



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

A FISHING EXPEDITION NAS AÇÕES POLICIAIS:
OS PREJUÍZOS DA AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA O PROCESSO
PENAL

ORIENTANDA: GEOVANA GABRIELA PAIVA VIEIRA
ORIENTADORA: PROFA. MESTRE ISABEL DUARTE VALVERDE

GOIÂNIA-GO
2024

GEOVANA GABRIELA PAIVA VIEIRA

A FISHING EXPEDITION NAS AÇÕES POLICIAIS

OS PREJUÍZOS DA AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA O PROCESSO

PENAL

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Profa. Orientadora: Mestre Isabel Duarte Valverde.

GOIÂNIA-GO
2024

GEOVANA GABRIELA PAIVA VIEIRA

A FISHING EXPEDITION NAS AÇÕES POLICIAIS

OS PREJUÍZOS DA AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA O PROCESSO

PENAL

Data da Defesa: 15 de maio de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Mestre Isabel Duarte Valverde Nota

Examinadora Convidada: Profa: Mestre Eliane Nunes Nota

Este trabalho dedico a meus pais Edilene Paiva e Jair Vi-
eira, pois me apoiaram incondicionalmente em todos os
meus projetos e sonhos.

Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade de estar concluindo esta graduação, à instituição de ensino que me proporcionou muito conhecimento, aos meus colegas de turma que fizeram a graduação se tornar mais leve e agradável, aos meus pais e à minha irmã Izabel Paiva Vieira por todo o incentivo e amor.

RESUMO

A *fishing expedition* – traduzida como pesca probatória – diz respeito à busca indiscriminada por provas com o objetivo de incriminar um indivíduo, contudo, na investigação não há objetivo definido. Contudo, tal agir não é admitido no arcabouço jurídico brasileiro, visto que para a procedibilidade de investigações no Brasil é necessário um fim específico e que todas as provas que compõem o processo penal sejam colhidas de forma legal. O objetivo desse trabalho é demonstrar que o impacto da colheita de elementos de convicção nas ações policiais nem sempre estão paltadas na legalidade, como é o caso das buscas pessoais e domiciliares sem a fundada suspeita, comumente empreendidas pelas forças de polícia. Propôs-se também demonstrar as controvérsias acerca do consentimento do morador para a entrada dos agentes policiais em seu domicílio, sendo inclusive uma discussão travada recentemente no Supremo Tribunal Federal. Por fim, sob a ótica das nulidades processuais geradas por essas ações ilegais, visou-se esclarecer os prejuízos gerados à sociedade ao próprio réu, que sofre o penoso processo penal para que ao final seja absolvido por arbitrariedades cometidas ainda antes do início do percurso processual.

Palavras-chave: *Fishing expedition*. Busca pessoal. Violação domiciliar. Consentimento do morador. Nulidades processuais.

ABSTRACT

The Fishing Expedition in police actions

The damages caused by the lack of well-grounded suspicions in the criminal process

A fishing expedition – translated as "pesca probatória" in Portuguese – refers to the indiscriminate search for evidence with the aim of incriminating an individual, however, in the investigation there is no defined objective. However, such conduct is not admitted in the Brazilian legal framework, since for the feasibility of investigations in Brazil, a specific purpose is necessary and all evidence that comprises the criminal process must be legally obtained. The purpose of this work is to demonstrate that the impact of gathering evidence in police actions is not always based on legality, as is the case with personal and home searches without reasonable suspicion, commonly undertaken by law enforcement agencies. It is also proposed to demonstrate the controversies surrounding the consent of the resident for the entry of police agents into their home, including a discussion recently held in the Supreme Federal Court. Finally, from the perspective of procedural nullities generated by these illegal actions, the aim is to clarify the damages caused to society and to the defendant himself, who undergoes the arduous criminal process only to be acquitted due to abuses committed even before the start of the procedural journey.

Keywords: *Fishing expedition. Personal search. Home invasion. Resident's consent. Procedural nullities.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag: Agravo

AgRg: Agravo regimental

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

HC: Habeas Corpus

RE: Recurso extraordinário

REsp: Recurso especial

RHC: Recurso em Habeas Corpus

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 PROVAS E NULIDADES NO PROCESSO PENAL.....	12
1.1 CONCEITO DE PROVA E DE NULIDADE NO PROCESSO PENAL.....	12
1.2 TIPOS DE PROVAS.....	13
1.3 NULIDADES PROCESSUAIS.....	15
2 FISHING EXPEDITION – A PESCA PROBATÓRIA NA INVESTIGAÇÃO.....	17
2.1 ORIGEM E CONCEITO.....	17
2.2 O INSTITUTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	20
2.3 A RECEPÇÃO PELA DOCTRINA E PELOS TRIBUNAIS.....	21
3 AÇÕES POLICIAIS, ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E HIPÓTESES DE (IN)VALIDADE.....	25
3.1 COMPETÊNCIA E FUNÇÃO DA POLÍCIA.....	24
3.2 FUNDADA SUSPEITA.....	27
3.3 BUSCA PESSOAL.....	30
3.4 BUSCA DOMICILIAR E O CONSENTIMENTO DO MORADOR – TEMA 1208 DO STF.....	32
3.5 PREJUÍZOS CAUSADOS PELO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PELA AÇÃO POLICIAL.....	37
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa abordou o tema “nulidades processuais”, em especial no que diz respeito à *Fishing Expedition* nas ações policiais bem como os prejuízos da ausência de fundadas razões ao processo penal.

As polícias têm a função de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, entretanto, atualmente vê-se muitos casos em que a ausência de legalidade das ações policiais causa nulidades processuais.

Nesse sentido, foi oportuno questionar a atuação os agentes públicos da segurança pública no empreendimento de buscas pessoais e domiciliares desprovidas de fundadas suspeitas, visto que a execução de tais pescas probatórias suprime diversos direitos fundamentais e individuais, preservados pela Constituição Brasileira.

Este tema é importante na medida em que apresenta a polêmica existente no colhimento de provas revestidas de nulidade, provenientes de ações arbitrárias, e trazidas ao processo penal, contaminando toda a ação criminal, causando grandes prejuízos ao processo penal, ao Poder Judiciário e à população de um modo geral.

A Constituição Federal aborda o tema a partir da análise da consolidação do direito da intimidade (art. 5º, X), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e do princípio da proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI). A legislação pátria taxativamente determina que as diligências policiais, como busca pessoal ou veicular, ou violação domiciliar devem estar amparadas em fundadas razões para que sejam válidas e dentro da legalidade.

Historicamente, o tema a ser abordado gera debates desde a Idade Média na Inglaterra. Naquele tempo, não havia muitos direitos previstos para a defesa dos acusados, contudo essa realidade mudou quando as cortes de *common law* passaram por mudanças significativas no final do século XVIII e início do XIX, admitindo a presunção de inocência, dúvida razoável e aprimoramento das regras de exclusão probatória e rejeitando a prática das *fishing expeditions*, a fim de resguardar práticas arbitrárias nos procedimentos penais. E atualmente, a repressão a este tipo de investigação continua, tanto no Brasil quanto no exterior.

A doutrina dominante entende a prática destas expedições é ilegal, trazendo gravames desnecessários, uma vez que as vítimas são investigadas e têm as suas intimidades invadidas de forma desarrazoada. Além de suprimir direitos e

garantias previstas na Constituição Federal brasileira, como a inviolabilidade do domicílio e outros.

Por sua vez, a jurisprudência atual segue na linha de que quando a nulidade é demonstrada de forma concreta, sendo comprovada a arbitrariedade da polícia, a absolvição é a medida que se impõe. Contudo, o Ministério Público se mostra irresignado, pois acredita que a discricionariedade da polícia acerca do que é fundadas suspeitas foi dada pelo legislador originário, quando não definiu o seu conceito em lei, não devendo então, o poder judiciário defini-lo.

A polêmica central, portanto, reside no argumento de que como não há definição legal para o conceito de fundadas suspeitas, ficando de livre entendimento e interpretação do policial e, logo após, do juiz, não havendo segurança jurídica, e ainda, na dimensão dos prejuízos processuais e sociais acerca de nulidades evidentes no trabalho da polícia, causando uma sensação de impunidade e satisfação da atividade criminosa com a execução das *fishing expeditions*.

Este trabalho está devidamente inserido na linha de pesquisa determinada pela PUC-Goiás, a saber: Estado, Relações Sociais e Transformações Constitucionais, considerando que aborda a temática referente a projeção dos direitos fundamentais e estudo sobre o direito penal e processual penal e à criminalidade.

Os objetivos com a pesquisa eram, primeiramente, analisar os impactos das *fishing expeditions* no processo penal e seus eventuais prejuízos, além da apresentação de seu histórico e surgimento no âmbito nacional e internacional, a análise das atividades policiais à luz da legalidade da violação à intimidade e ao domicílio, verificar o que a doutrina e jurisprudência tem entendido acerca da fundada suspeita, uma vez que não há conceito legalmente previsto e, por fim, demonstrar as diferentes hipóteses de legitimação da violação domiciliar e da busca pessoal na esfera judiciária.

A problemática se encontrava na ausência de definição legal da fundada suspeita, prevista inicialmente no art. 240 do Código de Processo Penal, em como as decisões acerca da temática *fishing expedition* tem influenciado nas decisões dos tribunais brasileiros, quais os impactos do reconhecimento das nulidades provenientes da ação policial ilegal, e, quais os efeitos jurídicos e morais para o absolvido por essa espécie de nulidade.

Nessa perspectiva, as hipóteses levantadas foram a necessidade dos tribunais brasileiros definirem o conceito de fundadas suspeitas, visto que o poder legislativo se mantém inerte, a necessidade de se recorrer às decisões internacionais para solucionar problemáticas brasileiras, pois se trata de um instituto muito utilizado principalmente nos Estados Unidos, e, por fim, a possível geração de medo e sensação de impunidade da população, além de gastos inúteis do Poder Judiciário, ao passo que um suposto delinquente não terá punição por ação ilegal por parte da polícia.

A metodologia utilizada foi, principalmente a pesquisa bibliográfica, na legislação, bem como a jurisprudência. Também se foram obtidas informações em julgados internacionais, textos acadêmicos com base doutrinária publicados na internet. E ainda, foi criada uma estatística a partir da pesquisa jurisprudencial em todos os Tribunais brasileiros, para obter um diminuto acerca do julgamento da temática proposta.

Acerca da estrutura do trabalho, foram elaboradas três seções, são elas:

Na primeira seção, foi-se abordado o conceito de provas e nulidades no processo, além dos tipos de provas e de nulidades.

Na segunda seção, tratou-se da origem e do conceito de *fishing expedition*, feita uma análise deste instituto à luz da Constituição Federal e em que estado se encontra a recepção da pesca probatória pela doutrina e pelos tribunais brasileiros.

Por fim, a terceira seção, foi realizada uma análise da competência e função da polícia, o conceito e aplicabilidade jurídica da fundada suspeita, explanação a respeito da busca pessoal, e da busca domiciliar, tendo em vista o Tema 1208 do STF, que trata a respeito do consentimento do morador, e ainda, os prejuízos causados pelo reconhecimento da nulidade da ação policial.

1 PROVAS E NULIDADES NO PROCESSO PENAL

1.1 CONCEITO DE PROVA E DE NULIDADE NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, é fundamental conhecer o conceito de provas para compreender a sua utilização e suas diversas formas no sistema processual penal pátrio, bem como entender a existência das nulidades no processo penal.

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 655) conceitua prova como “em sentido amplo, *provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real.” Destaca ainda que a palavra prova tem origem do latim (“*probatio e probus*”), que “traduz as ideias de verificação, inspeção, aprovação ou confirmação”.

Segundo escreve Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 684), o termo prova pode significar, objetivamente, o “ato” ou o “meio” de demonstrar a verdade sobre determinado fato e, subjetivamente, é entendido como o “resultado da ação da prova”.

Isto é, se trata do meio legal de esclarecer ao magistrado a veracidade suposições ou versões apresentadas sobre um fato narrado, trazendo ao processo, elementos demonstráveis acerca da realidade fática para uma determinada finalidade.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior (2020, p. 556) ensina que a prova é um meio de reconstituição de um fato histórico juridicamente relevante, de modo a propiciar a “atividade recognoscitiva” do juiz, ou seja, a formação de seu convencimento, a ser oportunamente manifestado em decisão devidamente fundamentada, evidenciando-se, dessa forma, a função persuasiva da prova.

Outrossim, importa consignar que as provas dentro do processo penal podem ser afetadas por algum tipo de vício ou por algum motivo estarem em desconformidade com a legislação pátria, surgindo assim o termo “nulidade”, que apesar de ter sido mencionado no Código de Processo Penal é conceituado doutrinariamente.

Acerca desse tema, Norberto Avena (2023, p. 1955) destaca que

no tocante à definição da nulidade processual (*lato sensu*), a doutrina nacional diverge. Para Fernando Capez, por exemplo, a nulidade conceitua-se como um vício processual decorrente da inobservância de exigências legais, sendo capaz de invalidar o processo no todo ou em parte. Por sua vez, José Frederico Marques refere-se à nulidade como uma “sanção que, no processo penal, atinge a instância ou o ato processual que não estejam de acordo com

as condições de validade impostas pelo Direito objetivo”. Já Mirabete adota posição eclética, aduzindo que a nulidade é, sob um aspecto, vício, e, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância das exigências legais ou como uma falha ou imperfeição que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo.

E ainda, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1688), que nulidade é “compreendida como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, do que deriva a inaptidão para a produção de seus efeitos regulares”. Isso quer dizer que, todos os atos processuais obrigatoriamente precisam estar perfeitamente adequados ao disposto no ordenamento jurídico brasileiro, pois, se conter qualquer tipo de irregularidade, imperfeição ou desvio, será considerado inválido.

Assim, estando a prova contaminada pela ilegalidade deve ser reconhecida como “nula”, uma vez que contraria as normas penais brasileiras.

1.2 TIPOS DE PROVAS

Levando em consideração que as provas são a forma que de orientar o juiz na busca da verdade real da situação fática, o Código de Processo Penal elenca quais os tipos de provas que podem instruir o processo e disciplina a forma de sua produção no procedimento penal.

São as seguintes provas que pertencem ao rol trazido pelo Código de Processo Penal:

1. Perícias em geral, previstas nos arts. 158 a 184;
2. Interrogatório do acusado, regulado nos arts. 185 a 196;
3. Confissão, tratada nos arts. 197 a 200;
4. Declarações do ofendido, disposto no art. 201;
5. Testemunhas, constantes nos arts. 202 a 225;
6. Reconhecimento de pessoas e coisas, regulado nos arts. 226 a 228;
7. Acareação, destacada nos arts. 229 e 230;
8. Documentos, referidos nos arts. 231 a 238;
9. Indícios, tratado no art. 239, e
10. Busca e apreensão, regulamentada nos arts. 240 a 250.

É importante mencionar que Norberto Avena (2023, p. 870) esclarece que:

Na atualidade, é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existente no Código de Processo Penal **não é taxativa**, podendo ser aceitos **meios de prova atípicos ou inominados**, vale dizer, sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal.

Nesse sentido, ainda que haja liberdade para a produção de provas que o magistrado considerar pertinente para a busca da verdade real fática, é necessário fundamentar a decisão para produção de tais provas, respeitando o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal:

Art. 93

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Conquanto as possibilidades infindáveis de meios probatórios, para este trabalho alguns tipos de provas foram selecionados pois são de extrema relevância ao tema tratado, são elas: indícios e busca e apreensão, em específico a fundada suspeita.

Os indícios estão consignados no art. 239 do CPP, que determina: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Segundo ensina Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 662) no artigo supra-mencionado este meio de prova deve ser compreendido como prova indireta, ou seja, “a palavra *indício* deve ser compreendida como uma das espécies do gênero prova, ao lado da prova direta, funcionando como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial.” Ou seja, sai-se de um fato base comprovado e, “*chega-se, por meio de um raciocínio dedutivo, a um fato consequência que se quer provar*”.

Nesse sentido, orienta Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*apud* Renato Brasileiro de Lima, p. 662), “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”.

Em resumo, pode-se concluir que indício é um fato que permite, mediante inferência, concluir que outro fato, decorrente deste, ocorreu pelas circunstâncias outrora demonstradas, ou seja, é um resultado probatório de outro meio de prova.

Outrossim, quanto à fundada suspeita, que está inserida no Capítulo XI, que trata da busca e apreensão, no art. 240, §2º, e art. 244, ambos do CPP. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 666),

interpretando-se os referidos dispositivos, depreende-se que não basta uma simples convicção subjetiva para que se proceda à busca pessoal em alguém. Para além disso, é necessário que haja algum dado objetivo que possa ampará-la.

A legislação pátria, apesar de implantar a fundada suspeita como um dos requisitos exigidos para obtenção de provas por meio da busca, seja pessoal ou domiciliar, não a conceituou. Da mesma forma se manteve inerte a doutrina e a jurisprudência.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgado do HC 81.305/GO, concluiu que “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”.

Instrui Norberto Avena (2023, p. 873) que este tipo probatório está incluso na classificação de prova não plena, que significa que são “inseridas na condição de provas circunstanciais, podem reforçar a convicção do magistrado quanto a determinado fato, não podendo, porém, ser consideradas como o fundamento principal do ato decisório”.

Desse modo, é possível afirmar que, apesar das provas elencadas acima, quais sejam, os indícios e a fundada suspeita, serem provas indiretas ou não plenas, como classifica a doutrina, são de suma importância quando se fala em pesca probatória, pois, elas são as maiores e principais autorizadas para a busca pessoal e domiciliar, entretanto, são de difícil comprovação, ensejando assim, as nulidades que serão posteriormente apresentadas.

1.3 NULIDADES PROCESSUAIS

Considerando que o termo nulidade processual pode ser entendido como um “vício” ou “defeito” em um ou mais atos dentro do processo penal, ao tratar desse tema, Norberto Avena (2023, p. 1955 e 1956) destaca que existem duas formas de classificar as nulidades processuais, são elas:

- *Nulidade absoluta*: O ato existe, porém nunca será válido e eficaz.
- *Nulidade relativa*: O ato existe, não é válido nem eficaz. Contudo, poderá ser válido e produzir efeitos caso venha a ser sanado ou convalidado.

No que se diz respeito à nulidade absoluta, o ato até existe no mundo jurídico, entretanto, não pode ser convalidado e não estão sujeitas à preclusão, tendo em vista a ausência de requisitos de validade, ou seja, a inobservância da forma típica e indispensável para a eficácia.

Nesse sentido, “*a nulidade absoluta pode ser arguida a qualquer momento, pelo menos enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão*” (LIMA, 2020).

Quanto à nulidade relativa, o ato processual tem algum vício sanável, ou seja, pode ser passar a possuir validade quando cumprir os requisitos legais.

Sobre esse tema, diferentemente das nulidades absolutas, o reconhecimento da nulidade relativa é condicionado à comprovação de prejuízo, além da arguição ser no momento oportuno, conforme destaca o artigo 571 do Código de Processo Penal, caso contrário, está sujeita a preclusão, uma vez que não observou a forma de alegação prescrita em lei.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1693), haverá nulidade relativa nas seguintes hipóteses:

1. Nas situações previstas no art. 564 do CPP que puderem ser sanadas ou convalidadas pelo decurso do tempo, conforme prevê o art. 571 do mesmo códex.
2. Quando não houver previsão legal expressa de nulidade e se verificar que houve que houve violação de forma prescrita em lei que visa à proteção do interesse das partes.

Por fim, as nulidades fundamentais, desde à alegação até o seu reconhecimento em juízo, uma vez que para preservação de um procedimento sem vícios preserva a justiça e o devido processo legal, princípio constitucionalmente garantido (art. 5º, inciso LIV, da CF).

2 **FISHING EXPEDITION – A PESCA PROBATÓRIA NA INVESTIGAÇÃO**

2.1 ORIGEM E CONCEITO

Inicialmente, não se sabe precisamente em qual período histórico se originou o termo *fishing expedition*. Certo é que Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 36) esclarece o chamado direito a não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), que está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Tal direito teve origem na Inglaterra remontando ao final da Idade Média, cuja finalidade era combater a prática de *fishing expeditions* que já ocorriam naquela época.

Ainda segundo Queijo (2012, p. 39), naquele período histórico, este princípio não era absoluto, ou seja, ocorriam diversas arbitrariedades, como o juramento *ex officio*, que exigia a resposta do acusado a todos os questionamentos, que com o passar do tempo foi sendo limitado, pelo surgimento de novos princípios que protegiam a integridade do acusado, seja pela extinção de inquérito para estabelecer a fama pública do indivíduo, bem como pelo aumento progressivo no número de advogados nas cortes eclesiásticas no século XVI.

Além disso, esclarece que nas cortes de *common law* (tribunal de direito comum), ocorreram grandes transformações em meados do século XVIII e início do século XIX, no sentido de contribuições a defesa técnica do acusado, como a admissão da presunção de inocência, dúvida razoável e lapidação das regras de exclusão probatória. Que, impactou profundamente na elaboração do sistema jurídico brasileiro (p. 42).

Sobre esse assunto, importa frisar alguns pontos sobre o sistema estadunidense no âmbito da persecução penal. Segundo aponta Antonio Pessoa Cardoso (2006), “*são grandes as diferenças entre a formação do sistema brasileiro e dos Estados Unidos*”. Uma dessas diferenças é a ampla competência legislativa estadual na esfera criminal, cujos crimes com pena mínima de seis meses já são submetidos ao tribunal do júri.

Contudo, mesmo em júri, existe uma esfera probatória limitada, ou seja, somente é admitido testemunho sobre questões concretas, não se pode recorrer a

aspectos pessoais ou boatos, diferentemente do sistema brasileiro, que a argumentação defensiva pode ser de qualquer natureza, pelo princípio da livre argumentação das partes.

Segundo a Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos (*United States Constitution*, 1791), para a expedição de mandados de busca e apreensão é necessário o apontamento específico dos locais e pessoas que serão apreendidas, sem margem para uma descrição vaga, veja:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. (texto original)

Pode ser traduzido como:

O direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e bens, contra buscas e apreensões injustificadas, não será violado, e nenhum mandado será emitido, a não ser por causa provável, sustentada por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

De acordo com Viviani Ghizoni da Silva (2018, p. 34), foi realizado um “teste” em 1974, nos Estados Unidos, que indicou os elementos fundamentais que precisam ser demonstrados pela parte que deseja solicitar um mandado de busca, veja:

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.

Segundo o dicionário americano *Merriam Webster*, o primeiro uso conhecido do termo “fishing expedition” ocorreu em 1874, que foi aplicado como sendo “*um interrogatório ou exame legal para descobrir informações para um processo legal*”. E, a definição legal menciona que se trata de “*uma investigação que não se atenha a um objetivo declarado, mas espera descobrir provas incriminatórias ou dignas de notícia*”.

Já de acordo com o *Legal Information Institute*, do *Cornell Law School* (2021), a pesca probatória se “*refere a alguém que investiga excessivamente ou exige*

informações de um indivíduo ou organização". No direito, o termo é mais utilizado para descrever a utilização da fase de descoberta de um processo judicial para exigir demasiada informação com base em palpites e acusações. A descoberta permite que as partes exijam uma quantidade muito grande de informações umas das outras, que podem ser informações sensíveis, e estas ferramentas podem ser muito destrutivas se não forem controladas. Variando consoante a jurisdição, os tribunais dispõem de procedimentos para que as partes possam contestar os pedidos de descoberta indisciplinados das partes contrárias.

Nesse mesmo sentido, outro dicionário americano, o *Dictionary*, é muito claro ao conceituar *fishing expedition* como "*qualquer inquérito instaurado sem um plano ou objetivo claramente definido, na esperança de descobrir informações úteis*".

No Brasil, o primeiro voto que abordou o conceito da *fishing expedition*, aplicando-o ao ordenamento jurídico brasileiro ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 0073.182-68.2013.8.26.0000, apresentado pelo Desembargador Amado de Faria ao acompanhar o voto do então relator Ruy Alberto Leme Cavalheiro:

Fishing expedition (expediente de pesca) é um termo legal informal usado pela defesa para se referir cinicamente 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.

Tendo em vista as conceituações supramencionadas, é possível definir a pesca probatória (*fishing expedition*) como a promoção de investigações a partir de simples palpites, sem que tenham rumo ou objetivo estabelecido, com o escopo de descobrir possíveis fatos delituosos do indivíduo ou organização alvo das buscas.

Após alguns anos, essa tese que, segundo o Desembargador Amado de Faria, era muito comum nos Estados Unidos, passou a vigorar nos tribunais brasileiros, principalmente em meados de 2020 e 2021, quando se expandiu pela maioria dos Tribunais brasileiros e até os dias atuais está em voga, principalmente em casos que a polícia utiliza da brecha legal prevista no artigo 240 e 244 do Código de Processo

Penal, que permite o empreendimento de buscas e apreensões apenas pela constatação de fundadas razões, cujo tema será abordado abaixo.

2.2 O INSTITUTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inicialmente, é importante destacar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 instituiu diversos direitos individuais e coletivos, com ênfase em seu célebre artigo 5º, que tem por tema “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Nesse sentido, o inciso XI do artigo 5º da CF estabelece que

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

É oportuno pontuar então que, embora a Constituição Federal tenha mencionado o termo “casa”, não se deve entender de forma restritiva, nesse sentido explica o doutrinador Marcelo Novelino (2023, p. 403):

Para fins de proteção constitucional, o conceito jurídico de casa deve ser compreendido de forma ampla, a fim de abranger não apenas a moradia, mas qualquer espaço habitado e, em determinadas hipóteses, locais onde exercidas atividades de índole profissional com exclusão de terceiros, tais como escritórios, consultórios, estabelecimentos industriais e comerciais (em áreas de acesso restrito ao público ou após o encerramento das atividades).

Segundo ensina o Ministro Alexandre de Moraes (2014, p. 55), o direito à inviolabilidade domiciliar

constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como da proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal.

Dessa forma, é possível compreender que o direito à inviolabilidade do domicílio não é mera formalidade, mas está intimamente ligado à outras proteções, inclusive com o escopo de salvaguardar a dignidade da Pessoa Humana e as relações íntimas entre familiares e amigos, envolvendo todo o contexto da vida privada, mantendo as relações sociais e culturais dos indivíduos.

Deveras importantíssimo proteger o ambiente privado do domicílio, o próprio texto constitucional destaca algumas exceções para a violação domiciliar em o consentimento do morador, quais sejam: durante o dia, em casos de flagrante delito

ou desastre ou para prestar socorro, ou ainda, por determinação judicial. Já durante a noite, somente em casos de flagrante delito, ou desastre ou para prestar socorro.

O STF fixou a seguinte tese no RE 603616/RO (Tema 280):

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

Dessa forma, para validade da situação flagrancial em período diurno, e até mesmo noturno, é essencial a utilização do instituto da fundada suspeita, que foi instituída pela legislação infraconstitucional, mais precisamente prevista no art. 240 do Código de Processo Penal, e, em caso de descumprimento, gera nulidade de todos os elementos e atos provenientes do desrespeito às normas previstas pela lei.

Por fim, destaca-se que a Constituição Federal é clara ao estabelecer a inviolabilidade do domicílio como direito fundamental, sendo necessário o consentimento para entrada de pessoas que não sejam moradores, e na ausência do consentimento, apenas é permitida em situações excepcionais, que constam taxativamente no art. 5º, inciso XI.

2.3 A RECEPÇÃO PELA DOCTRINA E PELOS TRIBUNAIS

O tema da *fishing expedition* tem ganhado destaque, tanto na doutrina quanto nas decisões dos tribunais estaduais e superiores, uma vez que se trata de um assunto relativamente recente como tese para ser debatida no Poder Judiciário brasileiro.

Para validação desse argumento, realizou-se uma pesquisa nos portais do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça estaduais, obtendo-se, dentre os trinta e dois tribunais, o diminuto total de 3.334 (três mil e trezentos e trinta e quatro) resultados.

Executou-se a busca pela seguinte expressão: “fishing expedition” no campo destinado à pesquisa de jurisprudência de cada um dos *sites* oficiais, selecionando-se as opções mais abrangentes possíveis para localizar a maior quantidade de julgados sobre essa temática, e foram obtidos os seguintes resultados:

- Supremo Tribunal Federal: 9 (nove) acórdãos, 93 (noventa e duas) decisões monocráticas e 1 (um) informativo (nº 1025). Totalizando 103 (cento e duas) ocorrências, sendo a mais recente de março de 2024 e o mais antigo de dezembro de 2016;
- Superior Tribunal de Justiça: 73 (setenta e três) acórdãos e 1.938 (mil novecentos e trinta e oito) decisões monocráticas. Totalizando 2.011 (duas mil e onze) ocorrências, sendo a mais recente de março de 2024 e a mais antiga de dezembro de 2015;
- Tribunal Regional Federal da 2ª Região: 3 (três) ocorrências, sendo a mais recente de agosto de 2023 e a mais antiga de março de 2022;
- Tribunal Regional Federal da 3ª Região: 28 (vinte e oito) ocorrências, sendo a mais recente de fevereiro de 2024 e mais antiga de setembro de 2018;
- Tribunal Regional Federal da 4ª Região: 88 (oitenta e oito) ocorrências, nas quais a mais recente é de março de 2024, enquanto a mais longínqua é de fevereiro de 2018;
- Tribunal Regional Federal da 5ª Região: 12 (doze) ocorrências, a mais recente datada em fevereiro de 2024 e mais antiga de maio de 2021;
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: 77 (setenta e sete) resultados, sendo o mais recente de março de 2024 e o mais antigo de agosto de 2021;
- Tribunal de Justiça do Distrito Federal: 23 (vinte e três) resultados, nos quais o mais recente datado em março de 2024 e o mais antigo de junho de 2023;
- Tribunal de Justiça do Tocantins: 7 (sete) ocorrências, nas quais a mais recentes de março de 2024 e a mais longínqua de março de 2023;
- Tribunal de Justiça de Minas Gerais: 35 (trinta e cinco) resultados, entre eles o mais recente de março de 2024 e o mais antigo de novembro de 2022;
- Tribunal de Justiça de São Paulo: 343 (trezentos e quarenta e três) ocorrências, dentre elas, a mais recente de março de 2024 e mais antiga de setembro de 2009;
- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: 2 (duas) ocorrências, a última de novembro de 2021 e a primeira de dezembro de 2018;
- Tribunal de Justiça do Espírito Santo: 14 (quatorze) resultados, sendo o mais recente de março de 2024 e o mais antigo de agosto de 2022;
- Tribunal de Justiça do Paraná: 58 (cinquenta e oito) registros, dos quais, o mais recente de março de 2024 e o mais longínquo de outubro de 2021;

- Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: 42 (quarenta e duas) ocorrências, entre elas a mais atual de março de 2024 e a mais distante de abril de 2021;
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: 43 (quarenta e três resultados), dentre os quais, o mais recente de março de 2024 e o mais antigo de junho de 2021;
- Tribunal de Justiça do Acre: 2 (duas) ocorrências, sendo a última de novembro de 2023 e a primeira de fevereiro de 2023;
- Tribunal de Justiça de Rondônia: 18 (dezoito) ocorrências, dentre elas a mais recente de dezembro de 2023 e mais antiga de junho de 2022;
- Tribunal de Justiça do Amazonas: 17 (dezessete) resultados, sendo o último de fevereiro de 2024 e o primeiro de dezembro de 2022;
- Tribunal de Justiça de Roraima: 5 (cinco) ocorrências, a mais recente datada em março de 2024 e a mais antiga de outubro de 2022;
- Tribunal de Justiça do Amapá: 10 (dez) ocorrências, sendo a mais atual de março de 2024 e mais antiga de julho de 2022;
- Tribunal de Justiça do Mato Grosso: 23 (vinte e três) resultados, dentre eles, o mais recente de fevereiro de 2024 e o mais antigo de julho de 2022;
- Tribunal de Justiça do Pará: 5 (cinco) ocorrências, sendo a última de julho de 2023 e a primeira de maio de 2021;
- Tribunal de Justiça do Maranhão: 7 (sete) ocorrências, a mais recente de novembro de 2023 e a mais antiga de abril de 2023;
- Tribunal de Justiça da Bahia: 1 (uma) ocorrência, de maio de 2021;
- Tribunal de Justiça de Sergipe: 5 (cinco) ocorrências, sendo a mais recente de fevereiro de 2024 e a mais antiga de abril de 2022;
- Tribunal de Justiça de Alagoas: 19 (dezenove) registros, o mais recente datado em março de 2024 e o mais longínquo em outubro de 2021;
- Tribunal de Justiça de Pernambuco: 21 (vinte e uma) ocorrências, nas quais, a mais recente de março de 2024 e mais antiga de agosto de 2022;
- Tribunal de Justiça da Paraíba: 6 (seis) resultados, a mais recente de dezembro de 2023 e a mais antiga de fevereiro de 2023;
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte: 16 (dezesseis) ocorrências, sendo a mais recente de março de 2024 e a mais antiga de março de 2021;
- Tribunal de Justiça do Ceará: 291 (duzentos e noventa e um) resultados, dentre os quais, o mais recente de março de 2024 e o mais antigo de julho de 2020.

Não foram obtidos resultados nas pesquisas ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região e ao Tribunal de Justiça do Piauí.

A partir dessas pesquisas, verifica-se que apenas 18,75% dos tribunais brasileiros julgaram sobre a temática *fishing expedition* antes de 2020, enquanto 28,15% julgaram pela primeira vez sobre essa tese em 2021, 31,25% em 2022 e outros 15,62% a partir de 2023.

Nesse sentido, entende-se que houve uma maior disseminação desta matéria entre os tribunais de todo o país nos últimos quatro anos, assim como na doutrina. Embora essa temática já existisse, principalmente nos tribunais americanos, os doutrinadores processualistas penais passaram a discorrer acerca deste recentemente e provocar o Poder Judiciário com demandas nesse sentido.

Em uma breve consulta na bibliografia nacional encontrou-se apenas duas obras específicas desse assunto, que são, a “*Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão*”, já com a 2ª Edição, dos autores Viviane Ghizoni da Silva, Philippe Benoni Melo e Silva e Alexandre Morais da Rosa, e o livro “*Fishing Expedition: A pesca probatória por provas por parte dos órgãos de investigação*”, do autor Philippe Benoni Melo e Silva.

Contudo, outros autores como Aury Lopes Júnior, Pierre Franklin Araujo Silva e o douto magistrado Alexandre de Morais da Rosa, também produzem artigos e textos voltados ao público jurídico acerca deste tema.

É evidente que, embora seja um assunto muito debatido nos últimos tempos e que gera controvérsias nos tribunais nacionais, há uma carência de material doutrinário sobre essa modalidade. Observa-se a necessidade de o Poder Judiciário recorrer à parâmetros questionáveis para legitimar a provas provenientes de nulidades, ou mesmo para descartá-las, sendo necessário buscar respostas no direito internacional para o amparo de suas decisões, fazendo uma análise dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, como da intimidade, da inviolabilidade de domicílio e outros previstos na Constituição Federal.

3 AÇÕES POLICIAIS, ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E HIPÓTESES DE (IN)VALIDADE

3.1 COMPETÊNCIA E FUNÇÃO DA POLÍCIA

Inicialmente, destaca-se que a Constituição Federal estabelece que a segurança pública é dever do Estado, mas também é responsabilidade compartilhada por todos os cidadãos. Segundo Alexandre de Moraes (2014, p. 833), essa segurança “é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sem, contudo, reprimir-se abusiva e inconstitucionalmente a livre manifestação de pensamento”.

O artigo 144 da CF elenca os órgãos que compõem a segurança pública, a saber:

1. A polícia federal: que é destinada à investigar crimes de natureza política e social, bem como aqueles que prejudiquem os bens, serviços e interesses da União, suas entidades autárquicas e empresas públicas, além de outras transgressões que tenham impacto em nível interestadual ou internacional, e que demandem uma abordagem uniforme de repressão, conforme estabelecido pela legislação vigente, além de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência, exercer função de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, e exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, nos termos do §1º;
2. A polícia rodoviária federal: que é órgão permanente, organizado e mantido pela União, conforme estabelecido pela legislação aplicável, tem por finalidade o patrulhamento ostensivo das rodovias federais (§2º);
3. A polícia ferroviária federal: é um órgão permanente, organizado e mantido pela União, destina-se, na forma estabelecida em lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais (§3º);

4. Às polícias civis: deverão ser dirigidas por delegados de polícia de carreira, são incumbidas, ressalvada a competência da União, das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto das infrações militares (§4º);
5. Às polícias militares: sua atribuição é de polícia ostensiva, para preservar a ordem pública (§5º, *caput*), tem atuação estadual;
6. Às polícias penais: recentemente implementadas pela Emenda Constitucional nº 104 de 2019, são vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, é destinada à segurança dos estabelecimentos penais (§5º-A).

Sabendo disso, é relevante destacar as diferenças entre a polícia civil e polícia militar no âmbito da segurança pública.

Pela inteligência do artigo 144, §5º, *caput*, da Constituição Federal, a polícia militar tem a atribuição de polícia ostensiva, ou seja, segundo Leib Soibelman (1994, p. 278) “*é a que age de uma forma visível pelo público. Opõe-se a polícia secreta (v.). é a que obtém resultados preventivos pela simples ação da presença*”, e com isso, gera a preservação da ordem pública, que se constitui na “tentativa de se chegar à paz e harmonia, evitando assim, a violência o terror, a intimidação e os antagonismos deletérios” conforme esclarece Gerson Maurício Zocchi (*apud* Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, 2020, p. 21).

Por outro lado, conforme o artigo 144, §4º, da Constituição Federal, a polícia civil possui função de polícia judiciária, que, segundo o glossário do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) significa que está incumbida “averiguar fatos delituosos ocorridos ou contravenções verificadas para que os respectivos delinquentes ou contraventores sejam punidos”, e a apuração de infrações penais.

No entanto, mesmo que a Constituição Federal tenha conferido à polícia civil a função investigativa, a jurisprudência tem apresentado divergência quanto à atuação investigativa dos órgãos policiais. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 476482, sedimentou que “diversamente das funções de polícia judiciária - exclusivas das polícias federal e civil -, as funções de polícia investigativa podem ser realizadas pela Polícia Militar”.

Vê-se clara contradição com o texto legal, uma vez que Alexandre de Moraes da Rosa (2013, p. 118) ensina que, “a polícia militar é órgão da segurança pública

e compete a polícia ostensiva e preservação da ordem pública, sem qualquer competência para instaurar ou conduzir investigações policiais, salvo nos crimes militares”.

Dessa forma, conforme supramencionado, a polícia judiciária tem o dever de apurar fatos que constituam crimes, ou contravenções, e inclusive colher provas de autoria e materialidade para auxiliar o Poder Judiciário na aplicação da lei ao caso concreto, nos termos do art. 4º do Código de Processo Penal.

Partindo desse prisma, segundo Moreira Neto (2009, p. 444) a Polícia Militar encontra-se inserida num ciclo abrangente de polícia administrativa, pois tem quatro modos de atuação, quais sejam: a ordem de polícia, o consentimento, a fiscalização e a sanção.

Em síntese, a ordem de polícia, emanada da legislação vigente, estabelece restrições com o intuito de evitar a prática de atos lesivos ao interesse público, bem como para assegurar que não se omita a realização de medidas capazes de prevenir danos ao interesse coletivo. Já o consentimento policial, é caracterizado como um ato administrativo que autoriza a realização de determinada atividade ou a utilização de propriedade, nos casos em que a norma prevê uma proibição com a condição de prévia autorização. A fiscalização, por sua vez, consiste na verificação do cumprimento das determinações policiais. Por fim, a sanção policial é aplicada como medida repressiva às infrações que contrariam as disposições da autoridade policial.

3.2 FUNDADA SUSPEITA

De início, o termo “fundada suspeita”, segundo conceitua Aury Lopes Júnior (2022, p. 682), “*é uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial*”.

Por outro lado, segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 193):

Fundada Suspeita: é requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a

autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente.

Ainda, segundo Gustavo Henrique Badaró (2007, *apud* Pitombo, 1973, p. 137), “a expressão ‘fundadas suspeitas’ é criticável, por ser ambígua e oca”. Que significa mera conjectura ou desconfiança, contra algo ou alguém.

À luz do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 158.580/BA, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, a existência de fundada suspeita é

baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

Dessa forma, é oportuno sintetizar que fundada suspeita não é apenas um termo jurídico, mas uma justificativa, é um elemento essencial para a realização do trabalho da polícia. Por sua vez, está intrinsecamente ligado aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, que a abordagem e busca pessoal, empreendida pela polícia, seja de fato motivada, sem julgamentos subjetivos.

Importa consignar que, lei não conceituou o termo “fundada suspeita”, dessa forma, embora um instituto importantíssimo para o serviço prestado pelos órgãos da segurança pública, que estão previstos na Constituição Federal, não há concretude acerca do que de fato o legislador pretendeu transmitir com o uso dessa expressão.

Apesar da ausência de fundamentação legal, os artigos 240 e 244 do CPP estabelecem a fundada suspeita como um elemento essencial para a validade de busca pessoal e domiciliar. Entretanto, por se tratar de uma cláusula vaga, pode ser amplamente utilizada ao bel entendimento do policial, e pior, do julgador, pelo ponto de vista legal.

Causando, então, insegurança jurídica, uma vez que depende da interpretação de cada magistrado no momento de constatar se a ação dos agentes policiais foi justa e está pautado na legalidade, pois há grande margem para o subjetivismo.

Ao dissecar esse dispositivo, entende-se que “*suspeita é mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil de alguma coisa ou contra alguém*”, ensina Gustavo Henrique Badaró (2007, p. 282), tornando um estado completamente subjetivo, pois, não se exige demonstração concreta.

Por óbvio, o Código de Processo Penal, deveria ter trazido exigências ou meios de comprovação acerca dessa validade da alegação da busca pessoal, para evitar ações arbitrárias por parte das autoridades de agentes policiais, uma vez que torna prescindível o mandado judicial para se proceder ações invasivas como a busca pessoal e domiciliar.

Porquanto requisitos ausentes, e diversas demandas chegaram ao Poder Judiciário conseguiram comprovar arbitrariedades pelo exercício da violação domiciliar por parte dos agentes de polícia o Supremo Tribunal Federal editou o tema 280, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que consolidou a seguinte tese:

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

Entretanto, as arbitrariedades continuaram a acontecer, uma vez que o conceito de fundada suspeita que deveria ser comprovada posteriormente continuou oco. E mais, foi-se também constatadas buscas pessoais de cunho ilegal, baseados em elementos completamente subjetivos, então, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o emblemático precedente RHC 158580/BA.

Este precedente fechou as brechas deixadas pelo Código de Processo Penal e pelo tema 280 do STF, ao passo que consolidou que

Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP. (RHC 158580/BA)

No texto ementado, o nobre Ministro Rogério Schietti, consolidou que é necessário elementos sólidos para a realização das, vulgarmente conhecidas como, “re-

vistas” ou “enquadros”, baseados no tirocínio policial, afim de evitar a “a restrição necessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade”, pois é uma conduta constrangedora, permitir que as abordagens possam ser contrastadas e questionadas pelas partes, pois, se apenas considerados aspectos subjetivos não haverá como produzir provas em contrário, e ainda, “evitar repetição de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direito do racismo estrutural” (STJ, RHC 158580/BA, 2022).

Entretanto, se trata de regras jurisprudenciais, ou seja, são passíveis de mudanças ou surgimento de entendimentos em contrário, persistindo a discussão de como seria possível considerar válida a ação policial sem causar insegurança jurídica.

3.3 BUSCA PESSOAL

O instituto da busca pessoal está previsto no art. 240, §2º, do Código de Processo penal:

Art. 240

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

E ainda, o artigo 244 do mesmo diploma legal estabelece que

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, 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.

Uma vez que, conforme já mencionado, não há conceito previsto em lei de fundada suspeita, sendo um instituto oco e vago, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça elencou exemplos de situações que por si só não autorizam a busca pessoal:

1. O tirocínio policial, ou sua intuição, inteligência adquirida através da profissão, conforme HC 158.580;
2. A denúncia anônima, de acordo com o HC 734.263;
3. A demonstração de nervosismo ao perceber a presença de viatura de polícia, nos termos do HC 760.032;

4. Estar em ponto de tráfico e, ou, ser conhecido no meio policial, segundo o AgRg no Ag em REsp 1.380.870;
5. Registro em sua folha de antecedentes por tráfico de drogas, conforme HC 774.140;
6. Empreendimento de fuga ao avistar policiais, nos termos do AgRg no HC 628.259.

Nesse sentido, são indispensáveis estes balizadores criados através da jurisprudência, pois, em suma, segundo Aury Lopes Júnior (2022, p. 683)

A busca pessoal somente pode(ria) ser feita quando houver a “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida (ou sem o porte regular), ou, ainda, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; colher qualquer elemento de convicção.

É possível perceber uma amplitude muito grande para uma medida tão invasiva como a busca pessoal. Principalmente quando se trata da alínea h, do artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal, que prevê a legitimidade desse instituto para “*colher qualquer elemento de convicção*”.

Conferir tal liberdade é o mesmo que entregar grandes poderes ao policial, para que ele possa realizar a revista pessoal, em qualquer momento do dia, com a alegação de fundada suspeita, escorando-se na justificativa de colher elementos de convicção, caso encontre algum ilícito com a vítima da abordagem.

Segundo ensina Lopes Júnior (2022, p. 684) “o problema é que ao dar-se tal abertura para o uso da autoridade, fica extremamente difícil a demonstração de que houve abuso. O que separa o uso do abuso quando há tal indefinição da lei?”

Com razão, caso os abusos de autoridade não tenham deixado vestígios físicos, é completamente inviável comprová-los. E, importa destacar que os casos de abusos são frequentes durante essa suposta colheita de elementos de convicção, tendo em vista que

não raras vezes, os próprios juízes legitimam as buscas de “arrastão” e sem qualquer critério legítimo, sob o argumento de que são “meros dissabores, justificados pelos altos índices de violência urbana” (claro, até porque eles estão imunes a tais dissabores...). Outros ainda, com precários subterfúgios discursivos, recorrem à lógica de que os fins justificam a (ilegalidade) dos meios. (Aury Lopes Júnior, 2022, p. 684)

Nesse sentido, torna-se imprescindível que a jurisprudência imponha limites de validade às ações policiais ao procederem a buscas pessoais, para se

evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes. (STJ, RHC 158580/BA)

Ainda segundo o RHC 158580/BA do Superior Tribunal de Justiça, existem estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública que indicam um índice de que a eficácia das abordagens policiais corresponde à ínfima quantidade de 1%, ou seja, a cada 100 pessoas, apenas uma é encontrada com alguma ilegalidade.

Dessa forma, os esforços policiais tornam-se extremamente questionáveis, contudo, à luz exclusivamente da legislação processual penal vigente, os agentes policiais estão legitimados a agir da forma que melhor convém à execução do seu trabalho, visto que a ilegalidade das suas ações apenas surtem algum efeito quando se chega ao Poder Judiciário e o réu tem a ousadia de denunciar os abusos sofridos e o modo em que se deu o recolhimento das evidências que ensejaram o início do seu processo penal, e os magistrados não entendam como “*meros dissabores, justificados pelos altos índices de violência urbana*” (Lopes Junior, 2022, p. 684).

3.4 BUSCA DOMICILIAR E O CONSENTIMENTO DO MORADOR – Tema 1208 do STF

No artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal estão previstas as hipóteses autorizadoras, havendo fundadas razões, para a busca domiciliar:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

Sabendo que domicílio tem uma interpretação extensiva e compreende “para fins de inviolabilidade, será qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou qualquer compartimento não aberto ao público, no qual se exerce profissão ou atividade”, conforme Fernando Capez (2024, p. 243), durante o dia poderá ser empreendida busca domiciliar por determinação judicial, através de mandado. Contudo, havendo fundadas razões de ocorrência de flagrante delito, poderá ser procedida a qualquer horário do dia ou noite, independentemente de mandado.

Nesse sentido, o artigo 243 do Código de Processo Penal elenca os requisitos obrigatórios que compõem o mandado de busca:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

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.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Tais exigências são fundamentais para garantir a legalidade das buscas domiciliares e preservar direitos constitucionalmente previstos, como da inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal), da intimidade e da vida privada, e os demais princípios da destacados anteriormente.

Em se tratando do consentimento do morador, é importante destacar que ele precisa ser válido, para que a violação domiciliar seja legal. Segundo Aury Lopes Junior (2022, p. 664), “esse consentimento deverá ser dado por pessoa capaz, que compreenda perfeitamente o objeto do requerimento policial, de forma expressa, ainda que oralmente”.

Importa destacar que, o silêncio não significa consentir, pois o direito ao silêncio não pode implicar em prejuízo para a parte. Ao contrário, o consentimento não pode ser tácito, deve ser expresso e espontâneo. Pois,

o direito de silêncio inclui o de não produzir prova contra si mesmo, de modo que ninguém está obrigado a consentir que a autoridade policial ingresse na sua residência sem mandado judicial, é fundamental que o sujeito saiba as consequências que podem surgir dessa autorização. (Aury Lopes Junior, 2022, p. 664)

Nesse contexto, a questão mais problemática é: em frente a autoridade ou agente policial, dificilmente o consentimento não será viciado. E consentimento viciado, seja por medo, coação, violência física ou força de intimidação se trata de inequívoca ilegalidade.

Inclusive, no voto do saudoso relator Ministro Rogério Schietti, no julgamento do HC 598051, ele ressalta que

Chega a ser – para dizer o mínimo – ingenuidade acreditar que uma pessoa abordada por dois ou três policiais militares, armados, nem sempre cordatos na abordagem, livremente concorde, sobretudo de noite ou de madrugada, em franquear àqueles a sua residência.

Contudo, a partir dessa análise surgiu um grande questionamento acerca de como comprovar o consentimento viciado.

Isso porque, se a legislação prevê apenas o consentimento como regra, de um lado ficam os agentes policiais, que por sua vez, ainda que pela força, coação ou intimidação, o conseguem. E de outro as vítimas dessas arbitrariedades, uma vez que colocam em risco a sua integridade física e psíquica, uma vez que não possuem condições de expressar a sua vontade frente à força policial.

Sobre isso, exemplifica Aury Lopes Junior (2022, p. 665):

quando alguém está cautelarmente preso (prisão preventiva ou temporária) ou em flagrante e é conduzido pela autoridade policial até sua residência, “consentindo” que os policiais ingressem no seu interior e façam a busca e apreensão, entendemos que há uma inequívoca ilegalidade, pois estamos diante de um consentimento viciado, inválido portanto. É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente. Deve-se considerar viciado o consentimento dado nestas situações e, portanto, ilegal a busca domiciliar, pois há um inegável constrangimento situacional.

Entretanto, a legislação foi omissa ao passo que deixou de estabelecer os limites para o consentimento do morador. Porém, fazendo uma análise completa do instituto, pode-se concluir que, a busca domiciliar foi instituída em lei para averiguação de delitos, não apenas para vasculhar casas civis sem motivação. Portanto, é inverossímil admitir tais buscas sem elementos concretos para demonstração de fundadas razões. Pois, se busca não tem fundamentos concretos, por óbvio não existe justa causa para tanto.

Pensando nisso, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 598051 do relator Ministro Rogério Schietti sedimentou balizadores eficientes para a validade da violação domiciliar, quais sejam,

além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Com o objetivo de obter maior eficácia probatória, prevenção de abusos, e, inclusive para proteger os policiais de falsas acusações, e permitir formas de avaliar se de fato houve o consentimento livre de consentimento do morador.

Inclusive, o voto esclarece que, o Poder Judiciário tem o dever de responder às situações trazidas por provocação dos interessados, pois, em caso de não análise correta, e inclusive vedar aos magistrados do país que decidam de forma diversa, pela ausência de uniformidade da jurisprudência, sob pena de violação de direitos fundamentais do indivíduo (STJ, HC 598051), por esse motivo a jurisprudência se prestou a preencher a lacuna deixada pela legislação processual penal.

Contudo o Ministério Público do Rio Grande do Sul e o Ministério Público Federal interpuseram recursos extraordinários, reputando que não seriam válidos os parâmetros estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 598051, argumentando que haveria “insegurança jurídica diante da divergência jurisprudencial entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal” (RE 1368160 RG /RS).

Isso porque, segundo o RE 1368160 RG, os requisitos desenvolvidos pelo Superior Tribunal de Justiça estariam indo na contramão do sedimentado no tema 280 do STF, que prevê o ingresso na residência sem mandado judicial apenas pautado em fundadas razões. Afirmando ainda que

do texto constitucional, como se vê, não se extrai qualquer formalidade especial para a comprovação do consentimento do morador, razão pela qual sobressai manifestamente descabida a exigência do acórdão recorrido, no sentido de impor registro audiovisual ou termo escrito testemunhado por duas pessoas.

E, portanto, considerando que a lei não prevê tais requisitos, essa imposição interfere “*indevidamente na organização de tais instituições, ferindo o art. 18, caput, da Constituição Federal, que prevê a autonomia dos entes federativos*”.

Então, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade reputou a questão constitucional, e reconheceu a Repercussão Geral desse tema, que consta descrito como:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, XI; 18, e 144, §7º, da Constituição Federal, os requisitos de validade do consentimento do morador para busca e apreensão em domicílio, considerando o disposto no artigo 5º, XI, da Constituição da República e os princípios da inviolabilidade do domicílio, da dignidade da pessoa humana, da vedação à proteção deficiente e da segurança jurídica.

De fato, é de suma importância que todas as brechas deixadas pela lei acerca de como proceder com o consentimento sejam sanadas. Pois, não se pode deixar a execução da segurança pública à mercê dos agentes policiais e do entendimento de cada magistrado, quando provocado, para julgar sobre a legalidade ou não do consentimento.

O que se pode constatar é, conforme mencionado no voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento do RHC 103736,

vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional ou da livre convicção, sistema esse surgido em oposição ao sistema de provas tarifadas que prevaleceu até fins do século XVIII.

Contudo, o princípio do livre convencimento motivado não pode ser utilizado de maneira indiscriminada, pois, nos termos do artigo 926 do Código de Processo Civil consta que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”, sendo imprescindível a preservação da segurança jurídica para a resolução das lides.

Por isso, torna indispensável a definição de parâmetros coerentes sobre a legalidade das buscas domiciliares. Ainda que o Ministério Público se estabeleça sobre o argumento de que com a regulamentação do dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça “violou a separação dos poderes previsto no art. 2º da Lei Magna, pois realizou atividade típica do Poder Legislativo, invadindo as competências legislativas desse Poder” (RE 1368160), é importante frisar que o Código de Processo Penal é um Decreto-Lei de 3 de outubro de 1941.

Até os presentes dias a Poder Legislativo não fez qualquer alteração ou complementação referente ao assunto em questão, mantendo a sua redação intacta,

mesmo diante das arbitrariedades que já ocorreram por todo esse tempo, principalmente diante da exaustiva provocação a respeito desse tema nos tribunais estaduais e Superiores.

Dessa forma, o Poder Judiciário, caso se mantivesse à mercê das alterações legislativas não haveria resolvidos diversos conflitos jurídicos, como é o caso deste tema, que inclusive obrigatoriamente será regulamentado não pelo Poder Legislativo, mas pelo órgão máximo judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

3.5 PREJUÍZOS CAUSADOS PELO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PELA AÇÃO POLICIAL

Já foi mencionado anteriormente que, as fundadas suspeitas podem ser entendidas de formas diversas entre os tribunais, contudo, uma vez que a tese da *fishing expedition* é acatada, pelo procedimento de investigações por parte dos policiais sem os devidos indícios necessários, ou sem a configuração de fundadas suspeitas, e, buscas são feitas com o fim de colher elementos de convicção de observância da legislação, também se reconhece a nulidade das provas colhidas. Esta nulidade pode ser reconhecida tanto no juízo de primeira instância, quanto no de segunda instância.

Um claro exemplo de tal ilegalidade está contido no RHC 158580 que sedimentou que

A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na **ilicitude** das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Acerca da absolvição, o precedente HC 598051 do STJ sedimenta a necessidade absolutória pela violação domiciliar:

com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

Nesse sentido, é oportuno elencar alguns prejuízos provenientes da absolvição por conta de nulidades processuais, que não são passíveis de convalidação, como o caso da busca pessoal ilegal e a violação domiciliar sem fundadas suspeitas.

Primeiramente, a sentença absolutória causa prejuízos financeiros aos cofres públicos, impactando diretamente na comunidade.

Isso porque, quando há absolvição o réu, agora sentenciado absolvido, não é condenado no pagamento de custas processuais, veja um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INOVAÇÃO NÃO RECEPCIONADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE ELEN-CADA NO ART. 65, INC. III, AL. "B", DO CÓDIGO PENAL - NÃO CABIMENTO - INCIDÊNCIA DA FIGURA PRIVILEGIADA - VIABILIDADE - REQUISITOS PREENCHIDOS - REDUÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - INVIABILIDADE - PENA FIXADA EM SEU MÍNIMO LEGAL - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EQUIVALE A ABSOLVIÇÃO - CUSTAS PELO ESTADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM RECOMENDAÇÃO. 1. O pedido absolutório deve ser afastado quando o caderno probatório indica a acusada como autora do delito de furto, emergindo clara a sua responsabilidade penal ante as provas documentais e orais produzidas. 2. Não há como acolher a pretensão Defensiva de aplicação do princípio da insignificância, uma vez que este não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro. 3. A pena será atenuada se o agente tiver procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou, antes do julgamento, reparado o dano. 4. Se a devolução do bem móvel não se deu de maneira espontânea, impossível o reconhecimento da atenuante prevista no art. 61, inc. III, al. "h", do Estatuto Repressivo. 5. Se o agente é primário e o valor da res furtiva é inferior a um (01) salário mínimo vigente à época do fato, imperioso o reconhecimento do furto privilegiado, nos termos do § 2º do art. 155 do Código Penal. 6. Para a fixação do valor da pena pecuniária o Julgador deve observar a condição econômica do réu, o quantum de pena privativa de liberdade aplicada, bem como se a reprimenda atenderá aos objetivos de reprovar e prevenir o delito. 7. Se a pena pecuniária já se encontra em seu mínimo legal, ou seja, em um salário mínimo, não há que se cogitar em sua redução para pa tamar inferior (art. 45, § 2º, do Código Penal). 8. Reduzida a carraspana imposta à ré nesta Instância Revisora e inexistindo trânsito em julgado do presente voto para a Acusação, a declaração de extinção da punibilidade deve ser analisada pelo Juízo da Execução. 9. A prescrição da pretensão punitiva equivale à absolvição, logo, as custas processuais devem ser suportadas pelo Estado.

V.V.P.

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES PRIVILEGIADO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA - RECONHECIMENTO DE PLANO - AUSÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO - IRRELEVÂNCIA. - Não havendo quaisquer prejuízos, porquanto o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva poderá, caso haja recurso ministerial, ser reanalisado por Tribunal Superior, deve ser declarada a extinção da punibilidade mesmo antes de ocorrer o trânsito em julgado da decisão para a acusação. (TJMG - Apelação Criminal 1.0083.18.000137-

8/001, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/05/2022, publicação da súmula em 20/05/2022)

Importa frisar que, embora o Estado deva suportar as custas processuais, elas não se tornam gratuitas, ao contrário, a arrecadação com as taxas judiciárias é de extrema importância, uma vez que o Poder Judiciário também é movido por capital.

Segundo um relatório feito pelo Tesouro Nacional em 2022, com os dados levantados do ano de 2021, anualmente o Brasil gasta aproximadamente de 1,6% do PIB (Produto Interno Bruto Nacional) com o Poder Judiciário, o que é equivalente a aproximadamente R\$ 160 bilhões de reais todos anos. Vale ressaltar que, esse montante é mais de o triplo gasto nos países emergentes com seus respectivos judiciários, pois, em média, eles gastam a média de 0,5% do PIB com serviços dessa natureza. Enquanto os países desenvolvidos gastam cerca de 0,3% do Produto Interno Bruto com serviços judiciais.

É perceptível que o Poder Judiciário brasileiro é muito custoso aos cofres públicos e principalmente aos bolsos do contribuinte, visto que os impostos que são pagos pela sociedade também são utilizados para manutenção deste serviço estatal.

O Conselho Nacional de Justiça (2023) explica essa política tarifária:

Os principais tributos estão estabelecidos na Constituição Federal de 1988, em que estão previstos os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (BRASIL, 1988). Genericamente, pode-se dizer que, enquanto os impostos independem de atividade estatal específica relativa ao contribuinte, conforme preceitua o art. 16 do Código Tributário Nacional (CTN), as taxas têm como fato gerador uma ação estatal relativa ao contribuinte, seja no exercício do seu poder de polícia, seja mediante a prestação de um determinado serviço público, segundo a definição contida no art. 77 do CTN (BRASIL, 1966).

O financiamento da prestação jurisdicional poderia, teoricamente, ser feito pelos usuários desse serviço, mas, como os valores cobrados são, em regra, insuficientes para o custeio do Poder Judiciário, acaba-se tendo, de fato, um financiamento misto dessa prestação, em que a maior parte é financiada pela totalidade da sociedade (REMÍGIO, 2002). Apesar disso, as custas processuais não deixam de constituir uma importante fonte de recursos para a viabilização dos serviços judiciários.

Segundo esse documento do CNJ, o poder judiciário arrecadou em 2021 *“um total de 73,4 bilhões de reais, o que representa 70,7% de suas despesas”*, pois os gastos neste ano somaram mais de 103,9 bilhões de reais. Sendo notória a importância do recolhimento destas custas.

Pois, quanto mais serviços jurisdicionais prestados e menos dinheiro arrecadado, significa que os cofres estatais precisarão complementar esse montante, resultando em menos investimento em saúde e educação públicas, políticas sociais,

manutenção da infraestrutura do país e menos investimentos públicos em outras áreas que também necessitam de verbas provenientes da arrecadação de tributos.

Outrossim, a sentença absolutória também gera efeitos ao indivíduo que sofreu o processo penal.

Segundo o Relatório Justiça em Números do CNJ (2023, p. 217), o tempo médio da inicial até a sentença na Justiça Estadual dura em média 2 anos e 6 meses, podendo alguns tribunais demorarem muito além desse prazo, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que tem o coeficiente médio de 3 anos e 3 meses.

Enquanto nos Tribunais superiores o tempo médio de tramitação equivale a 1 ano e 6 meses.

Dessa forma, se, hipoteticamente, um cidadão seja processado penalmente e nos autos haja o vício da ilegalidade da busca pessoal ou da violação domiciliar sem fundadas razões, não sendo a nulidade reconhecida no início do procedimento e seja necessário recorrer até os tribunais superiores, a média de tramitação destes autos poderá chegar ao tempo médio de 4 anos.

Neste tempo, que não é curto, o indivíduo poderá ter várias sanções, principalmente de caráter social.

Muitos recursos foram levados ao TST com a temática da exigência de antecedentes criminais por empregadores. Em 2017, no processo nº 243000-58.2013.5.13.0023, os ministros da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho definiu que este tipo de exigência é válido quando:

amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos e pessoas com deficiência, em creches, asilos ou instituições afins, motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas e entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

É possível perceber que as anotações criminais são importantes no mercado de trabalho e, por óbvio, impactam diretamente na contratação. Pois, uma vez que o empregador se preocupada em exigir este documento no ato da contratação, há uma nítida preocupação em saber do histórico do candidato à vaga.

Ainda que, o processo penal ainda esteja em trâmite, o seu número consta na certidão de antecedentes criminais, inclusive nos sites oficiais não é emitida como “certidão negativa”, logo, passa a impressão de que, sendo positiva, é desfavorável.

Sobre estes prejuízos ensina Thereza Cristina Gosdal (2003, *apud* Ronaldo Pedrosa):

Outrotanto, não há como fechar os olhos à realidade. Qualquer ex-presidiário tem uma dificuldade (senão impossibilidade) de conseguir empregos formais em nosso País. Já agora basta não se obter uma folha corrida, uma Declaração de Bons Antecedentes, para que a situação acima descrita ocorra. Ou seja, ofende-se o princípio da dignidade da pessoa humana. As anotações da FAC ultrapassam a pessoa do indiciado, alcançando seus parentes próximos. As barreiras sociais vão se avolumando e, em vez da prometida recuperação do condenado, o que lhe damos? Nenhuma chance de se empregar, fazendo com que, não raro, opte pelo retorno à criminalidade, já agora escolado pelo aprendizado obtido no cárcere. E é para lá que vamos mandá-lo novamente. E assim vai a roda-viva inexorável...

Por outro lado, os antecedentes criminais são exigidos para o acesso aos cargos públicos dificultando ainda mais a obtenção de empregos:

Em diversos países, a apresentação da certidão de antecedentes criminais é exigida para acessar cargos públicos e funções que envolvem o cuidado, a tutela ou a segurança de pessoas, especialmente em áreas sensíveis como a saúde, educação, segurança pública e assistência social. Isso visa garantir a integridade e a confiabilidade dos profissionais que ocuparão tais cargos. (SOUZA e SANTOS, 2023)

Outrossim, conforme esclarece Dahlberg e Krug (2018) os antecedentes criminais também podem obstar a obtenção de vistos de turistas, estudantes, trabalho ou residência permanente em outros países.

Por fim, a existência de registros criminais passados “pode criar barreiras substanciais para o perdão e a reabilitação, perpetuando o estigma e impactando negativamente a vida do indivíduo”, segundo explica Jorio (2020).

Sendo ainda pior, quando mesmo com a anotação de absolvição tenha-se desconfiança no meio social do indivíduo, pois, o estigma da “suspeita” permanece, dificultando de forma substancial na vida do processado.

CONCLUSÃO

A pesquisa se tratou do empreendimento das *fishing expeditions* nas ações policiais e suas consequências práticas para o processo penal. Nesse sentido, o trabalho se debruçou na análise dos efeitos da ausência de fundadas suspeitas nas abordagens pessoais e buscas domiciliares, revelando-se verdadeiras arbitrariedades.

Ao longo deste estudo, foi possível constatar os diversos impactos negativos dessa prática, que vão desde violações dos direitos fundamentais e individuais até comprometimentos da integridade do próprio sistema de justiça criminal, ocasionando gastos desnecessários ao poder judiciário de verbas públicas, efeitos morais ao processado e ainda a morosidade da justiça, ao passo que muitos processos estão em andamento, contudo contaminados por ilegalidade desde o seu nascimento.

Isso porque, com a omissão legislativa acerca da não definição do conceito de fundadas suspeitas abre margem para entendimentos diversos entre os órgãos que compõem o poder judiciário e até mesmo comprometendo o trabalho das forças policiais, uma vez que tem discricionariedade para agir da forma que presumem ser “fundadas suspeitas”. No mais, restou evidente que a pura e simples intuição policial não é o suficiente para a validação da fundada suspeita, o que é, um avanço significativo, pois, a legislação não está mais à mercê da ação do policial, na verdade, a polícia que deve se submeter aos padrões de legalidade impostos pela norma vigente.

Em se tratando de pesca probatória, foi possível concluir que, a Polícia Militar deve desempenhar exclusivamente a sua função ostensiva e de manutenção da ordem pública, visando dissuadir potenciais infratores por meio de sua presença, como prevê a Constituição Federal, pois, a função investigativa não é de sua competência, mas sim da Polícia Civil. Não restando margem para que PM proceda buscas ou diligências para colheita de provas principalmente quando há necessidade de violação da intimidade ou do domicílio.

Tanto para a jurisprudência quanto para a doutrina, o assunto é deveras recente, tendo o primeiro voto no Brasil com a temática da *fishing expedition* proferido em 2013, pelo Desembargador Amado de Farias, e partir de 2020 passou a ser mais recorrente nos tribunais brasileiro, contudo, é uma aparição tímida, que tem trazido grandes discussões principalmente travadas entre o Ministério Público e a defesa, colocando judiciário em um dilema para pacificação do assunto e delimitação do que

de fato é fundada suspeita. Inclusive em atual debate do Tema 1208 no Supremo Tribunal Federal, para definição da validade, em que termos, o consentimento do morador pode autorizar diligências suprimindo a violação domiciliar.

Frisa-se que, tais parâmetros são importantíssimos, visto que o Poder Legislativo se encontra inerte desde a criação do Código de Processo Penal acerca desta temática, sendo de grande valia a imposição de condições pelo Poder Judiciário. Porque, a final de contas, as demandas por conta das arbitrariedades cometidas pelos excessos nas ações da Polícia Militar necessariamente serão julgadas judicialmente.

Quanto aos prejuízos, houve a constatação de que a colheita de provas provenientes de ações arbitrárias pela polícia, são consideradas nulas e, quando reconhecidas ao final da instrução, ou mesmo em sede de recurso, há grandes prejuízos, como por exemplo, a não arrecadação das custas processuais, para manutenção da justiça, gerando custos aos cofres públicos, que impactam diretamente na comunidade como um todo, vez que estes recursos poderiam ser investidos em saúde, educação, infraestrutura e outros.

O objetivo geral da pesquisa foi alcançado, ao passo que foi possível analisar os impactos e prejuízos das *fishing expeditions* no processo penal, sendo eles, que, embora tenha conhecimento da ilegalidade desde o nascimento do processo, ainda suporta um penoso procedimento, o que o impede de trabalhar, visto que tanto para usufruir de cargos públicos, quanto alguns empregadores exigem a certidão de antecedentes negativa, ou seja, até mesmo o poder público que tem o dever de amparar os cidadãos, promover a ressocialização do delinquente não o oferece a oportunidade de um trabalho lícito. Em última análise, o resultado foi satisfatório.

Entretanto, seria necessário uma pesquisa mais profunda para obter fontes de dados atualizadas sobre a quantidade de processos que obtém absolvição por exclusivamente por essa temática, mais estudos sobre em que circunstâncias ocorre o consentimento do morador nas buscas domiciliares.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 476482/SC. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Publicação: 11/03/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802862890&dt_publicacao=11/03/2019. Acesso em: 28.mar.2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 158580/BA. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Publicação: 25/04/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&li-vre=\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27158580%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%27158580%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&li-vre=(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27158580%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%27158580%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 28.mar.2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Deferimento de *Habeas Corpus*. HC 81305. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 31/11/2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99816/false>. Acesso em 24.mar.2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 1368160 RG / RS. Relator: Ministro André Mendonça. Repercussão Geral: Tema 1208. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350508307&ext=.pdf>. Acesso em 04.abr.2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral – Mérito (Tema 280). RE 603616 / RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 05/11/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>. 04.abr.2024.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HC nº 0073182-68.2013.8.26.000. Desembargador: Amado de Faria. Publicado em: 13/08/2023. Acesso em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6924983&cdForo=0>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988. Acesso em: 03.abr.2024.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-24300058.2013.5.13.0023. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Publicado em: 28/10/2021. Disponível em: https://www.trt5.jus.br/sites/default/files/www/files/rr-24300058_2013_5_13_0023-1.pdf. Acesso em: 05.abr.2024.

BRASIL. Lei nº 3.689. Código de Processo Penal. Brasília, DF: senado, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03.abr.2024.

BRASIL, Lei nº 13.105. Código de Processo Civil. Brasília, DF: senado: 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 04.abr.2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08.mai.2024.

BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 05.abr.2024.

BRASIL. CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. Glossário: Polícia Judiciária. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7848-policia-judiciaria>. Acesso em 01.abr.2024.

DAHLBERG, Linda L; KRUG, Etienne G. Violência: um problema global de saúde. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/jGnr6ZsLtwkhvdkrdfhpcdw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05.abr.2024.

FISHING EXPEDITION. Merriam-Webster. Dictionary. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/fishing%20expedition>. Acesso em: 27.mar.2024. (Tradução livre)

GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. Disponível em: <https://coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em24.htm>. Acesso em 05.abr.2024.

JORIO, Israel Domingos. Princípio do “non bis in idem”: uma releitura à luz do direito penal brasileiro. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/12570-12571-1-PB.pdf>. Acesso em: 05.abr.2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. *E-book*.

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

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-book*.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

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: 2012.

ROSA, Alexandre de Moraes da. Guia Compacto do Processo Penal: conforme a teoria dos jogos. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*.

SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. 5. Ed. Rio de Janeiro: Thex, 1994.

SOUZA, Luan Guttierre Silva; SANTOS, Jackson Novaes. O CARÁTER PERPETUO DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.]*, v. 9, n. 10, p. 6665–6690, 2023. DOI: 10.51891/rease.v9i10.12370. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/12370>. Acesso em: 5 abr. 2024.

UNITED STATES CONSTITUTION. Fourth Amendment, 1791. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Fourth-Amendment>. Acesso em: 8.mai.2024.

ZOCCHI, Gerson Maurício. Atribuição residual da polícia militar na investigação policial de crimes comuns. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/index.php/BRJD/article/viewFile/9809/8222>. Acesso em 31.mar.2024.