenda e não pode ser usada contra o cidadão.²⁵⁰ Assinalando-se

²⁴² MCALINN, Gerard Paul; ROSEN, Dan; STERN, John P.. *An Introduction to American Law*. Second Ed. Carolina Academic Press: North Carolina-USA. 2010, p. 288. (e-book)

²⁴³ MCALINN, Gerard Paul; ROSEN, Dan; STERN, John P.. *An Introduction to American Law*. Second Ed. Carolina Academic Press: North Carolina-USA. 2010, p. 289. (e-book)

²⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 158. (Destaca-se que "a finalidade do dispositivo do devido processo penal substancial é o julgamento justo e não a verdade fundante".)

²⁴⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 192.

²⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

²⁴⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 121.

²⁴⁸ UNITED STATES SUPREME COURT. **Boyd v. United States, 116 U.S. 616**. 1886. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

²⁴⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 122.

²⁵⁰ UNITED STATES SUPREME COURT. **Weeks v. United States, 232 U.S. 383**. 1914. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>>. Acesso em 18 de junho de 2018.

que, neste julgamento, foi formulado o conceito que deu origem à *exclusionary rule* ou *exclusionary rule of evidence*, a regra de exclusão (de prova), que determina que a produção de prova ilícita não contamina a validade do processo, mas leva à exclusão dessas provas.²⁵¹

O terceiro caso paradigmático quanto à inadmissibilidade de provas ilícitas, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 1920, é apontado como responsável pela consolidação da doutrina dos frutos da árvore envenenada ou *fruit of the poisonous tree*, pela preocupação quanto a não utilização da prova contaminada²⁵². Em tradução livre:

A essência da norma que proíbe a aquisição de prova de determinada maneira é que, não somente a prova assim obtida não poderá ser usada perante a Corte, mas que ela não poderá ser utilizada de maneira alguma. Obviamente isso não significa que os fatos assim obtidos tornam-se sagrados e inacessíveis. Se tomar-se ciência sobre eles por meio de uma fonte independente, eles poderão ser provados como qualquer outros, mas o conhecimento obtido pelo erro do próprio governo não pode ser usado da maneira proposta.²⁵³ (sem grifo no original)

Observa-se que o julgado de 1920 também apresentou o raciocínio fundante das doutrinas de abrandamento da regra de exclusão, que consistem na: doutrina de atenuação, doutrina da fonte independente e doutrina da descoberta inevitável ou da fonte independente hipotética.²⁵⁴

No caso *Nardone v. United States*, analisado pela Suprema Corte em 1939, ponderou-se que as complexidades do caso concreto fazem oposição à generalização da inadmissibilidade das provas, sendo sensata a atenuação capaz de dissipar a contaminação.²⁵⁵ Consequentemente, quando a ilegalidade que teria sido transferida à prova derivada já está atenuada de forma considerável, não se justifica a exclusão dessa prova. Do mesmo modo, quando for possível determinar-

²⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p .123.

²⁵² Ibidem, p .123.

²⁵³ UNITED STATES SUPREME COURT. *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, **251 U.S. 385**. 1920. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>>. Acesso em 18 de junho de 2018.

²⁵⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p .124.

²⁵⁵ UNITED STATES SUPREME COURT. *Nardone v. United States*, **308 U.S. 338**. 1939. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

se que a prova foi obtida através de uma fonte independente daquela com declarada ilegalidade, constituir-se-á como válida.²⁵⁶

Em *Nix v. Williams*, 1984, estabeleceu-se que, caso seja razoavelmente possível verificar que a prova em análise poderia ser, ou inevitavelmente seria obtida por outros meios legais, ela deixa de estar vinculada à prova originária ilícita e deve ser recepcionada pelo processo.²⁵⁷ Trata-se da teoria da descoberta inevitável — ou da fonte independente hipotética.²⁵⁸

Aponta-se que no processo penal, esfera na qual ganha destaque a dicotomia defesa social/direitos de liberdade, torna-se evidente a necessidade de se imporem limites à atividade instrutória, restringindo a extensão da atuação do juiz e das partes.²⁵⁹ A evidente proeminência da pretensão punitiva aliada à arraigada busca pela verdade real têm como base um processo penal com ampla discricionariedade do juiz, no qual a proteção da liberdade individual fica em último plano e cujos fins justificam os meios empregados²⁶⁰ — modelo absolutamente insustentável perante a Constituição.

No campo das vedações à prova, considera-se que "quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida" sendo, por sua vez, ilegal a prova cuja obtenção caracteriza violação de normas legais ou princípios do direito positivo, seja de natureza processual ou material.²⁶¹

Cabe ressaltar que não há, no artigo 157 do Código de Processo Penal²⁶², distinção entre infringência à lei material ou à processual, o que pode gerar ambiguidade. Salienta-se, por sua vez, que o descumprimento da lei processual leva

²⁵⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 124.

²⁵⁷ UNITED STATES SUPREME COURT. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431. 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

²⁵⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 124.

²⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 125.

²⁶¹ Ibidem, p. 126.

²⁶² BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 de maio de 2018.

à nulidade do ato, conforme artigo 573 do CPP.²⁶³ A ineficácia das provas ilícitas advém de sua inadmissibilidade perante a Constituição e também a lei penal, que as tratam como não-atos, não-provas, que as colocam na categoria da inexistência jurídica.²⁶⁴

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações em razão de sua coexistência com outros direitos; do contrário, se existisse um direito irrestrito à prova, qualquer material probatório, mesmo que obtido com a violação de direitos, poderia integrar o processo, o que resultaria num modelo autoritário e cabalmente contrário ao devido processo legal.²⁶⁵

Antes de retomar as noções de abrandamento da ilicitude da prova derivada construídas no processo americano, cumpre indicar que, em nenhum momento a Constituição brasileira apresentou qualquer exceção à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI)²⁶⁶ tornando incabível que o legislador infraconstitucional o faça.²⁶⁷

É objeto de muita discussão o conteúdo introduzido no artigo 157 do CPP pela lei n. 11.960/2008,²⁶⁸ reputando-se relevante explorar suas inconsistências e, inclusive, sua alegada inconstitucionalidade.²⁶⁹ A princípio em consonância com o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição,²⁷⁰ preconiza o *caput* do referido artigo da lei processual penal: "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou

²⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 127.

²⁶⁴ Ibidem, p. 95.

²⁶⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo : o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 425.

²⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

²⁶⁷ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da Inconstitucionalidade Parcial da Lei Nº 11.690/08. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, nº 63, p. 37-56, dez. 2014/jan. 2015. p. 39.

²⁶⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 136; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., 41.

²⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

legais".²⁷¹ Contudo, considera-se problemática a importação da teoria *fruit of the poisonous tree* do direito estadunidense, assim como as doutrinas de atenuação dessas provas ilícitas derivadas;²⁷² o artigo 157, §1º, do CPP²⁷³ atenua a proibição do *caput*, apontando a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas quando não restar evidenciado onexo de causalidade entre elas e quando a sua obtenção puder se dar através de fonte independente.

Como visto anteriormente, foram propostas três doutrinas mitigadoras para a regra de exclusão das provas ilícitas derivadas,²⁷⁴ sendo duas delas identificadas no Código do Processo Penal; a de atenuação do nexo de causalidade e a da descoberta inevitável (ou fonte independente hipotética). Cabe ressaltar que, apesar de constar no artigo 157, §§1º e 2º, do CPP²⁷⁵ a expressão "fonte independente", pela descrição trazida no §2º é incontestável o equívoco do legislador, que tomou uma teoria pela outra²⁷⁶ ou, ao menos, desconsiderou que, ao omitir a palavra "hipotética", estava fazendo referência a teoria diversa.

Para que a prova seja válida, verifica-se, portanto, que não é o abrandamento do nexocausal que deve ser demonstrado, mas sim a completa inexistência de nexo ou vinculação entre as provas em questão, a concreta legitimidade de todo o processo de obtenção daquela prova. De modo que "salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação".²⁷⁷

Em *Nix v. Williams*, o caso paradigma da descoberta inevitável nos Estados Unidos, um ato já estava em execução quando a prova foi obtida por método ilegal, de forma que era plausível a descoberta da prova, ainda que posterior, pelo meio paralelo²⁷⁸ — duzentos voluntários realizavam uma varredura pela cidade em busca de uma criança desaparecida, divididos em zonas de atuação, enquanto a polícia

²⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²⁷² NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., p. 48.

²⁷³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²⁷⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit, p. 124.

²⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²⁷⁶ Conforme: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 136; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., p. 44-45.

²⁷⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 418.

²⁷⁸ Conforme: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 416; ROSA, Alexandre Moraes da. Op. cit., p. 743-744.

obteve através do interrogatório ilegal do acusado (na ausência arquitetada de seu advogado) informações sobre a localização do corpo da vítima, que, no entanto, teria sido localizado posteriormente, com o prosseguimento das buscas nas áreas previamente estabelecidas, como demonstrado no processo.²⁷⁹

Entretanto, cabe ressaltar que esse foi um caso modelo, no qual foi possível demonstrar com segurança a inevitabilidade da descoberta; é necessário ponderar que consiste em raciocínio hipotético a determinação de que aquela prova imbuída de ilicitude inevitavelmente seria descoberta de outra forma, sendo extremamente difícil a sua demonstração na prática, apesar tratar-se de excelente construção teórica.²⁸⁰ Em consequência, tem-se por temerária a previsão do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal,²⁸¹ uma vez que dá abertura para que qualquer prova derivada seja válida pela "demonstração" da possibilidade de obtenção por meios legais, o que esvazia o sentido da garantia constitucional.

Considera-se problemático o veto ao artigo 157, §4º, do CPP, que previa o impedimento do juiz que analisasse a prova declarada inadmissível,²⁸² é ingênuo aspirar que o mero desentranhamento da prova ilícita pode exercer o mesmo efeito que teria o deslocamento do magistrado "contaminado" pelo exame dessa prova, uma vez que não é possível que ele simplesmente elimine o conhecimento da sua própria mente, motivo pelo qual a prova ilícita permanece eficaz no processo, ainda que de forma inconsciente²⁸³.

Cabe apontar que, enquanto não efetivamente demonstrada a licitude da prova derivada, esta deve ser tomada como contaminada pela originária, porque obtida pelos mesmos meios ilícitos e, portanto inadmissível, sendo dever da parte interessada a comprovação da eventual licitude defendida.

São indicadas quatro correntes quanto a validade das provas: a que amplamente admite provas ilícitas, a que propõe a inadmissibilidade absoluta dessas provas, a que pondera a admissibilidade a partir da proporcionalidade e a

²⁷⁹ UNITED STATES SUPREME COURT. **Nix v. Williams**, 467 U.S. 431. 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

²⁸⁰ Segundo: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 417; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 744.

²⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

²⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 133.

²⁸³ De acordo com: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 133; LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 420-422; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 740.

que prevê a admissibilidade *pro reo*.²⁸⁴ Felizmente é minoritário o segmento pela ampla admissibilidade da prova ilícita, que pressupõe a prevalência da norma processual ao direito material.²⁸⁵ Quanto à total inadmissibilidade das provas ilícitas, verifica-se a literal interpretação do artigo 5º, inciso LVI, da CF,²⁸⁶ merecendo destaque a colocação feita pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 80.948-ES, de relatoria do ministro Néri da Silveira:²⁸⁷

Está no art. 5º, LVI da Constituição Federal que "*são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos*". O fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado.²⁸⁸ (sem grifo no original)

Entretanto, é apenas aparente a sintonia entre a absoluta vedação às provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição da República, uma vez que os próprios direitos e regras não têm caráter absoluto; "a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade".²⁸⁹

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade,²⁹⁰ a proibição é atenuada quando, em casos excepcionais e graves, a obtenção e admissão daquela prova for considerada a única forma possível e razoável de protegerem-se outros preceitos fundamentais e evitarem-se resultados flagrantemente injustos.²⁹¹ No entanto, deve-se atentar à utilização manipulada da

²⁸⁴ Segundo: LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 408-413; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., p. 42-43.

²⁸⁵ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., p. 42.

²⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

²⁸⁷ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., p. 42-43.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 80.948-ES**. Rel. Min. Néri da Silveira, j. em: 07.08.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78578>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

²⁸⁹ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 409.

²⁹⁰ Filia-se ao posicionamento de LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 409, sobre não haver distinção nuclear entre esses princípios, discordando, neste ponto, do que apresenta PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Op. cit., p. 96.

²⁹¹ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 410; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., p. 43.

proporcionalidade, empregada de forma a restringir direitos fundamentais do acusado como meio de defesa do "interesse público".²⁹²

A admissibilidade ou proporcionalidade *pro reo* defende que a prova ilícita somente poderia ser admitida e valorada para que o direito de liberdade de um inocente prevalecesse sobre eventual direito restringido na obtenção dessa prova e:

Ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo.²⁹³

Indubitável que "o regime da prova ilícita precisa ser lido a partir da Constituição e não do CPP";²⁹⁴ as doutrinas de exceção da contaminação (atenuação, fonte independente e descoberta inevitável) provêm das decisões dos Tribunais, ou Cortes, dos Estados Unidos, cuja Carta Constitucional não apresenta a exclusão da prova ilícita de forma expressa — o que, no entanto, é previsto na Constituição brasileira (art. 5º, inciso LVI),²⁹⁵ que, reitera-se, admite a prova quando demonstrado que nunca esteve "contaminada" por ilicitude e não que simplesmente tenha enfraquecido o seu vínculo com a prova originária.

3.2. Requisitos e manipulação da conexão

Sepúlveda Pertence, no HC 69.912/RS, ao tratar da ilegalidade da prova no processo penal, aponta a vedação constitucional do artigo 5º, LVI e afirma que, nesse ponto "legem habemus: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico".²⁹⁶ O ministro ainda pondera que:

²⁹² Segundo LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 410; e jurisprudência por ele citada: STF. **Habeas Corpus : HC 80.949**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Dj: 14.12.2001, "impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade"; STF. **Habeas Corpus 79.512**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj: 16.05.2003, "foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução penal — pelos valores fundamentais, da dignidade da pessoa humana, aos quais serve de salvaguarda a proscricção da prova ilícita".

²⁹³ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 412.

²⁹⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. cit., p. 741.

²⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

²⁹⁶ STF. **Habeas Corpus : HC 69.912-0 RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em: 30.06.93. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 30 de maio de 2018. (O pedido de *habeas corpus* foi indeferido por maioria de votos.

33. Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do "*fruit of the poisonous tree*" é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

34. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria "degravação" das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

[...]

37. Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas — frutos da operação ilícita inicial — sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

38. Desse modo, não vejo, sem infidelidade aos princípios, como fugir da nulidade radical do procedimento²⁹⁷.

Ressalta-se que, em decorrência da participação de ministro impedido no julgamento de meados de 1993, o HC 69.912/RS foi submetido à nova análise, ocasião em que o ministro Sepúlveda Pertence ratificou o seu voto. Houve o deferimento da ordem no novo julgamento.²⁹⁸

Verifica-se o mesmo entendimento, mais de uma década depois, no Recurso em *Habeas Corpus* 90.376/RJ, de relatoria do ministro Celso de Mello, conforme trecho da ementa reproduzido a seguir:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo [...] A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser

Acompanharam o relator, votando pelo deferimento, os ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello. No entanto, foi concedida a ordem em nova análise em 16.12.93.)
²⁹⁷ STF. **Habeas Corpus : HC 69.912-0 RS.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em: 30.06.93. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 30 de maio de 2018. (O pedido de *habeas corpus* foi indeferido por maioria de votos. Acompanharam o relator, votando pelo deferimento, os ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello. No entanto, foi concedida a ordem em nova análise em 16.12.93.)
²⁹⁸ STF. **Habeas Corpus : HC 69.912-0 RS.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em: 16.12.93. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80349>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.²⁹⁹

No entanto, identifica-se que, apesar de o Supremo Tribunal ter aplicado de início requisitos mais rígidos na análise da validade da prova obtida em encontro fortuito, parâmetros como o da conexão foram sendo suprimidos e passou-se a aceitar ampla gama probatória, como será analisado a seguir.

O encontro fortuito também é conhecido por desvio causal da prova ou conhecimento fortuito e guarda relação com o princípio da serendipidade, que já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁰⁰ A expressão "serendipidade" origina-se "da lenda oriental sobre os três príncipes de Serendip, que eram viajantes e, ao longo do caminho, fizeram descobertas sem ligação com o objetivo original".³⁰¹

A serendipidade (ou encontro fortuito de provas) pode ser classificada como de primeiro ou de segundo grau. O fator primordial para a sua distinção é a existência de conexão ou continência, isto é, quando a prova obtida guardar relação com o objeto inicial da investigação ou com pessoa envolvida, trata-se de serendipidade de primeiro grau. Em contrapartida, será de segundo grau quando não houver esse vínculo e, por essa razão, a prova somente poderá ser utilizada como *notitia criminis*.³⁰²

Trata-se, portanto, de entendimento contrário à lógica da vinculação causal que opera a busca e de apreensão e a interceptação telefônica, o que lamentavelmente não bastou para refrear sua adoção; o STJ utilizou o conceito como base principiológica para justificar a aceitação da prova fortuitamente obtida mesmo nos casos em que não há qualquer vínculo entre os crimes.³⁰³

Esse posicionamento pode ser observado no julgamento do *Habeas Corpus* n. 69.552/PR, relatado pelo ministro Felix Fischer:

²⁹⁹ STF. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 90376 RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 03.04.2007. DJ: 18.05.2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=90376&classe=RHC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

³⁰⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 397.

³⁰¹ Ibidem, p. 398.

³⁰² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 639-640.

³⁰³ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 398.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.

I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.

II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa.

Habeas corpus denegado.³⁰⁴ (sem grifo no original)

Também apresenta-se nesse sentido o acórdão da Ação Penal n. 690/TO, de relatoria do ministro João Otávio de Noronha:

A interceptação telefônica vale não apenas para o crime investigado inicialmente mas também para outros até então não identificados que se relacionem, de alguma forma, com as pessoas que sofrem a interceptação. Nessa hipótese, deve-se iniciar investigação à parte para apurar os fatos novos, exatamente como foi feito [...]

A “serendipidade” não pode ser interpretada como ilegal ou inconstitucional simplesmente porque o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto. Claro que, no caso, deve-se abrir novo procedimento específico, como aconteceu neste episódio, mas não entender como nula *tout court* a prova obtida ao acaso [...]

Não se desconhece a respeitosa doutrina que discorda do aproveitamento fortuito da interceptação telefônica quando os crimes não são conexos ou relativo a pessoas que não eram objeto da escuta [...]

Aqui, opto pela orientação do STJ [...] ou seja, que a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente

³⁰⁴ STJ. **Habeas Corpus : HC 69.552 PR (2006/0241993-5)**. Relator: Felix Fischer. Julgado em: 06.02.2007. Dj: 14.05.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=69552&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal.³⁰⁵ (sem grifo no original)

Como referido nas transcrições acima, há corrente que utiliza o critério da conexão para pautar quais provas originadas de desvio causal poderão ou não ser legalmente aplicadas no processo. Orientando-se pelo artigo 76 do Código de Processo Penal,³⁰⁶ é possível a utilização da prova desde que ela seja referente a um crime conexo ao que motivou a medida cautelar aplicada, uma vez que os crimes conexos são reunidos para julgamento e as provas passam a ser comuns.³⁰⁷

Dificuldade reside na amplitude do conceito "conexão" e os abusos que podem dele decorrer. Não poderia ser mais abrangente a previsão de conexão probatória apresentada pelo artigo 76, inciso III, do CPP: "quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração".³⁰⁸ Por essa razão, a interpretação deve ser restritiva, limitando-se aos casos em que a conexão é evidente, para que a discricionariedade judicial não possibilite a violação das garantias constitucionais do acusado.

A chamada conexão intersubjetiva (art. 76, inciso I, do CPP),³⁰⁹ também é demasiadamente ampla, motivo pelo qual entende-se que somente deve ser admitida em caso de concurso de agentes para a prática de dois ou mais crimes, situação na qual o material probatório originalmente dirigido a um dos réus poderá servir a todos. Atenta-se que o desvio causal também é válido para a hipótese da contingência (art. 77, inciso I, do CPP).³¹⁰

O respeito à vinculação causal da prova serve para afastar o traço inquisitório e evitar as buscas ou interceptações telefônicas genéricas, que não mantêm vínculo

³⁰⁵ STJ. **Ação Penal : APn 690 TO (2007/0170824-2)**. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 15.04.2015. Dje: 22.05.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067832&num_registro=200701708242&data=20150522&formato=PDF>. Acesso em: 25 de junho de 2018. (Foram opostos Embargos de declaração, com julgamento em 05.08.2015, e interpostos Agravos Regimentais, julgados em 07.03.2018, mas o acórdão da APn 690 TO não foi reformado).

³⁰⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

³⁰⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 399.

³⁰⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

³⁰⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

³¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

algum com a motivação originária; "as regras da conexão podem ser admitidas como forma de relativizar o princípio da especialidade da prova, mas exigem sempre uma leitura restritiva desse conceito, bem como a demonstração da real existência dos elementos que a compõem".³¹¹

Retomando-se o encontro fortuito no âmbito das interceptações telefônicas, verifica-se que já houve a utilização do conceito de "crimes de catálogo" pelo Supremo Tribunal Federal, sendo possível a utilização da prova encontrada na interceptação direcionada a crime diverso desde que preenchidos os requisitos da Lei n. 9.296/96, que regulamenta as interceptações telefônicas³¹² e a determinação da interceptação não tenha sido feita de má-fé, ou seja, já voltada à "pescaria" de outras provas.³¹³

Verifica-se, nesse sentido, o posicionamento do ministro Sepúlveda Pertence, relator do *Habeas Corpus* n. 81.260-1/ES, julgado em 14.11.2001,³¹⁴ replicado no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 761.706/SP, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, julgado em 06.04.2010,³¹⁵ no *Habeas Corpus* n. 100.524/PR, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, julgado em 27.03.2012³¹⁶ e no Inquérito n. 3.732/DF, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, julgado em 08.03.2016.³¹⁷

Destaca-se trecho do acórdão do *Habeas Corpus* n. 81.260-1/ES:

97. Basta observar que é francamente minoritária, entre os tribunais e os doutores, a recusa peremptória da ilicitude da "prova encontrada", parecendo dominante, pelo contrário, a dos que concluem por sua admissibilidade, desde, pelo menos, que o fato desvelado fortuitamente se encontre entre os chamados "*crimes de*

³¹¹ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 400-401.

³¹² BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

³¹³ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. cit., p. 748.

³¹⁴ STF. ***Habeas Corpus* : HC 81.260-1 ES.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 14.11.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78672>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

³¹⁵ STF **Agravo Regimental No Agravo De Instrumento : AI-AgR 761.706 SP.** Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 06.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610496>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

³¹⁶ STF. ***Habeas Corpus* : HC 100.524 PR.** Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 27.03.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2057260>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

³¹⁷ STF. **Inquérito : Inq 3.732 DF.** Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 08.03.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543344>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

catálogo — isto é entre aqueles para a investigação dos quais se permite a interceptação telefônica.³¹⁸

O ministro complementa o voto para indicar que, quanto à competência para o deferimento da interceptação, é relevante que o juiz seja competente no momento em que ordena a interceptação e a eventual decretação de incompetência posterior não tem o condão de invalidar o ato ou que foi por ele obtido,³¹⁹ trata-se da teoria da aparência, que continuou a ser adotada pelos Tribunais Superiores.³²⁰

Acima mencionado em postura razoável quanto à admissibilidade probatória, o ministro Joaquim Barbosa já havia se posicionado pela compatibilidade da prova fortuitamente obtida em interceptação telefônica com a previsão constitucional do art. 5º, incisos XII e LVI,³²¹ mesmo nos casos em que o crime descoberto seja punível com detenção³²² — contrariando a previsão do artigo 2º, inciso III, da lei n. 9.296/96.³²³

Apontam-se algumas decisões que acolheram provas oriundas de encontro fortuito proferidas nos últimos anos pelos Tribunais Superiores: Inq 4130 QO/PR,³²⁴

³¹⁸ STF. **Habeas Corpus : HC 81.260-1 ES.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 14.11.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78672>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

³¹⁹ STF. **Habeas Corpus : HC 81.260-1 ES.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 14.11.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78672>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

³²⁰ Como exemplos, apontam-se os acórdãos: STF. **Agravo Regimental no Habeas Corpus : HC 137.438 AgR SP.** Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 26.05.2017. Dje: 20.06.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060051>>. Acesso em: 30 de maio de 2018; STJ. **Reclamação : Rcl 31.629 PR. (2016/0133488-8) Informativo de jurisprudência n. 612, 25.10.2017.** Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 20.09.2017. Dje: 28.09.2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20170919+e+%40DTDE+%3C%3D+20170921&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

³²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

³²² STF. **Agravo de Instrumento : AI 626.214 MG.** Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 21.09.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615361>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

³²³ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

³²⁴ STF. **Questão de Ordem no inquérito : Inq 4130 QO PR.** Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 23.09.2015. Dje: 03.02.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

HC 128.102/SP,³²⁵ RHC 117.825 AgR/AM,³²⁶ HC 106.152/MS,³²⁷ RHC 135.683/GO,³²⁸ Inq 4183 AgR/DF,³²⁹ HC 137.438 AgR/SP,³³⁰ MS 30.261 AgR/DF³³¹ (STF); HC 187.189/SP,³³² REsp 1.355.432/SP,³³³ HC 144.137/ES,³³⁴ HC 282.096/SP,³³⁵ RHC 39.412/SP,³³⁶ AgRg no REsp 1.174.858/SP,³³⁷ Rcl 31.629/PR,³³⁸ AgRg no AgInt no AREsp 907801/SP³³⁹ (STJ).

- ³²⁵ STF. **Habeas Corpus : HC 128.102 SP.** Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09.12.2015. Dje: 23.06.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11224843>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³²⁶ STF. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus : RHC 117.825 AgR AM.** Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 08.03.2016. Dje: 25.04.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10764332>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³²⁷ STF. **Habeas Corpus : HC 106.152 MS.** Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 29.03.2016. Dje: 24.05.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11017024>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³²⁸ STF. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus : HC 135.683 GO.** Rel. Min. . Julgado em: 25.10.2016. Dje: 03.04.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672473>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³²⁹ STF. **Agravo Regimental no Inquérito : Inq 4183 AgR DF.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 21.03.2017. Dje: 11.04.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12725995>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³³⁰ STF. **Agravo Regimental no Habeas Corpus : HC 137.438 AgR SP.** Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 26.05.2017. Dje: 20.06.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060051>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³³¹ STF. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança : MS 30.361 AgR DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 29.08.2017. Dje: 01.02.2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14269242>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.
- ³³² STJ. **Habeas Corpus : HC 187.189 SP (2010/0185709-1).** Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em: 13.08.2013. Dje: 23.08.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1246168&num_registro=201001857091&data=20130823&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.
- ³³³ STJ. **Recurso Especial : REsp 1.355.432 SP. (2012/0248810-3) Informativo de jurisprudência n. 546, 24.09.2014.** Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 21.08.2014. Dje: 04.09.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=1355432&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.
- ³³⁴ STJ. **Habeas Corpus : HC 144.137 ES (2009/0152674-0).** Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 15.05.2012. Dje: 31.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.
- ³³⁵ STJ. **Habeas Corpus : HC 282.096 SP. (2013/0376972-4) Informativo de jurisprudência n. 539, 15.05.2014.** Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 24.04.2014. Dje: 06.05.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20140423+e+%40DTDE+%3C%3D+20140425&livre=%28%22SEBASTI%C3O+REIS+J%DANIOR%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

3.3. A utilização da *Fishing Expedition* no ambiente do Big Data e da Tecnologia

Pela redação apresentada, verifica-se que a ressalva contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição,³⁴⁰ abrange tanto os dados quanto as comunicações telefônicas, de forma que, no âmbito penal, havendo consonância com o previsto na Lei n. 9.296/96³⁴¹ e com o amparo de ordem judicial é possível a quebra do sigilo de dados. Mas é preciso que se tenha em mente que, assim o é para outros direitos fundamentais:

O sigilo é a regra e a violação, sua exceção. A lógica que deve presidir a abordagem é a da presunção de inocência, pela qual a legitimidade da intervenção somente se justifica nas hipóteses expressamente previstas (taxatividade) e demonstradas, concretamente, as hipóteses legais.³⁴²

Uma vez que a violação dos direitos fundamentais (incluindo, mas não limitada à *fishing expedition*) é tão comum no âmbito da busca e apreensão, modalidades conduzidas em moldes consideravelmente semelhantes há séculos, é razoável a preocupação quanto a ingerência na esfera dos dados, cuja natureza e

³³⁶ STJ. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus : RHC 39.412 SP. Informativo de jurisprudência n. 557, 5 a 18.03.2015.** Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 03.03.2015. Dje: 17.03.2015. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20150302+e+%40DTDE+%3C%3D+20150304&livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

³³⁷ STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial : AgRg no REsp 1.174.858 SP (2010/0003761-1).** Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz. Julgado em: 10.03.2016. Dje: 17.03.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495477&num_registro=201000037611&data=20160317&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

³³⁸ STJ. **Reclamação : Rcl 31.629 PR. (2016/0133488-8) Informativo de jurisprudência n. 612, 25.10.2017.** Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 20.09.2017. Dje: 28.09.2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20170919+e+%40DTDE+%3C%3D+20170921&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

³³⁹ STJ. **Agravo Regimental no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial : AgRg no AgInt no AREsp 907801 SP. (2016/0109442-8)** Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em: 03.05.2018. Dje: 15.05.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706751&num_registro=201601094428&data=20180515&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

³⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

³⁴¹ BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

³⁴² ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 496.

Aponta-se que o ministro Luis Felipe Salomão do STJ, em palestra no VI Fórum Jurídico de Lisboa sobre os direitos fundamentais e as novas tecnologias, asseverou a necessidade da busca de equilíbrio quanto às mudanças geradas pela tecnologia, sendo devida a salvaguarda dos direitos humanos e a preservação da história.³⁵²

De fato, em razão da extensão da presença da tecnologia na vida das pessoas, com dados sendo captados a todo o tempo, não só pelo que se digita nos aplicativos e sítios da internet, mas também pelo que se fala e o que nos "vê",³⁵³ é necessário haver clara regulamentação da dimensão da invasão legal da intimidade e vida privada, isto é, quais devem ser os limites das autorizações judiciais para captar e analisar dados, para que não se dissemine a prática da *fishing expedition* também no âmbito digital.

A Lei n. 12.965/2014³⁵⁴ prevê a quebra do sigilo de comunicações pela internet, inclusive das comunicações privadas armazenadas, dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, mas encontrou barreira nos dados protegidos por criptografia, cuja reversão somente poderia ser feita a partir do próprio aparelho em que foram gerados.³⁵⁵ Identifica-se no artigo 15 do Decreto n. 8.771/2016³⁵⁶ a tentativa de solucionar esse problema. No entanto, a criação de

³⁵² LEIA palestra de Salomão sobre novas tecnologias e direitos fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/leia-palestra-salomao-lisboa-direito-esquecimento>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

³⁵³ CURRAN, Dylan. *Are your phone camera and microphone spying on you?* **The Guardian**. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/06/phone-camera-microphone-spying>>. Acesso em: 26 de junho de 2018; FOWLER, Geoffrey A.. *Hands off my data! 15 default privacy settings you should change right now.* **The Washington Post**. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/06/01/hands-off-my-data-15-default-privacy-settings-you-should-change-right-now/?noredirect=on&utm_term=.6d0c1b976586>. Acesso em: 26 de junho de 2018; MOYNIHAN, Tim. *Alexa and Google Home record what you say. But what happens to that data?* **Wired**. 2016. Disponível em: <<https://www.wired.com/2016/12/alexa-and-google-record-your-voice/>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

³⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

³⁵⁵ CHACON, Eduarda. Encriptação e acesso judicial. **Migalhas**. 2016. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236262,81042-Encriptacao+e+acesso+judicial>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

³⁵⁶ BRASIL. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. **Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se uma análise acerca dos institutos da busca e da apreensão no processo penal brasileiro abordando, também, os conceitos do direito americano que de alguma maneira foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico. Dentre esses conceitos estão o da *fishing expedition* e da prova fortuitamente obtida, cuja aplicação deficitária pode ser observada na legislação processual, bem como nos precedentes firmados pelos Tribunais pátrios.

Apesar de serem trazidas no título "Da Prova" do Código de Processo Penal, foi possível concluir que a busca e a apreensão podem ser enquadradas como medidas cautelares, sendo, dessa forma, geridas pelos mesmos princípios aplicados às prisões cautelares, quais sejam, jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.³⁵⁹

Buscou-se ressaltar ao longo do trabalho a independência dos institutos da busca e da apreensão e a vitalidade da observância do procedimento adequado, respeitando-se as normas constitucionais e processuais, para que não decorram invalidades quanto às provas eventualmente apreendidas.

A partir da evolução histórica da *fishing expedition* verificou-se grande potencial danoso na incidência dessa modalidade extralegal de busca na persecução penal. É manifesta a violação de garantias fundamentais na realização das pescarias probatórias, cujas características podem ser identificadas nos mandados genéricos ou coletivos. Para arrematar esta ideia, buscou-se identificar nos Tribunais brasileiros a adoção desse instituto na resolução de conflitos no âmbito penal, obtendo-se o diminuto resultado de catorze decisões nos trinta e quatro Tribunais analisados, o que demonstra o quão distante o Judiciário brasileiro está da realidade.

Percebeu-se ao longo do trabalho que houve a importação inadequada de teorias de atenuação da ilegalidade da prova obtida em encontro fortuito, uma vez que o Código de Processo Penal deturpou conceitos demonstrando assim, o despreparo do legislador para adaptar conceitos do direito americano à realidade constitucional brasileira.

³⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p.722.

A jurisprudência passou a acatar a prova oriunda de encontro fortuito de maneira demasiadamente ampla, indo ao encontro do entendimento trazido pela Lei n. 11.690/2008,³⁶⁰ a partir do qual o Código de Processo Penal passou a flexibilizar o acolhimento das provas, envolvendo inclusive teorizações a respeito da validade probatória.

Apresentou-se, por fim, a exploração dos direitos fundamentais no âmbito da tecnologia, apontando-se a importância da devida regulamentação para que não ocorram deliberadas invasões da privacidade dos indivíduos, inclusive com implicações na esfera penal.

Demonstrou-se, ao longo deste trabalho, que, em via de regra, não deve haver a recepção de buscas e apreensões genéricas pelo sistema pátrio, uma vez que invariavelmente ocorre a violação de direitos constitucionalmente assegurados ao indivíduo nessas incursões.

Diante dessas reflexões é alarmante o abismo existente entre jurisprudência e legislação em relação à Constituição da República, de modo que arbitrariedades do cotidiano da persecução penal acabam legitimadas.

³⁶⁰ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Op. cit., 39.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**: volume II. Rio de Janeiro, 1901, p. 33 (acervo de obras raras da Biblioteca do TJSC).

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O mito da impunidade**. 2013. Disponível em: <<https://lediorosa.jusbrasil.com.br/artigos/121941897/o-mito-da-impunidade>>. Acesso em 24 de junho de 2018

BARROS, Flaviane de Magalhães; BARBOSA, Leonardo de Carvalho. A cautelaridade no processo penal democrático e a hiper-racionalidade inquisitória. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 19-32, jan./abr. 2013.

BIG Data Analytics. **IBM**. Disponível em: <<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/big-data-analytics>>. Acesso em 26 de junho de 2018.

BIG data, meet Big Brother: China invents the digital totalitarian state. **The Economist**. 2016. Disponível em: <<https://www.economist.com/briefing/2016/12/17/china-invents-the-digital-totalitarian-state>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

BIG Data : O que é e qual sua importância? **SAS Institute Inc**. Disponível em: <https://www.sas.com/pt_br/insights/big-data/what-is-big-data.html>. Acesso em 26 de junho de 2018

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 8045/2010. **Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 de maio de 2018.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em 10 de maio de 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

_____. 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/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10 de maio de 2018.

FISHING EXPEDITION. **Legal Information Institute**. 2018. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/fishing_expedition>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

FISHING EXPEDITION. **Merriam-Webster.com**. (Legal Definition) 2018. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/fishing%20expedition>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

FOWLER, Geoffrey A.. *Hands off my data! 15 default privacy settings you should change right now*. **The Washington Post**. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/06/01/hands-off-my-data-15-default-privacy-settings-you-should-change-right-now/?noredirect=on&utm_term=.6d0c1b976586>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRUPO de advogados critica ideia de mandados genéricos e sem endereço. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/grupo-advogados-critica-ideia-mandados-busca-genericos>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

JULGADO pelos seus : Lei que autoriza Justiça Militar julgar morte de civil é sancionada. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/lei-autoriza-justica-militar-julgar-morte-civil-sancionada>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

LAMELA, Anxo. Crime que originou “Síndrome de Estocolmo” completa 40 anos. **Exame**. 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/crime-que-originou-sindrome-de-estocolmo-completa-40-anos/>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

LEIA palestra de Salomão sobre novas tecnologias e direitos fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/leia-palestra-salomao-lisboa-direito-esquecimento>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

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

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes 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>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

MANDADO de busca genérico contraria presunção de inocência, diz Celso de Mello. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43 - 55, 2016. Arquivo pdf disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.16>> Acesso em: 8 de junho de 2018.

MARTINS, Rodrigo. No Rio de Janeiro, o maior impasse é a violência ou a regressão social? **Carta Capital**. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/no-rio-de-janeiro-o-maior-impasse-e-a-violencia-ou-a-regressao-social>>. Acesso em 25 de junho de 2018;

MCALINN, Gerard Paul; ROSEN, Dan; STERN, John P.. **An Introduction to American Law**. Second Ed. Carolina Academic Press: North Carolina-USA. 2010, p. 288. (e-book)

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

MICHAELSON, Jon. *California Supreme Court endorses "fishing expedition" discovery under PAGA*. **Lexology**. 2017. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c8190d58-9390-4f68-81f4-f44711263d10>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

MOYNIHAN, Tim. *Alexa and google home record what you say. But what happens to that data?* **Wired**. 2016. Disponível em: <<https://www.wired.com/2016/12/alexa-and-google-record-your-voice/>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

MÜLLER, Ludmila Ângela; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A sociedade, o Estado repressivo e a Síndrome de Estocolmo. **Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-sociedade-o-estado-repressivo-e-a-sindrome-de-estocolmo>>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da Inconstitucionalidade Parcial da Lei Nº 11.690/08. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, nº 63, p. 37-56, dez. 2014/jan. 2015.

NITAHARA, Akemi. Brasil ultrapassa a marca de 62 mil homicídios por ano. **Portal EBC**. 2018. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos->

humanos/noticia/2018-06/brasil-ultrapassa-marca-de-62-mil-homicidios-por-ano>. Acesso em 25 de junho de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Guide To Criminal Prosecutions In The United States: An introduction to practice and procedure*. **Information Exchange Network for Mutual Assistance in Criminal Matters and Extradition**. 2007. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html#_ftn11>. Acesso em 19 de junho de 2018.

PITA, Marina. Protejam a criptografia do WhatsApp, inclusive dele mesmo. **Carta Capital**. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/protejam-a-criptografia-do-whatsapp-inclusive-dele-mesmo>>. Acesso em: 26 de junho de 2018

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

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

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006

RESTORING Internet Freedom Order. **Federal Communications Commission**. 2018. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

RODAS, Sérgio. Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>> Acesso em: 24 de junho de 2018

_____. Licença para matar : Exército pede "carta branca" na intervenção, mas lei já resguarda militar. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/exercito-carta-branca-intervencao-lei-resguarda-militar>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Rodrigo Medeiros da. Aspectos Relevantes Acerca da Intervenção Federal no Rio de Janeiro. **Empório do Direito**. 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/aspectos-relevantes-acerca-da-intervencao-federal-no-rio-de-janeiro>> Acesso em: 24 de junho de 2018. "Não se pode buscar a solução para o problema da segurança pública do Rio de Janeiro por meio do uso exclusivo da força militar."

STF. **Agravo Regimental no Habeas Corpus : HC 137.438 AgR SP.** Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 26.05.2017. Dje: 20.06.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060051>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Agravo Regimental no Inquérito : Inq 4183 AgR DF.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 21.03.2017. Dje: 11.04.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12725995>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança : MS 30.361 AgR DF.** Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 29.08.2017. Dje: 01.02.2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14269242>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus : RHC 117.825 AgR AM.** Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 08.03.2016. Dje: 25.04.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10764332>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Habeas Corpus n. 81305-GO.** Relator: Min. Ilmar Galvão, j. em: 13.11.2001. DJe: 22.02.2002. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=22/02/2002&incidente=1968004&codCapitulo=5&numMateria=4&codMateria=2>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus 94641-BA.** Relatora: Min. Ellen Gracie, j. em: 11.11.2008. Dje: n. 43, 06.03.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 106.152 MS.** Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 29.03.2016. Dje: 24.05.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11017024>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 128.102 SP.** Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09.12.2015. Dje: 23.06.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11224843>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Recurso Extraordinário n. 603616-RO.** Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05.11.2015. Dje: 10.05.2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus : HC 135.683 GO.** Rel. Min. . Julgado em: 25.10.2016. Dje: 03.04.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672473>>.

Acesso em: 30 de maio de 2018.

_____. **Questão de Ordem no inquérito : Inq 4130 QO PR.** Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 23.09.2015. Dje: 03.02.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

STJ. **Habeas Corpus : HC 187.189 SP (2010/0185709-1).** Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em: 13.08.2013. Dje: 23.08.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1246168&num_registro=201001857091&data=20130823&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Recurso Especial : REsp 1.355.432 SP. (2012/0248810-3) Informativo de jurisprudência n. 546, 24.09.2014.** Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 21.08.2014. Dje: 04.09.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=1355432&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 144137 ES (2009/0152674-0).** Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 15.05.2012. Dje: 31.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 282.096 SP. (2013/0376972-4) Informativo de jurisprudência n. 539, 15.05.2014.** Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 24.04.2014. Dje: 06.05.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20140423+e+%40DTDE+%3C%3D+20140425&livre=%28%22SEBASTI%C3O+REIS+J%DANIOR%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus : RHC 39.412 SP. Informativo de jurisprudência n. 557, 5 a 18.03.2015.** Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 03.03.2015. Dje: 17.03.2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20150302+e+%40DTDE+%3C%3D+20150304&livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial : AgRg no REsp 1.174.858 SP (2010/0003761-1).** Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 10.03.2016. Dje: 17.03.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495477&num_registro=201000037611&data=20160317&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Reclamação : Rcl 31.629 PR. (2016/0133488-8) Informativo de**

jurisprudência n. 612, 25.10.2017. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 20.09.2017. Dje: 28.09.2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20170919+e+%40DTDE+%3C%3D+20170921&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Agravo Regimental no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial : AgRg no AgInt no AREsp 907801 SP. (2016/0109442-8)** Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em: 03.05.2018. Dje: 15.05.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706751&num_registro=201601094428&data=20180515&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 187.189 SP (2010/0185709-1).** Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em: 13.08.2013. Dje: 23.08.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1246168&num_registro=201001857091&data=20130823&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Recurso Especial : REsp 1.355.432 SP. (2012/0248810-3) Informativo de jurisprudência n. 546, 24.09.2014.** Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 21.08.2014. Dje: 04.09.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=1355432&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 144137 ES (2009/0152674-0).** Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 15.05.2012. Dje: 31.08.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1143868&num_registro=200901526740&data=20120831&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 282.096 SP. (2013/0376972-4) Informativo de jurisprudência n. 539, 15.05.2014.** Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 24.04.2014. Dje: 06.05.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20140423+e+%40DTDE+%3C%3D+20140425&livre=%28%22SEBASTI%C3O+REIS+J%DANIOR%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus : RHC 39.412 SP. Informativo de jurisprudência n. 557, 5 a 18.03.2015.** Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 03.03.2015. Dje: 17.03.2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20150302+e+%40DTDE+%3C%3D+20150304&livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Habeas Corpus : HC 137.828 RS.** Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 14.12.2016. Dje: 16.12.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000311556&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Concedida a ordem de habeas corpus para cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento do seu mérito).

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial : AgRg no REsp 1.174.858 SP (2010/0003761-1).** Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 10.03.2016. Dje: 17.03.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495477&num_registro=201000037611&data=20160317&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Reclamação : Rcl 31.629 PR. (2016/0133488-8) Informativo de jurisprudência n. 612, 25.10.2017.** Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 20.09.2017. Dje: 28.09.2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20170919+e+%40DTDE+%3C%3D+20170921&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

_____. **Agravo Regimental no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial : AgRg no AgInt no AREsp 907801 SP. (2016/0109442-8)** Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em: 03.05.2018. Dje: 15.05.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706751&num_registro=201601094428&data=20180515&formato=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

STJ. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 066126 PR (2015/0306808-3).** Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 11.09.2017. Publicado em: 15.09.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76367452&num_registro=201503068083&data=20170915>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Recurso julgado prejudicado pela superveniência de sentença condenatória)

_____. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 066126 PR (2015/0306808-3).** Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em: 01.03.2016. Publicado em: 07.03.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58214967&num_registro=201503068083&data=20160307>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Suscitado conflito de competência)

_____. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 066126 PR. (2015/0306808-3)** Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em: 02.12.2015. Publicado em: 10.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=55544600&num_registro=201503068083&data=20151210>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Indeferimento do pedido de liminar)

_____. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 72.065 RS. (2016/0154886-7)** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 18.08.2016. Publicado em: 23.08.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=64262742&num_registro=201601548867&data=20160823>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

_____. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 72.065 RS. (2016/0154886-7)** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 01.06.2016. Publicado em: 06.06.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61726237&num_registro=201601548867&data=20160606>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

_____. **Recurso em Habeas Corpus : RHC 096585 PR (2018/0074092-0)**. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 04.04.2018. Publicado em: 09.04.2018 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82034309&num_registro=201800740920&data=20180409>. Acesso em: 26 de junho de 2018. (Indeferimento do pedido de liminar)

SUPREME COURT OF TEXAS. **Loftin v. Martin 776 S.W.2.d.** 1898. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1989/c-7698.html>>. Acesso em: 19 de junho de 2018

SUPREME COURT OF CALIFORNIA. **Williams v. Superior Court of Los Angeles County.** 2017. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2017/s227228.html>>. Acesso em: 19 de junho de 2018

TARDELLI, Brenno. Mandado de busca e de prisão coletivos são a vitória da barbárie, apontam juristas. **Justificando.** 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/20/mandado-de-busca-e-de-prisao-coletivos-sao-vitoria-da-barbarie-apontam-juristas/>>. Acesso em: 14 de junho de 2018

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

THE WHITE HOUSE. **The Constitution.** Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/the-constitution/>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

TJPR. **Habeas Corpus : HC 1.499.834-8 (Curitiba).** Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida. Julgado em: 10.03.2016. Dj: 29.03.2016. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar#integra_12117111>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

TJSP. **Agravo de Instrumento : AI 2114124-06.2016.8.26.0000 (São Paulo).** Rel. Des. Coelho Mendes. Julgado em: 22.11.2016. Publicado em: 28.11.2016.

Disponível em:
<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10014371&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_9a23ebf2a7ca4b0b9cd21713a02e1552&viCaptcha=sfx&novoVICaptcha=>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

TJSP. **Apelação : ACr 0038697-62.2008.8.26.0050 (990.09.113616-6)**. Rel. Des. Paulo Rossi. Julgado em: 09.09.2009 Registrado em: 07.11.2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4156361&cdForo=0>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

TJSP. **Habeas Corpus : HC 0073182-68.2013.8.26.0000**. Rel. Des. Alberto Leme Cavaleiro. Julgado em: 16.07.2013. Publicado em: 13.08.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6924983&cdForo=0>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

TRF4. **Habeas Corpus : HC 5001417-21.2018.4.04.0000**. Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em: 21.02.2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF414588318>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

TRF4. **Petição : Pet 0001022-85.2016.4.04.0000**. Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz. Julgado em: 20/04/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF412873624>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

TRF5. **APELREEX Nº 11261 PB (2001.82.01.001779-5)**. Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Convocado). Julgado em: 29.07.2010. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/data/2010/08/200182010017795_20100805_3555320.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

UNITED STATES COURTS. **Comparing Federal & State Courts**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts>>. Acesso em 19 de junho de 2018.

UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_\(1868\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868))>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Hickman v. Taylor. U.S. 495**. 1947. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/495/case.html>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Dahda v. United States**, 584 U.S. 2018. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/17-43/>>. Acesso em: 21 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Boyd v. United States, 116 U.S. 616**. 1886. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Weeks v. United States**, 232 U.S. 383. 1914. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>>. Acesso em 18 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Silverthorne Lumber Co. v. United States**, 251 U.S. 385. 1920. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>>. Acesso em 18 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Nardone v. United States**, 308 U.S. 338. 1939. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Nix v. Williams**, 467 U.S. 431. 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

WHAT is personal data? **European Comission**. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

2018 reform of EU data protection rules. **European Comission**. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/priorities/justice-and-fundamental-rights/data-protection/2018-reform-eu-data-protection-rules_en>. Acesso em: 26 de junho de 2018.