

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO**

***FISHING EXPEDITION* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À  
LUZ DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE**

Luis Gustavo Orrigo Ferreira Mendes

Orientador: Prof. Dr. Ney Bello Filho

Brasília-DF

2024

**LUIS GUSTAVO ORRIGO FERREIRA MENDES**

***FISHING EXPEDITION* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À  
LUZ DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre no Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ney Bello Filho

**LUIS GUSTAVO ORRIGO FERREIRA MENDES**

***FISHING EXPEDITION* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À  
LUZ DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre no Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa – IDP.

Aprovado em 19/12/2024.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Ney Bello Filho  
Orientador

---

Prof. Dr. Luciano Felício Fuck  
Avaliador - IDP

---

Prof. Dr. Roberto Delmanto Júnior  
Avaliador Externo

Código de catalogação na publicação – CIP

M538f Mendes, Luis Gustavo Orrigo Ferreira

Fishing expedition no âmbito do processo penal brasileiro à luz da lei de abuso de autoridade / Luis Gustavo Orrigo Ferreira Mendes. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

114 f.

Inclui bibliografia.

Orientador: Prof. Dr. Ney Bello Filho

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Devido Processo Legal. 2. Abuso de autoridade. 3. Investigação criminal 4. Provas ilícitas. I.Título

CDDir 341.43

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

Ata de Defesa de Dissertação

Discente: Luis Gustavo Orrigo Ferreira Mendes  
Registro Acadêmico: 1010766  
Orientador(a): Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho  
Coorientador(a) (se houver):

Título do trabalho apresentado:

FISHING EXPEDITION NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Resultado:

Após o exame do trabalho e da apresentação oral do Projeto de Dissertação e arguição do(a) candidato(a) a banca examinadora decidiu pela: Aprovação

Observações:

Sem observações.

Assinatura da banca examinadora

  
Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

  
Prof. Dr. Luciano Felício Fuck

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

  
Prof. Dr. Roberto Delmanto Júnior

Universidade de São Paulo - USP

O presente documento possui caráter comprobatório para fins de registro de participação docente na respectiva banca avaliadora.  
Para mais informações, contate [ppgdireito@idp.edu.br](mailto:ppgdireito@idp.edu.br)



19/12/2024 10:30am

SGAS Quadra 607 - Módulo 44  
Via L2 Sul Brasília - DF  
CEP 70200-670  
(61) 3525-6560

## AGRADECIMENTOS

Ao final desta significativa jornada acadêmica no mestrado, é meu dever excepcional manifestar profunda gratidão a todos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu pudesse alcançar este feito tão emblemático em minha trajetória profissional e pessoal.

Início meus agradecimentos reverentes aos meus pais, Luis Mauro e Maria Mercedes, cujo apoio inabalável e amor incondicional foram fundamentais para alcançar cada etapa deste percurso. Eles proveram os valores e a educação que guiaram minhas decisões e conduta acadêmica.

A minha esposa, Ana Carolina, expresseo profundo reconhecimento. Seu suporte emocional foi crucial, especialmente nos momentos de maior desafio, somando-se à sua compreensão desta exigente fase de vida que minha escolha acadêmica impôs a nossa família.

Sou eternamente agradecido aos meus filhos, Maria Luisa e João Antonio, que mesmo tão jovens, foram fontes contínuas de alegria e motivação. Eles refletem a razão pela qual continuei a trilhar incansável por novos conhecimentos e realizações.

Ao meu orientador, Professor e Desembargador Federal Ney Bello Filho, registro imensurável gratidão por seu guiar intelectual e orientação paciente ao longo de minha pesquisa. Seu prestígio acadêmico e sagacidade foram fundamentais para o desenvolvimento satisfatório da minha dissertação.

Aos membros da Banca, Professor e Sócio Luciano Felicio Fuck e Professor e Amigo Roberto Delmanto Junior, reconheço o amparo adquirido por meio das críticas construtivas e suporte que enalteceraam a qualidade do trabalho final apresentado.

A instituição de ensino IDP, manifesta-se aqui meu profundo apreço. Tanto a equipe docente, quanto a administrativa, proporcionaram um ambiente acadêmico enriquecedor que elevou minha busca pelo saber a patamares excepcionais. Aos amigos do mestrado, meu sincero agradecimento por um compartilhamento infindável de conhecimentos e experiências enormes durante estes dois anos e meio.

Devo um agradecimento especial aos amigos Carlos Eduardo, David e Matteus, cuja amizade e companheirismo foram pilares essenciais ao longo deste percurso, preservando a harmonia entre estudo e qualidade de vida.

Reconheço com gratidão o apoio do meu sócio e amigo Rômulo, assim como da minha irmã e sócia Marielle, onde a confiança e colaboração foram elementos determinantes ao sustento de minhas responsabilidades durante todo o mestrado.

Esta jornada acadêmica, inicialmente pavimentada na Universidade de Várzea Grande (Univag), onde me graduei aos 26 anos, culmina agora, aos 43 anos, com a conclusão bem-

sucedida deste mestrado. Meu tema, "*Fishing Expedition* no âmbito do processo penal brasileiro à luz da lei de abuso de autoridade", derivou-se diretamente do estudo de caso no qual atuei como advogado e que foi criterioso tema de debate no Superior Tribunal de Justiça, revelando premente necessidade de argumentos sólidos contra a prática de fundamentos genéricos em buscas e apreensões.

Meu apreço a todos mencionados – familiares, amigos, acadêmicos e demais colegas – é inexaurível, pois cada um traz consigo uma contribuição significativa para o sucesso alcançado. Todas essas influências e sabedorias compartilharam na construção deste momento presentemente celebrado, transformando esta fase em um feito memoravelmente engrandecedor.

## RESUMO

O estudo analisa a prática do *fishing expedition* (pescaria probatória) no processo penal brasileiro, caracterizando-a como uma afronta às garantias constitucionais e à lógica acusatória do sistema penal. Trata-se de uma investigação especulativa que busca, de forma ampla e imprecisa, elementos incriminatórios sem que existam indícios concretos de crime. Este estudo, pautado em pesquisa bibliográfica e análise de casos paradigmáticos, aborda as consequências dessa prática, incluindo sua configuração como abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade). A dissertação foi estruturada em três capítulos. O primeiro trata da evolução histórica e normativa do processo penal brasileiro, destacando as mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Anticrime. O segundo capítulo discute o abuso de autoridade como ameaça às garantias fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, analisando a tipificação legal do crime e suas implicações. No terceiro capítulo, examina-se a prática da pescaria probatória, demonstrando seu impacto na produção de provas e sua incompatibilidade com o devido processo legal. O trabalho conclui que a prática do *fishing expedition* subverte os princípios fundamentais do processo penal, como a presunção de inocência e a imparcialidade judicial, configurando abuso de autoridade e gerando nulidade absoluta dos atos processuais dela decorrentes. A pesquisa ressalta a necessidade de consolidar uma postura garantista, preservando os direitos fundamentais e a integridade do sistema penal em um Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chaves:** *Fishing Expedition*; Devido Processo Legal; Abuso de Autoridade; Garantias Constitucionais; Provas Ilícitas.

## ABSTRACT

The study analyzes the practice of fishing expedition in the Brazilian criminal procedure, characterizing it as an affront to constitutional guarantees and the accusatory logic of the penal system. It refers to speculative investigations that broadly and imprecisely seek incriminatory elements without concrete evidence of a crime. This research, based on bibliographic analysis and case studies, addresses the consequences of this practice, including its characterization as abuse of authority under Law No. 13.869/2019 (Law on Abuse of Authority). The dissertation is structured into three chapters. The first chapter discusses the historical and normative evolution of the Brazilian criminal procedure, highlighting changes introduced by the Federal Constitution of 1988 and the Anti-Crime Law. The second chapter examines abuse of authority as a threat to fundamental guarantees and the Rule of Law, analyzing the legal definition of the crime and its implications. The third chapter explores the fishing expedition practice, demonstrating its impact on evidence production and its incompatibility with due process of law. The study concludes that the practice of fishing expedition undermines fundamental principles of criminal procedure, such as the presumption of innocence and judicial impartiality, constituting abuse of authority and resulting in the nullity of related procedural acts. The research emphasizes the necessity of adopting a rights-based approach to safeguard fundamental rights and maintain the integrity of the criminal justice system in a Democratic Rule of Law.

**Keywords:** Fishing Expedition; Due Process of Law; Abuse of Authority; Constitutional Guarantees; Illicit Evidence.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. Crise da legalidade no processo penal e o sistema de Jurisdição Constitucional	14
1.2 O Princípio da Legalidade no Direito Processual Penal brasileiro.....	14
1.2 Processo Penal e Jurisdição Constitucional .....	21
1.3 A produção de provas no Direito Processual Penal.....	33
2. O abuso de autoridade institucionalizado e a violação às Garantias Constitucionais e ao Estado Democrático de Direito .....	43
2.1 A Lei de Abuso de Autoridade como medida de controle.....	43
2.2 A crise das garantias no Processo Penal Brasileiro .....	50
2.3 A institucionalização do abuso de autoridade e os riscos da “politização” das decisões judiciais para a higidez do Processo Penal .....	56
3. A prática do <i>Fishing Expedition</i> e a sua configuração enquanto abuso de autoridade.....	64
3.1 <i>Fishing Expedition</i> : conceito e histórico .....	64
3.2 A expedição de mandados de busca e apreensão genéricos como prática de <i>Fishing Expedition</i> .....	66
3.3 Da ilegalidade das provas obtidas com <i>Fishing Expedition</i> e a configuração de sua prática como abuso de autoridade .....	74
3.4 O uso do Mandado de Segurança como remédio constitucional para contornar a prática do <i>Fishing Expedition</i> .....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	92
REFERÊNCIAS.....	97

## INTRODUÇÃO

Atualmente algumas práticas estão sendo levadas à cabo de forma a corromper a lisura do procedimento *probandi*. O *fishing expedition* (pescaria probatória) pode ser listada como uma dessas práticas que subvertem a lógica instrutória processual, tratando-se de uma busca especulativa quando não se tem qualquer certeza sobre o que se investiga, mesmo assim realizam inúmeras tentativas de “pescar” evidências, tendo relação ou não com o caso concreto, para só então, subsidiar uma acusação (Dantas; Falaschi, 2023, pág. 4).

Ademais, até mesmo no período inquisitorial, é possível verificar a realização desse tipo de prática, o que é contrário à lógica procedimental da constitucionalização do processo penal (CF, art. 5º, inciso LVI), ao passo que na ausência de indícios do cometimento de crime a adoção de medidas constritivas ou invasivas de caráter exploratório, denotam abusividade pela autoridade (Valentim, Ferreira, 2024, pág. 569). A busca da verdade real a todo custo no processo penal é apta a motivar arbitrariedades, estando intimamente relacionado com o sistema inquisitório, tendo expressivo interesse público e participação da figura do juiz-ator (Valentim, Ferreira, 2024, pág. 562).

Portanto, deferir quebras de sigilo, buscas e apreensões, interceptações telefônicas, entre outros procedimentos cautelares, devem ser deferidas apenas após suspeitas concretas da prática de crime, e não as anteceder. Os limites do escopo devem ser observados pelo agente responsável pela diligência, vinculados à justa causa, sendo a restrição de direitos fundamentais como a intimidade e a liberdade medidas excepcionais e não mera deliberação da convicção do agente (Valentim, Ferreira, 2024, pág. 570).

Em que pese a exploração do tema no âmbito da literatura jurídica especializada, a prática do *fishing expedition* ainda é incipiente no âmbito da jurisprudência brasileira. No entanto, quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 62.562 do Mato Grosso, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a questão foi enfrentada de modo substancial. Isto é, a decisão reconhece como uma prática de *fishing expedition* o deferimento de uma medida cautelar, que incluiu a empresa como investigada, sem indícios mínimos do cometimento de crime, cujo objetivo foi “pescar” algum elemento que a incriminasse. Assim, verifica-se que tal prática, além de ensejar a nulidade absoluta do ato e de todos os outros dele derivados, pode e deve ser enquadrado como abuso do poder jurisdicional, passível de configurar crime de abuso de autoridade, conforme previsão do art. 27 da Lei de abuso de autoridade.

A dinâmica processual penal brasileira, em especial, o procedimento de obtenção de provas, submete-se à Constituição Federal. Assim, qualquer prova obtida por meio ilícito não poderá ser admitida no âmbito do processo (CF, art. 5º, inciso LVI). Portanto, qualquer prática que contrarie a lógica procedimental prevista no Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal - CPP) a respeito da produção e obtenção de provas deve ser considerada ilegal e julgada nula. Ao juiz, portanto, no âmbito do processo penal, cabe a imparcialidade como garantia fulcral para o funcionamento procedimental, sob pena de nulidade absoluta, conforme disposição do art. 564 do CPP.

Nesse viés, a presente pesquisa tem como problema a utilização de *fishing expedition* no âmbito do processo penal e a sua caracterização como abuso de autoridade à luz da Lei de abuso de autoridade.

Assim, utilizando-se do método dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica realizada com base em artigos científicos, legislações, documentos e a análise de alguns casos paradigmas, propôs-se investigar as implicações da utilização da prática em questão e das nulidades que isso acarreta para o processo penal. Ademais, como plano de fundo, propôs-se à investigação da possibilidade de caracterizar a prática da “pesca” de provas como abuso de autoridade, nos termos do art. 27 da Lei de abuso de autoridade.

O trabalho foi estruturado em 03 capítulos, sendo que no primeiro abordou-se a estrutura do processo penal brasileiro, realizando uma retrospectiva a respeito da evolução dos institutos probatórios fazendo-se um paralelo da dinâmica procedimental a partir da Constituição Federal de 1988 e em seguida as mudanças promovidas com o pacote anticrime e a consagração da Lei de abuso de autoridade.

No capítulo inaugural, abordou-se a lógica do ordenamento jurídico pelo elo hierárquico entre a Constituição Federal e o Direito Penal e Processual Penal. Partiu-se da premissa de que as penalidades aplicadas na seara penal, sendo a forma de intervenção do Estado, afetam e suprimem diretamente garantias constitucionais, como inviolabilidade da privacidade, liberdade e patrimônio, por isso devem ser aplicadas excepcionalmente e sob a estrita observância da lei.

O Princípio da Legalidade é, sobretudo, o filtro da parametricidade constitucional, tamanha solenidade o insere no rol dos direitos e garantias fundamentais da Magna Carta, estabelecendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, bem como estar explícito no inciso XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ditames que opõem-se ao autoritarismo e ao abuso de poder. O princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito estão tão intimamente

entrelaçados que o primeiro passo para a imposição de um regime ditatorial é justamente suprimir e relativizar este princípio.

Ainda neste capítulo, se discute que a configuração do *jus puniendi* como instrumento exclusivo do Estado, veda o uso arbitrário na condução da justiça, delimitando a prerrogativa punitivista do Estado em prol das liberdades dos indivíduos e plenitude social. Sendo este entendimento o primeiro passo para regular o limite da discricionariedade, uma linha tênue entre o caos e o bem-estar social na solução de conflitos. Mencionou-se a exemplo o julgamento da Operação Lava-Jato, que teve como foco principal figuras políticas, dando enfoque crucial à produção de provas no Direito Processual Penal.

No segundo capítulo, abordou-se o abuso de autoridade como ameaça iminente às garantias constitucionais e ao Estado Democrático de Direito, tendo a Lei de abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019) obstruído situações que enfraquecem a higidez do processo penal. O problema central deste capítulo foi a institucionalização do abuso de autoridade, cujo enfraquecimento das instituições viabilizou o surgimento de figuras políticas, aclamadas pela massa social por usar o extremismo como armas de combate em contraposição às garantias constitucionais. Tais discursos foram alavancados pela influência da mídia nos julgamentos de alta repercussão. A sociedade verte naturalmente pelo julgamento e punição e, sendo o julgador parte da sociedade, naturalmente influenciável, torna a imparcialidade um atributo difícil de ser assegurado.

Atendo ao enfoque central do segundo capítulo, abordou-se a evolução de entendimento sobre o que é o abuso de autoridade acompanhou a evolução da própria sociedade. A necessidade de conter abordagens mais minuciosas cotejou a edição da nova norma, como será visto adiante, ficou delimitado a tipificação do crime, bem como quais seriam os agentes cuja tipificação recai, consoante configuração do artigo 1º como aqueles cometidos por agente público no exercício de suas atribuições, caso abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

Abordou-se o fato de que o abuso de autoridade cometido por agentes públicos ocasiona insegurança jurídica, e conseqüentemente inibe a atuação jurisdicional, portanto, é imprescindível a um regime democrático, fundamentado sob o Estado de Direito, que os agentes também sejam submetidos à legislação e aos preceitos constitucionais (Souza, 2020, p. 35).

Ao final, em sede do terceiro capítulo, adentrou-se na prática da pescaria probatória a partir da Lei de abuso de autoridade com a respectiva responsabilização dos agentes públicos que dela se valem para conduzir o procedimento investigativo e até jurisdicional. O conjunto

probatório oriundo de uma investigação infundada e especulativa, mesmo que através de meios lícitos, denotam caráter claramente exploratório e abusivo pela autoridade. Discutiu-se sobre a nocividade da prática, destacando discricionariamente a escolha de potenciais suspeitos via estigmas, violando direitos fundamentais como a inocência e dignidade.

Neste capítulo, buscou-se apresentar os motivos pelos quais o *fishing expedition* é configurado como abuso de autoridade, escorado na própria legislação vigente, que tem como fito compreender a implicação das provas ilícitas no contexto da persecução penal. A metáfora da “pesca probatória” elucida a insegurança jurídicas que estes atos cometidos por autoridades públicas ocasionam, mesmo na ausência de provas concretas, lançam suas redes na esperança de encontrar provas, pressionando em favor do punitivismo de diversas maneiras, como, por exemplo, com mandados de busca e apreensão e interceptações telefônicas (Oliveira; Gonçalves; Leonel, 2023, p. 5678).

Obviamente essa é a ponta do *iceberg*, a parametricidade da lei será ajustada com sua aplicação em casos concretos. Por hora, a Lei de Abuso de Autoridade, bem como a conformação do *fishing expedition* como abuso de autoridade, já são potenciais “travas de segurança” contra a arbitrariedade estatal. Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, nunca deverão ser relativizados, vez que propiciam ao indivíduo desenvolver-se em uma sociedade, salvaguardando os preceitos do Estado Democrático de Direito.

## **1. Crise da legalidade no processo penal e o sistema de Jurisdição Constitucional**

### **1.2 O Princípio da Legalidade no Direito Processual Penal brasileiro**

A lógica do processo penal convalesceu ao longo dos anos conduzido pelas próprias transformações sociais. A passagem entre os séculos XII e XIV, foi determinante para a perpetuação do sistema inquisitório, cujos preceitos da heresia entabulados pela Igreja Católica consubstanciavam com as condutas civis.

Em essência, o sistema inquisitório aglutinava todas as funções nas mãos do juiz, soberano do processo, carecendo de uma estrutura dialética e contraditória. Tampouco prezava pela imparcialidade, o juiz decidia o que era crime a depender do caso concreto, atuava de ofício dispensando a publicidade, buscava as provas e decidia a partir das provas que ele mesmo produzia (Silva Junior, 2023, p. 20). Noutra volta, o sistema acusatório pormenorizava a separação entre o juiz e as partes, estes incumbidos pela produção de provas. Essas modificações processuais inibiram a atuação probatória e persecutória do juiz, agora oportunizado o contraditório e com efetiva imparcialidade do julgador.

Num cenário amplo, o Iluminismo foi responsável por popularizar esses preceitos que passaram a integrar as Cartas Políticas, propiciando o estabelecimento da legalidade como uma garantia fundamental inserida em quase todas as constituições democráticas ocidentais desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, conforme levantamento do autor Tauã Lima Verdan (2013, p. 3). Na mesma esteira, explica o autor Cláudio Brandão (2014, p. 74) que, no iluminismo penal, a lei era o instrumento que possibilitava o corte entre duas realidades politicamente opostas: o terror penal e o direito penal liberal. A realidade da primeira não previa limites ao poder de punir, e o direito poderia ser usado pelos detentores do poder político para acomodar as situações que lhes convinha, que foi limitada com a ratificação do princípio da legalidade.

No Brasil, as transformações foram inauguradas na primeira Constituição Federal de 1824 em um solo inóspito caracterizado pelo absolutismo e concentração de poder nas mãos do Imperador e com ideais opostos à Democracia. Ressalta-se que a instabilidade e o desrespeito às instituições ameaçam sistematicamente o Estado Democrático de Direito, embora o cenário do país tenha sofrido profundas alterações desde a primeira Constituição.

Ao longo dos anos, a roupagem dos deturpadores da democracia encobriu regimes ditatoriais, marcados pela repressão que o ente estatal promovia com seu poder arbitrário

sobre os cidadãos. O aviltamento do sistema de freios e contrapesos que salvaguardam a tripartição dos poderes prevaleceu, ao passo que as garantias fundamentais vergaram ao autoritarismo, ultrajados.

Ante a latente necessidade de tolher as arbitrariedades estatais, o constituinte inaugurou a Constituição Cidadã, pautada no “garantismo”, que resgatou valores e princípios basilares de um Estado Democrático. A teoria do garantismo sob o prisma penal foi conceituado pelo professor Luigi Ferrajoli (2010, p. 785-786), que designa um modelo normativo de estrita legalidade, em que o poder deriva do ordenamento jurídico, especialmente da Constituição Federal, com fito de neutralizar o poder punitivo e sobrelevar ao máximo a garantia de direitos dos cidadãos.

Desde então, todo ordenamento jurídico brasileiro tem arraigado esses preceitos, com enfoque na Constituição Federal de 1988 e conseqüentemente o Código de Processo Penal. Em se tratando de matéria processual penal, é explícita a influência do modelo acusatório no artigo 3º-A, que foi inserido pela Lei n. 13.964/2019, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (Brasil, 1941)

Noutra forma não poderia fazê-lo, pois, em linhas introdutórias, toda ciência jurídica brasileira é norteadada por princípios, sobretudo, o Princípio da Legalidade. Este princípio é tão solene ao ponto de influir o segundo inciso no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Magna Carta, e estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, bem como estar explícito no inciso XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988), insculpindo Cláusula Pétreia que opõe-se ao autoritarismo e ao abuso de poder.

Em suma, o elo hierárquico entre a Constituição Federal e o Direito Penal e Processual Penal são imprescindíveis, enquanto um dita os princípios norteadores de toda estrutura jurídica, o outro é o instrumento de aplicação das leis. O direito penal é a forma de intervenção do Estado pelo qual é possível, através de sua aplicabilidade, limitar da pessoa humana direitos garantidos pela própria Constituição, como a liberdade e o patrimônio, desde que observados os preceitos fundamentais.

Essa cautela inescusável com aplicação da lei penal é salutar para a segurança jurídica no contraponto entre a função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos, para tanto, a legalidade a reparação das ações que são contrárias à ordem social. Neste sentido, Edmund Mezger (1995, p. 17) conceitua o Direito Penal como o conjunto de normas que

regulam o exercício do poder punitivo do Estado, que associa o delito como pressuposto e a pena como consequência jurídica.

Neste ínterim, consoante desenvolvimento de Guilherme Camargos Quintela, o direito é a objetivação da conduta humana, possibilitando a determinação e a previsão da tipicidade de comportamentos, sejam eles quistos ou reprováveis e, neste caso, puníveis. Essa classificação de ações e de normas gera uma coerência que propicia previsibilidade das condutas sociais, criando um sentimento de segurança. É uma tendência natural do ser humano buscar a estabilidade e o direito é o instrumento que tenta suprir tal lacuna ao proporcionar segurança (2011, p. 18).

Há literaturas que consideram a segurança jurídica como norma jurídica, ou seja, meio pelo qual se estabelece, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório, na estrutura prevista por Humberto Ávila (2009, p. 486), bem como literaturas que a considerem como um princípio. Neste caso, destaca Claus Canaris que a segurança jurídica se converterá em princípio a partir do momento que objetivam seus sentidos e propósitos, quais sejam, a determinabilidade e a previsibilidade do Direito, bem como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência (2002, p. 22).

Sem olvidar, o postulado da legalidade assume o protagonismo dentre os princípios norteadores do Direito Penal, no juízo de valor do autor Luiz Regis Prado (2005, p. 140), o Princípio da Legalidade é a pedra angular do direito Penal, pois, através dele todos os outros princípios são dispostos ao indivíduo de forma a prever a intervenção punitiva do Estado. Em linhas abrangentes, o Princípio da Legalidade pronuncia a inexistência de crime sem lei anterior que o defina ou pena sem prévia cominação legal, nos termos do art. 5º inciso XXXIX, da CF. Também denominada princípio da anterioridade penal, ou *lex praevia*, institui que a lei tipificadora seja anterior à conduta típica, exceto se mais favorável ao acusado, desta forma, obsta a aplicação de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade.

Estima, ademais, a vedação de leis penais *ex post facto* (“a partir do fato passado”), que proíbe a edição de leis *ad hoc* (“para um propósito específico”), conforme apregoadado pelo autor Tauã Lima Verdan. Este preceito afasta a aplicabilidade das penas pela comoção social, por isso, para empregar uma lei a um fato contrário aos ensejos sociais, é essencial que a norma esteja em plena vigência antes do crime, sendo que somente lei em sentido estrito pode editar crimes e cominar penas criminais.

Desta forma, exclui-se a possibilidade de criar fatos delituosos para atender eventualidades, geralmente políticas e sociais, por meio de atos normativos *lato sensu*, como, por exemplo, decreto-lei ou medida provisória. A legalidade vela pela liberdade e dignidade

do indivíduo, protegendo-o do exercício abusivo da persecução penal, obstando a utilização desta de forma contingente e a discricionariedade das autoridades com poderes estatais, capazes de manobrar o sistema acusatório em favor de interesses e favorecimentos individuais.

Nota-se que o princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito estão tão intimamente entrelaçados que, durante toda história, o primeiro passo para a imposição de um regime ditatorial é justamente sobrepor a legalidade, revogando-a com o intuito de utilizar a norma arbitrariamente e manter-se a frente do poder de forma ilimitada. A supressão deste princípio declina a proteção aos direitos fundamentais, especialmente da liberdade, expondo os indivíduos a iminência de ser alvo de imposições penais do Estado, que utiliza do terror para suprimir os revoltosos.

Aclamada definição de Estado Democrático de Direito foi pronunciada pelo ex-Presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln, após triunfo na Guerra de Secessão, marcado como “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Em linhas gerais, entende-se “governo do povo” pelo liame da participação popular, e “governo para o povo”, que se diz sempre a favor dos interesses do povo, tais retóricas, apesar das democracias totalitárias, em essência, significarem desvio à noção de governo democrático, tais retóricas sustentaram regimes facistas e comunistas do século XX, conforme Fernando de Sousa (2006, p. 7).

Na doutrina de Alexandre de Moraes, os três elementos constitutivos fundamentais do Estado são: soberania, população e território. Portanto, qualifica-se como uma organização jurídica limitada a um território e com população delineada e dotado de soberania, sendo um poder supremo no plano interno e um poder independente num plano internacional. Enquanto a Democracia imprime o ideal de poder que emana do povo, cuja principal característica é a participação popular na tomada de decisões e o Direito é o conjunto de normas que rege uma sociedade.

Estando diante da concepção plena de Estado Democrático de Direito, observa-se uma tendência de governos se autoproclamarem democráticos de direito com o objetivo de se legitimarem no poder a partir da proclamação de ideais aclamados mundialmente, conforme observa Guilherme Dourado Aragão Sá Araújo (2017, p. 65). Entretanto, subvertem a dogmática principiológica, ameaçando as liberdades e garantias individuais de seus cidadãos.

Atendo-se a necessidade de elaboração e aplicação da norma penal sob a égide dos princípios constitucionais, resguardam a dignidade humana e sobrelevam valores fundamentais da sociedade, envoltos no equilíbrio e na ordem social. Na literatura de Fernando Capez (2023, p. 28), o Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do

perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um direito penal democrático, sustentado pelo princípio da dignidade humana de modo que toda incriminação que foge a tangente é substancialmente inconstitucional.

Cabe ao legislador, observando os anseios sociais, escolher os interesses que serão atribuídos à tutela penal, e no momento que for consumada a adequação típica deverá obrigatoriamente verificar se aquela conduta atenta contra a dignidade da pessoa humana, caso identificado que sim, será em essência inconstitucional. Essa circunstância emergirá ao legislador a obrigação de controle técnico da norma até que seja configurada a compatibilidade vertical com a Constituição.

Na perspectiva do autor Mirabete (2008, p. 38), verificada as condições de aplicabilidade da norma, restará anuída ao controle do princípio da legalidade, segundo o qual, a punição só alcançará o indivíduo se anteriormente ao fato praticado por ele houver lei, que necessariamente descreva a conduta e a sanção, que o considere crime. Caso assim não o configure, pouco importa se o fato for identificado como imoral, antissocial, danoso, ou cause repúdio social, não caberá aplicação sancionatória de cunho material, sendo penalizado moralmente somente em seu íntimo.

A doutrina orienta-se maciçamente no sentido de paridade conceitual entre legalidade e reserva legal, lado outro, autores como Fernando Capez, entendem que o princípio da legalidade é o gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Tauã Verdan, por exemplo, distingue o Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal, admitindo este último como um desdobramento dos pilares que sustentam a legalidade quanto ao sentido formal da lei, perfazendo sinônimo do corolário *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (2013, p. 9)

José Cirilo Cordeiro Silva e Elaine Glaci Fumagalli Errador Casagrande (2010, p. 27) explica que o princípio tem significado político e jurídico, sendo que seu significado político atende a função de limitar o poder do Estado, e o jurídico impõe a ineficácia das leis genéricas, devendo ser totalmente descrita sua conduta e resultado, definidos como tipicidade.

Para os autores (2010, p.27), para que a lei surta seus efeitos deverá gozar da legalidade material, formal, sendo exigido também sua plena vigência. Distingue ainda quatro funções denominadas “função de garantia penal”, sendo elas: “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, que veda o agravamento da punibilidade por leis retroativas; “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*”, que veda a punibilidade pelo direito costumeiro, estipulando o direito positivado escrito; “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”, que inviabiliza o agravamento da punibilidade pela analogia do intérprete se não expressamente previsto pelo

legislador; e “*nullun crimen, nulla poena sine lege certa*” que veda a imputação de penas que sejam indeterminadas.

Em um apanhado geral, trata-se de um princípio consagrado em nível constitucional e infraconstitucional, cuja função é distintamente garantidora, regulando a abrangência da punibilidade estatal e a segurança do ordenamento jurídico. Fundamentalmente, esta garantia permite ao indivíduo conhecer o conteúdo do injusto de maneira prévia, afastando a surpresa de uma imputação que sequer integrava dispositivos legais, inócuo frente a tipicidade das ações próprias e impróprias. O dispositivo legal como princípio velador, confere certa estabilidade na sociedade como um todo.

O autor Henrique Castro pondera que o termo inicial da norma penal incriminadora é a data de sua vigência, impedindo sua retroatividade em malefício do indivíduo. O que não impede o contrário, assim, nos casos em que a norma penal for benéfica há duas correntes aplicáveis, a primeira dispõe da data de publicação em razão do princípio da economia, e a segunda da data de entrada em vigor em função da segurança jurídica (2012, p. 82).

A problemática do risco à legalidade penal assombra com a ampliação da interpretação judicial, em sentido e abrangência do texto normativo, estendendo o mínimo de garantia individual e de contenção do poder punitivo. A tutela de determinado bem jurídico, por mais precioso que seja, não autoriza ao julgador sobrepor o conteúdo da norma, mesmo que na seara do poder discricionário do juiz em preencher a lacuna do tipo, reitera as garantias advindas da tipificação.

Através da percepção de Bruno Queiroz Oliveira e Nestor Eduardo Santiago Correio (2018, p. 48), a problemática do garantismo versus o princípio da legalidade denota duas faces longínquas, uma diante dos princípios constitucionais, em que o garantismo permite essa abertura interpretativa no sentido do juiz acolher a melhor opção a fim de se valer dos valores constitucionais, ao passo que, no aspecto da legalidade penal, o garantismo delimita o poder de interpretação judicial para estipular maior segurança jurídica.

Por seu turno, o positivismo jurídico inevitavelmente aduz o fechamento interpretativo pela discricionariedade judicial, permitindo várias interpretações possíveis, nesta vinda, o juiz não decide, mas acolhe uma interpretação que abranja o juízo de tipicidade. É notório o crescente sentimento de insegurança visto o aumento da complexidade das relações sociais, que demanda a maximização da intervenção expansiva-preventiva do direito penal, como forma de restabelecer os valores e o consenso social, aferem ainda Bruno Queiroz Oliveira e Nestor Eduardo Santiago Correio(2018, p. 47). Desta forma, o consenso mais pertinente ressalva que as variáveis capazes de conduzir o processo penal seja a análise do caso com

todas as suas nuances, mas não permite a relativização dos princípios ou brechas para interpretações jurídicas distantes destes princípios. Entrementes, a padronização do sistema penal resulta em benefícios consideráveis, apesar do crescente intercâmbio de pessoas, bens e informações, quando impera a igualdade nas decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

É cónnito que o *jus puniendi* é um instrumento exclusivo do Estado, sendo vedado o uso arbitrário das próprias razões e força na condução da justiça, para tanto, o Princípio da Legalidade, axioma da teoria do garantismo constitucional, delimita a prerrogativa punitiva do Estado em prol da liberdade dos cidadãos. Tornando-se, desta forma, um mecanismo regulador fundamental da sociedade. Dentre os propósitos dos princípios jurídicos faz-se premente o mínimo de previsibilidade e estabilidade para o desenvolvimento das relações sociais, sendo que, os comportamentos que orientam atitudes individuais sejam evitados da conjectura dos reflexos, assim poderão prever o que poderão fazer. A partir da vida em sociedade surge o direito, a convivência entre o “ser” e o “outro” realçam o social e projetam-se interesses, carências e aspirações a suscitar regulação, relata Quintela (2011, p. 22)

O princípio da legalidade pressupõe, no mesmo cenário, o limite da discricionariedade, bem como um orientador dos comportamentos sociais, dando ao indivíduo livre arbítrio condicionado pela previsão do que é reprovável e punível. Desse modo, o risco à legalidade penal surge com a interpretação judicial tendenciosa a abrangência do texto normativo, e como um desdobramento do princípio da legalidade, o princípio da taxatividade exige do legislador a redação determinada da disposição legal para uma mais perfeita descrição do fato típico, constituindo a autolimitação do poder punitivo-judiciário, consoante análise de (Oliveira e Santiago, 2018, p. 47).

Ante o exposto, a função social do direito atende a sociedade sob o clamor da segurança e estabilidade, oportunizado pelos princípios norteadores. O mundo contemporâneo exige certa padronização, da qual resultam vastos benefícios para o bem-estar social. A própria ideia da lei, como norma geral e abstrata, dissemina essa necessidade de uniformização acentuada pelo fenômeno da globalização, com notável intercâmbio de bens, pessoas e informações (Oliveira e Santiago, 2018, p. 48-49). Em concretude, é inevitável que o fenômeno decorrente das reclamações punitivistas da sociedade não alcance uma estabilidade, no entanto, tais mudanças atingem diretamente a identidade do Direito, equivalente a riscos ao Estado Democrático de Direito.

## 1.2 Processo Penal e Jurisdição Constitucional

O sistema legal atende a uma hierarquização normativa cujo apogeu é ocupado pela Constituição Federal de 1988, designando parâmetros às demais normas infraconstitucionais. Este dito Estado Constitucional de Direito substituiu o pretérito Estado Legislativo de Direito, modelo dominante até o final da Segunda Guerra Mundial, cujas normas constitucionais se limitavam a um documento político sem aplicabilidade direta, revolve Luís Roberto Barroso (2014, p. 3).

A concretude do Estado Constitucional de Direito estabeleceu a Constituição, não só como norma jurídica propriamente dita, mas como disciplinador das leis e atos normativos, delimitando o conteúdo através do controle de constitucionalidade, e inaugurando a função regulamentar na atuação do Estado. Neste óbice, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2014, p. 3-4), a jurisdição constitucional designa uma instância mediadora e imparcial na solução de conflitos, em tese, uma corte suprema na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

A configuração do controle de constitucionalidade adotado no Brasil combina o formato legislativo americano, em que todo juiz e tribunal pode apreciar a validade de uma norma ao caso concreto, ou controle difuso, e o formato europeu, cujas demandas são ajuizadas diretamente perante uma corte constitucional, ou controle concentrado, que neste caso a validade constitucional de uma lei ou ato normativo é discutido perante o Supremo Tribunal Federal fora de uma situação concreta de litígio.

Para o autor Paulo Bonavides (2004, p. 128), é necessário distinguir a legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição, sendo a primeira estática e pacífica, e a segunda axiológica, controversa e dinâmica. Enquanto a legitimidade da jurisdição imprime a defesa da ordem constitucional, a legitimidade no exercício dessa jurisdição se confunde com política, abrindo brechas para intervenção do Executivo no Judiciário, utilizando o controle constitucional como instrumento do arbítrio dos governantes.

Nesta dinâmica das normas subalternas à Constituição, o Direito Penal e Processual Penal surgem como a forma mais gravosa de intervenção estatal, portanto, exigem maior grau de cautela em observação aos ditames constitucionais. Isto, pois, segundo o raciocínio do autor Cláudio Brandão (2005, p. 35), os bens atingidos pelas penas são também bens assegurados a todos os cidadãos pela Carta Política, por exemplo, o crime de sequestro descreve a violação da liberdade de locomoção de outrem, ao passo que a pena de privação

de liberdade viola a mesma garantia de liberdade. Logo, crime e pena são formas de produzir um dano de igual natureza.

Ainda no que aduz o autor Cláudio Brandão (2005, p.35), o Direito é indissociável das penas, vez que a coercitividade é sua condição de vigência, ao passo que, o Direito é condição de existência do próprio Estado, assim como as penas, portanto, Estado, Direito e Pena são intrínsecos entre si. À luz do exposto, o direito penal é um indicador sensível para aferir os limites da punibilidade do Estado, vez que, se a coerção estatal for exercida nos limites da lei, resguardando à dignidade da pessoa humana, é legítimo dentro de um Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, o Direito Penal que rompe com o perfil estatal arbitrário e passa a sobrelevar as garantias fundamentais é recente, tendo suas diretrizes inauguradas com o Princípio da Legalidade, em meados do século XVIII, mas com elementos garantistas a partir dos horrores assistidos com as duas grandes guerras mundiais, como visto anteriormente. Quanto aos avanços processuais penais em matéria de jurisdição constitucional, o marco expressivo no Brasil foi a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Delineando os sustentáculos do Estado de Direito, os ideais constitucionais pós-guerra instituiu a supremacia das Constituições nos Estados Democráticos, estabelecendo os direitos e as garantias fundamentais como cláusulas pétreas, como um mecanismo que impede o retorno dos regimes recém destituídos. O ordenamento jurídico sob a jurisdição constitucional, consubstancia um sistema de limites e vínculos jurídicos que incidem sobre todos os poderes estatais constituídos, através da regulação formal e material da produção do Direito. Neste parâmetro consignado pelo autor, o direito penal liberal, com firmes arestas no iluminismo, é o direito penal que inaugura a função de proteger os cidadãos contra o arbítrio do Estado, refletindo sobre o *jus puniendi* estatal ao máximo as esferas de liberdade dos jurisdicionados. Noutro lado, diante da inobservância das regras do jogo, na medida em que o poder estatal urge descomprometido das limitações, às liberdades e os direitos de todos os cidadãos estará deveras ameaçado, visto noções do autor Iago Oliveira Ferreira (2014, p. 179).

Com ênfase no Princípio da Legalidade, consigna que este princípio surgiu como uma oposição às penas desumanas que caracterizavam o sistema criminal do século XVIII, tornando-se, tempos mais tarde, no mais importante mecanismo limitador do arbítrio punitivo do Estado. Este princípio estabeleceu-se como um vetor de garantias, permitindo que bens jurídicos como dignidade da pessoa humana e a liberdade fossem valoradas à condição do Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, o fenômeno da globalização e a onda de reivindicações por maior intervenção penal, designando a “sociedade de risco”, distanciam a

aplicabilidade do princípio das atividades jurisdicionais, conforme análise dos autores Bruno Queiroz Oliveira e Nestor Eduardo Santiago Correio (2018, p. 42).

Na visão destes autores, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de dar efetividade ao princípio da legalidade, pois a ele incumbe declarar a inconstitucionalidade dos tipos penais que violam as garantias relacionadas à legalidade, ao passo que limita seu alcance às condutas objetivamente determinadas. Neste ponto, vindica mencionar que a expansão territorial do Brasil ocasiona um espectro diversificado de valores, evidenciado na desarmonia interpretativa entre os órgãos judiciários, apurando a imprescindível proteção da legalidade. Ainda segundo os autores supramencionados, resguardar a legalidade é proteger o cidadão do próprio Estado democrático de Direito, o que ocasionou a criação de um só tribunal com funções diferenciadas para uniformização dos julgados, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça (2018, p. 42).

Outro aspecto a ser percebido é o fenômeno da judicialização, sob recorte singularizado de Luís Roberto Barroso (2014, p. 5), demonstra a afinidade entre a justiça e a política no mundo moderno, em que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral foram transferidas das instâncias políticas tradicionais, Legislativo e Executivo, para a apreciação expansiva do Poder Judiciário, demandando um judiciário forte e independente como elemento imprescindível para as democracias contemporâneas. Entretanto, este fenômeno é um forte indicativo da desilusão com a política em razão da crise de representatividade, sem contar que atores políticos transferem ao judiciário a responsabilidade decisória de questões deveras polêmicas às quais exista dissenso moral na sociedade, retirando os temas do debate político e remendando a pretensões judicializáveis, numa manobra a eximir-se em retidão.

Em contraponto, há uma tendência vertiginosa à relativização de princípios para atender aos anseios sociais da punibilidade ostensiva, que contraria a lógica processual ocasionando expressivo grau de instabilidade jurídica. O primeiro princípio do sistema de garantias a ser sacrificado em razão da motivação política de decisões judiciais é o da legalidade, a partir daí, o exercício impróprio do poder judiciário concebe a ideia de ativismo judicial, que está associado justamente a atuação mais intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Em defesa dessa atuação expansiva do judiciário, Barroso (2014, p. 9) ressalta que em muitas ocasiões sequer há confronto com os demais poderes, mas mero posicionamento quando vaga espaços que exigem posicionamento.

Para ele, a judicialização é uma circunstância limítrofe institucional, enquanto o ativismo é um modo proativo de interpretar a constituição, expandindo seu sentido e alcance.

Ademais, os membros do judiciário não portam cargos de natureza eletiva, cuja investidura depende da vontade popular, quando contrapõem atos do legislativo ou executivo, ou impõem-lhes deveres de atuação, desempenhando seu papel sem pretensão política, gera efeito contramajoritário subjugado à reprovação social.

A intenção de agentes públicos em fazer "justiça social" desrespeitando os limites da legalidade e receber o reconhecimento quanto a essa conduta, subverte seus papéis como guardiões da lei e operadores do direito, cuja função é a interpretação e aplicação da norma ao caso em concreto, adotando de forma parcial as razões reivindicadas por uma das partes, notadamente quando as ideologias coincidem.

No intuito ilustrativo, a condução da intitulada “Operação Lava Jato”, inaugurou um malabarismo judicial dedutivo, uma articulação político-partidária, com o fito prévio de punir o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Neste caso, notadamente a produção de provas ocorreu durante o transcurso do processo e, corrompendo fluência processual de livre convencimento do juiz através das provas oferecidas pelas partes, neste caso, o magistrado sentenciou antes mesmo da instrução e providenciou as provas para fundamentar seus desígnios punitivistas. Não por acaso, o processo destituído de julgamento técnico que se tornou atração midiática, resultou em anulações e no descrédito do poder judiciário. Presunções, inversão do ônus da prova, parcialidade e juízos morais caracterizam aquilo que Lênio Streck (2022, p. 770) denomina de *lawfare*.

*Lawfare* é a fusão dos termos *Warfare*, que em inglês remete a guerra ou conflito, e *Law*, que se traduz tanto em lei quanto em direito. *Lawfare*, portanto, é uma tática conflituosa num cenário em que o Direito é utilizado como arma contra um inimigo específico. Ainda aduz o autor que o *lawfare* é o mesmo que lançar mão do método, colocando os fins de condenação em primeiro plano, deixando os meios, neste caso entende-se como sendo a fundamentação, apenas como ornamento. Ao mesmo passo, quando a Constituição estabelece uma garantia e o judiciário a torna tabula rasa, também configura a prática do *lawfare* (Sreck, 2022, p. 772).

Emoldurar este cenário arcaico em tempos modernos é admitir a predileção do judiciário pela Teoria do Direito Penal do Inimigo e, concomitantemente, o Direito Penal com fulcro estritamente punitivista. Essa teoria traz à tona o anseio segregacionista da sociedade de “descartar” quem não se sujeitasse ao padrão normativo, tanto que faz menção a um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo. Para elucidar quem são os inimigos exige delimitar primeiro quem são os cidadãos. Através do conceito atribuído pelos autores Vitor Mizuno Cortes e Rodrigo Lemos Arteiro (2011, p. 3), o cidadão é indivíduo que, ao aderir ao

contrato social, age conforme suas disposições, com respeito às regras. Ao infringir o contrato social, o cidadão torna-se inimigo, pois não oferece mais garantia de que será fiel às normas, deixando de ser membro do Estado, portanto, indigno da garantia de seus direitos. Nesta esteira, o direito passa a ser um instrumento de coação psicológica sobre todos os cidadãos para que não pratiquem delitos.

Por óbvio, o Direito Penal do Inimigo contende com os direitos e as garantias fundamentais, o desabono estatal impedia que o indivíduo lograsse um processo penal formal e coerente, por fim, a imposição de penas desarrazoadas transformavam os inimigos em vítimas e o Estado no próprio vilão. No conceito de Eduardo Demetrio Crespo (2004, p. 1), o Direito Penal do Inimigo se caracteriza pelo adiantamento da punibilidade, sob uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, como fulcro de incrementar as penas neutralizando os sujeitos denominados inimigos, com a supressão de determinadas garantias individuais.

Os anseios rudimentares pela punibilidade a qualquer preço continuam arraigados na sociedade assim como extermínio dos inimigos do Estado, que tornou-se uma potente bandeira política. Sem surpresa, o “extermínio” dos inimigos não perfaz sentido metafórico, de fato o termo “bandido bom é bandido morto” refere-se a assassinatos seletivos legitimados pelo Estado, mesmo que de forma velada. Convenhamos que, ainda que a pena de morte tenha sido abolida no Brasil com o código Criminal de 1890, este ideário prevalece na sociedade em meio ao enfrentamento da crise de legalidade.

Aos convictos defensores do devido processo legal que restaram, recebem pejorativamente o título de “defensores dos Direitos Humanos”, com uma conotação negativa quase equiparados a incitadores do crime, “defensores de bandidos”, senão a criminosos. Estes fatos denotam uma crise do Estado de Direito, pela via da exasperação punitiva ao capricho da demagogia política e do espetáculo midiático. Os discursos aferidos são habitualmente confirmados e dissipados pela sociedade, quer valendo-se da maldade, ou, na melhor das hipóteses, da ignorância acadêmica.

Por óbvio esse apreço pela aplicação de penas não condiz com os preceitos do Direito Penal e Processual, nem tampouco da Constituição Federal. Em verdade, estão seguindo para direções opostas, liquidando a possibilidade do resultado ser positivo. As cartas legais foram concebidas com o intuito de organicidade, como um contrato social sob o qual todos os cidadãos estão sujeitos enquanto parte da sociedade, suas regras têm em vista o desenvolvimento pleno com a supressão de circunstâncias contrárias a este desenvolvimento.

Noutras palavras, o Sistema Penal, sujeitado a Jurisdição Constitucional, é o instrumento que efetiva a proteção aos bens jurídicos fundamentais, confrontando condutas ofensivas através das penas quando os outros ramos do direito, que denotam valores da própria convivência humana, não logram êxito. Devido justamente a visão de que o direito penal atua como um direito de garantias, indissociáveis de princípios como o da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, dignidade da pessoa humana, característicos de um Estado social, democrático e de direito, convém buscar alternativas apartadas das convicções punitivistas e autoritárias.

Na concepção de Iago Ferreira (2014, p. 180), é preciso deslegitimar a justificativa que respalda a legislação da exceção. As próprias Constituições modernas preveem a exceção à regra, em hipóteses taxativas em que pode ser instituído regimes de exceção, única hipótese dentro da legalidade constitucional, em que o Estado estará autorizado a suprimir alguns direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face da situação emergencial. A Constituição Federal Brasileira prevê expressamente os estados de defesa, no artigo 136 e seguintes, e de sítio, no artigo 137 e seguintes, regulamenta as estritas hipóteses de flexibilização do poder político e a exata medida dessa mitigação autorizada de barreiras jurídicas. Ressalta, reiteradamente, que qualquer regime de exceção instaurado à revelia dessas previsões taxativas e emergenciais, são evidentemente inconstitucionais e ilegítimas.

O grande dilema surge quando o Estado tenciona contra a racionalidade jurídica, como fortes tendências políticas observadas nestes tempos, buscando instaurar regimes de exceção com justificativas emergenciais não previstas nas estritas hipóteses constitucionais, deslegitimando direitos e garantias e limitações jurídicas sem autorização normativa justificada, senão intentos de um grupo específico com fitos políticos. Pontualmente, o autor indaga, nestes casos, o prevailecimento da “razão do Estado” em detrimento da “razão do Direito”, sob discurso legitimador da emergência, representada pela ameaça à “segurança pública”, o Estado passa a romper os limites jurídico-constitucionais aos quais está subordinado, convincentemente justificando a fissura tratando os limites constitucionais como um empecilho ao alcance dos fins estatais, quais sejam, a garantia do “bem-estar geral” e a segurança (2014, p. 180).

A expansão da intervenção penal sim é um problema emergencial que coloca em risco o “bem-estar geral” e a segurança. Portanto, logo se percebe que a ciência penal punitivista e subserviente à política criminal presta um desserviço à sociedade. É preciso jogar todos os holofotes ao reconhecimento e a defesa de direitos e garantias fundamentais. A expansão do direito penal encontra concretização não mais no campo da proteção antecipada, mas no

campo da proteção ainda anterior a essa proteção já antecipada, propagando de forma viral ilícitos de mera violação de dever e a punição de atos preparatórios, sob o pretexto da “boa-cause”, ponderado por Fábio D’ávila (2013, p. 68).

Para o autor, há um desequilíbrio inquietante no embate entre segurança e liberdade, agravado pela “liminaridade” do contexto histórico-social, e mais do que isso, a forma como a ciência penal tem agido frente a essa realidade e garantias penais têm sido tão facilmente descartada em nome do combate à criminalidade, no seio de Estados Democráticos de Direito. A perda da capacidade crítica da dogmática penal é uma constatação sórdida. A luta contra o terrorismo justificada a qualquer custo, ainda que implique na deslegitimação de compromissos democráticos históricos, por mais alto que saiam as custas para a sociedade, única sacrificada neste jogo, enaltece a proposta de ruptura do conceito de pressão no direito penal do inimigo.

Conclui o autor que, com os avanços experienciados da ciência, não permite pensar no direito penal como um mero sistema silógico-formal, como uma norma estritamente positivista, assim como não se pode pensar que princípios como o *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine culpa* ou *nullum crimen sine iniuria*, bem como critérios gerais de exclusão de ilicitude e culpabilidade, entre outros, estão fora do direito penal, justamente por não privilegiarem a política criminal que avança. Há, portanto, a imprescindibilidade do ressurgimento de temas tradicionais, como o conceito material de crime e, por consequência, a própria teoria do bem jurídico, renovados e aprimorados, como exige a espiral histórica. Tendo, portanto, o conceito de perigo como categoria central para a delimitação material do ilícito penal, resguardando o conceito de crime pensado a partir do ilícito e não a partir da pena ou da necessidade de punição (2013, p. 70).

A Jurisdição Constitucional, na perspectiva da literatura jurídica especializada, cuida-se da aplicação da Constituição por órgãos judiciais, compreendendo duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações por ela contempladas, por exemplo, a atribuição de competência entre os entes federados ou direito a qualquer garantia constitucional. A segunda, envolve a aplicação indireta da constituição, e ocorre quando o intérprete utiliza da Lei Maior como parâmetro para verificar a validade de uma norma infraconstitucional, ou dando sentido a interpretação conforme a Constituição, diametralmente ao postulado por Barroso (2014, p. 3-4).

Nesse mister, de acordo com Felipe Bizinoto Soares de Pádua e Denise Auad (2023, p. 197) é possível dizer que um sistema de Jurisdição Constitucional, atribuído ao juiz, ordinário ou constitucional, o papel de dar a última voz sobre a Constitucionalidade, como cerne deste

predicado, cabe ao órgão ou ente alheio ao Estado-Legislator exercer a função de fiscal de conformidade. Aduz o direito como limitador da vida política, garantindo, em última instância, obediência a supremacia constitucional, as quais o próprio poder político está sujeito.

Retomando o debate quanto ao ativismo judicial, duas faces são expostas: a positiva, que atribui legitimidade ao Poder Judiciário quando os outros dois (Legislativo e executivo) se mantêm silentes em matérias das quais são responsáveis, com o intuito de efetivar os direitos fundamentais que não estão sendo cumpridos. Por outro lado, negativamente, é explícita a atuação dos magistrados fora dos limites legais, ferindo a própria Constituição. Em sequência, observamos o papel que a mídia tem portado como legitimador do ativismo judicial, vez que dotada de publicização é capaz de influenciar na concepção, opinião e percepções na sociedade, são o palco formidável para potenciais demagogos.

Fazendo um adendo à etimologia do termo demagogia, deriva do idioma francês, *démagogie*, e este do idioma Grego, *demagogós*, constituído por *demos*, “povo”, e *agogós*, “que conduz”, assim faziam referência aos dominantes da oratória que falava em nome da população, conforme pesquisas de Waldo Vieira (2009, p. 1). No estreito à subversão das próprias instituições, o termo passou a abranger estratégias discursivas desvirtuadas a manipular a massa para oportunizar interesses próprios. Tanto em tempos remotos quanto nesse, os líderes à frente dos três poderes destoam da inerência de suas funções utilizando a massa para satisfazerem suas próprias pretensões.

Não obstante, esses atos são facilmente identificados através dos representantes do poder legislativo, resultado da natureza eletiva dos cargos, no entanto, a gravidade salta quando no poder judiciário, afinal, são a eles atribuídos às funções decisórias de todo o país, e através dessas decisões influi todo o curso da história. As decisões de alta repercussão, os holofotes nos juízes e magistrados, conferiram ao Poder Judiciário o papel de grande protagonista de um espetáculo e, em prejuízo, os posicionamentos tem mais compromisso com a mídia e com a opinião social do que com o estrito cumprimento da lei.

Não raras vezes, os juízes encobertos pelo receio de desagradar a quem interessa, ou ter desabonada sua capacidade decisória, procura as provas fora do processo, ainda que as partes se mantenham inertes. Essa prática é denominada *Fishing Expedition*, em livre tradução, “pesca probatória”, que será melhor abordada nos capítulos vindouros, realizada pelos detentores da persecução penal, denomina a excessiva e desnecessária atuação dos atores envolvidos no processo penal, desde a autoridade policial até o Membro do Ministério Público e o Magistrado, na composição de provas, com o escopo de fundar uma acusação a

qualquer custo. Tendo em vista as normas previstas no Processo Penal constitucionalizado, esse ataque às regras do jogo desencadeia prejuízos aos indivíduos que têm seus direitos e garantias violados.

O tema abordado ressalta que, apesar de pouco desenvolvido, gera uma recessão no processo com aplicação precária de jurisprudências pelas Cortes Judiciárias cujas decisões são baseadas em provas malgradadas, além de corriqueiramente ignorar os limites legais. Essa prática empregada nas investigações e medidas cautelares possuem correlação com os fundamentos e vedações do sistema jurídico brasileiro, e expõe atitudes dos serventuários da justiça responsáveis pela persecução penal que contrariam o dever de observar o regramento estabelecido na legislação, assim ressalva Letícia Layla Ribeiro Costa (2023, p. 42).

Essa prática de *Fishing Expedition*, conceitua o eventual descobrimento de provas, com a finalidade incompatível com a inaugural da investigação, pautadas em convicções e não na orientação processual legal, perfazendo ilícitas as provas contaminadas por vedações expressas no texto constitucional. A procura especulativa tem objetivo único de imputar penalmente um indivíduo através da descoberta de elementos incriminadores sem a devida observação dos limites autorizados em lei.

Enquanto a Constituição Federal de 1988 estabelece o sistema acusatório como norteador dos procedimentos penalistas no Brasil, dividindo as funções do julgador e do acusador, o código Penal que data anterior ao Período de Redemocratização, não satisfaz plenamente os princípios neste sentido, oportunizando a interferência prejudicial do julgador na produção de provas. Neste cenário, o julgador que deveria, por preceitos principiológicos, se manter plenamente imparcial, principalmente se levado em consideração o Princípio da Presunção de Inocência, toma o lugar da acusação já com a sentença incriminadora pré estabelecida, seja por revanchismo, frustração com o sistema penal como um todo, imprecisão à celeridade processual ou procrastinação no ato de analisar os autos e colher as provas intrínsecas elaboradas pelas partes.

A reforma do Código de Processo Penal de 2019 através da Lei 13.964, trouxe avanços pontuais, especialmente no estabelecimento da estrutura acusatória propriamente dita no *códex* processual. Portanto, a mácula da pescaria probatória é vedada principalmente pelo consectário lógico das garantias constitucionais como o *nemo tenetur se detegere*, ou, direito de não produzir provas contra si, ou garantia contra a autoincriminação.

Forma é garantia e limite de poder. Esse desiderato elucidado por Lopes Júnior (2023, p. 28), se mantém pela configuração do próprio processo penal, que tem como propósito a tutela de bens jurídicos dignos da guarida do Poder Público. Por este motivo, como aduz Caio

José Arruda Amarante de Oliveira (2020,191), a figura do juiz não se confunde com a dos atores, ativos no processo penal, o juiz deve estar para além dos interesses das partes, impondo que, o princípio acusatório é indissociável da imparcialidade e do contraditório.

Frequentemente a população busca por justiça desatrelada dos desideratos legais, justificado pelo desconhecimento das técnicas, a condenação pública baseada na moral é por vezes mais inconvertível do que dentro do processo penal. O risco contra a legalidade tem início quando a opinião pública alimenta o judiciário ao invés das provas contidas nos autos. O estreitamento do interesse e acesso às informações, transforma os julgamentos mais relevantes em um *reality show* e o peso das decisões influenciadas, relativizam, sensivelmente, o Princípio da Legalidade. Nota disso, quando não há pena suficiente para atender os anseios sociais e dos juristas punitivistas, a interpretação da lei extrapola consideravelmente os limites legais.

Na outra face da moeda, há um movimento social e acadêmico, com os primeiros manifestos no século XX, voltado ao abolicionismo penal, com intuito da descriminalização, despenalização e extinção da pena. Para os abolicionistas, o foco do sistema penal é a aplicação de pena como forma de punir o indivíduo utilizando-se da privação de liberdade, no entanto o estado não é capaz de suprir as demandas penitenciárias, fomentando ambientes hostis com condições precárias e legitimado pela sociedade que valida o sofrimento como pena. A conta não fecha, e nem poderia, por isso é imprescindível a procura de uma alternativa efetiva para penalizar o indivíduo de modo a ressocializá-lo e não marginalizá-lo, uma vez que o sistema punitivista não apresenta resultados positivos na redução da violência, teoria exposta por Camila Leonardo Nandi de Albuquerque e Emilly Jacomini de Souza (2023, p. 474).

Continuamente, as autoras resumem que o corpo útil, adestrado e docilizado é salvaguardado pelo Estado, pois se torna um patrimônio estatal. Este movimento só é possível pela conformação de um poder disciplinar de controle, vigilância e normalização de indivíduos e sociedades, quedando na biopolítica como a captura da vida pelo poder. Sendo assim, tendo consciência do poder estatal sob o indivíduo, em especial no manejo quanto aos inimigos do Estado. Vislumbrando, portanto, a concepção moderna da cidadania a partir dos regulamentos que o Estado impõe sobre o indivíduo, neste ponto as autoras designam até mesmo o gerenciamento da potência produtiva e de consumo (2023, p. 488).

Bruno Queiroz de Oliveira e Nestor Eduardo Santiago Correio (2018, 43) deixaram impresso o conceito da sociedade de risco como a ausência de paradigmas e consequentemente a crise de valores que atinge o homem moderno. Este conceito se confunde

com o fenômeno da globalização, aliado aos preceitos democráticos relativizados, coexistindo com o fundamentalismo religioso, crises econômicas, políticas, guerras e tragédias naturais, que naturalmente diversifica a delinquência e a criminalidade oportunista. Em vista disso, a Ciência Penal adotou uma nova configuração de atuação, ocasionado pela dificuldade em lidar com os problemas decorrentes dos problemas estruturais, deslocando para as leis penais a atribuição do controle social.

Resta estabelecido que o Superior Tribunal de Justiça é o instrumento de uniformização da tipicidade em matéria penal, no entanto, até a constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal era o único órgão de cúpula da Justiça Comum, cabendo a ele, através do intermédio apreciativo do recurso extraordinário, o controle e uniformização das normas constitucionais e infraconstitucionais. Com o aumento significativo da população e conseqüentemente dos conflitos que operavam no sistema judiciário, bem como as transformações políticas e sociais, o STJ tomou vértice na jurisdição ordinária.

Dentre as principais competências conferidas ao órgão pela constituição Federal está a prevista no artigo 105, inciso III, que consta a de resolver, em última instância, as questões judiciais relativas à interpretação das leis federais infraconstitucionais. Este dispositivo acentua a missão do Tribunal Superior na observância uniforme da interpretação da norma jurídica, para garantir a unidade da aplicação do direito e o respeito aos limites apesar das divergências jurisprudenciais.

A expansão do direito penal moderno configura outro ponto controvertido, vez que necessita estipular a ponderação entre os valores de segurança pública e liberdade dos cidadãos sob a égide do poder punitivo estatal. Na teoria jusnaturalista, a figura contratual concebe a ideia de um Estado formado por um acordo entre homens livres para gozar de suas liberdades e direitos naturais em segurança, para isso, instituíram um poder soberano, formando uma concepção utilitarista do Estado como instrumento finalisticamente orientador dessa garantia de direitos e liberdades atinentes aos cidadãos. A legitimidade do poder político estatal teve repercussão no direito penal, no que tange a intervenção punitivista estatal, assim, conclui-se que, o direito de punir do Estado é posto à disposição pelos homens para garantir a manutenção do pacto social, conforme explica Iago Oliveira Ferreira (2014, p. 154).

Ainda segundo o autor (2014, p. 155-156), nesses moldes, com fortes inclinações aos pensamentos iluministas, postulou-se um direito penal minimamente intervencionista, que se limita a criminalização e punição para as condutas que causem danos à sociedade, dentro da estrita necessidade de manter as estruturas do pacto social. No corolário deste princípio da mínima intervenção penal, surgem os princípios da materialidade, ofensividade e

proporcionalidade, como garantias individuais em face do poder arbitrário estatal. Adota-se neste feito, por antemão, o efeito preventivo geral das penas, que estabelece que as proibições deveriam ser de conhecimento de todos, arestas do princípio da legalidade moderno.

A expansão do direito penal encontra seus limites na jurisdição constitucional, em que o controle de constitucionalidade é exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo, desde que obedecidas as parametricidades estipuladas pela Constituição Federal. No que toca ao controle exercido para sobrelevar os direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada escorada nos princípios, deferidos pelo autor Paulo Bonavides (2004, p. 131) como o espírito, a razão e a consciência da Constituição, que, por sua vez, é o alfa e o ômega de toda lei fundamental, intangível e inquebrável.

Singular distinção desempenhada por Paulo Bonavides (2004, p. 131) sobre a evolução jurisdicional da magistratura, merece valia neste esboço, o primeiro deles, o juiz ordinário, atua já na criação da norma ao caso concreto, e legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos. A criação do juiz constitucional, o juiz legislador assume cada vez mais nas estruturas judiciais o lugar do juiz intérprete de leis, compondo uma escala qualitativa numa sequência histórica que surge do sistema de controle de constitucionalidade.

Os controles de constitucionalidade assumem, assim, o centro de confluência no bem comum e nos valores éticos e superiores da sociedade, tidos como uma instância fiscalizadora da legitimidade constitucional. Para o autor, há uma vantagem, senão superioridade da democracia participativa, designadamente no Brasil, sobre quaisquer outros sistemas de organização, vislumbrado na proximidade do povo com o juiz constitucional, isto é, o poder constituinte originário sempre presente, nunca distante do cidadão, mas exclusivamente ao seu lado (2004, p. 132).

Retomando a epistemologia penal, a sequência de Cláudio Brandão (2014, p. 74) explica que, para que o direito penal tivesse status de ciência foi necessário diferenciar características da conduta que dessem a ela pertinente na esfera penal, por este motivo, a teoria do crime seria a chave epistemológica da dogmática penal científica, sendo, portanto, a teoria do crime maior referência dogmática, de que as teorias da pena e da lei penal, embora essas teorias juntas formem o sistema do direito penal científico. Neste cenário, tanto o método penal quanto os elementos da teoria do crime são derivados do princípio da legalidade, reiterando a existência de um coerência inicial que os harmoniza e os sintetiza.

Por conseguinte, a marca que os Estados Totalitários deixaram como alerta para a sociedade global é justamente o princípio central das legislações, a Dignidade da Pessoa Humana. Tal pressuposto evidencia que a condição humana é inalienável, seja para a vítima

ou para o acusado em processo penal, sendo asseguradas garantias fundamentais que devem nortear a atividade do julgador. A expansão dessas garantias configura condição para expressão do sistema acusatório, com alicerce valoroso nos ditames Constitucionais, assim pondera Caio José Arruda Amarante de Oliveira (2020, p. 11).

Preza, destarte, que o sistema jurídico é racional, experienciado, como resultado de todas as circunstâncias em que os direitos e garantias foram reduzidos para atender o interesse de um grupo minoritário, que se beneficia com a supressão. Não olvidemos que a Constituição Federal é o dispositivo normativo com jurisdição sobre as demais normas, venturosamente por ser o resguardador dos princípios imprescindíveis ao desenvolvimento humano.

### **1.3 A produção de provas no Direito Processual Penal**

Na esfera probatória a busca pela verdade pertence ao Direito Processual Penal, à qual o princípio publicístico é subjacente, como também da garantia da ampla defesa, justificando a existência de inúmeras instruções em que o momento para requerer a produção de determinada prova é regrado. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeras regras processuais penais foram expressamente reconhecidas como direitos fundamentais, garantidos por garantias, devido à sua relevância, aduz Roberto Delmanto Junior (2003, p. 301).

Diante do reconhecimento da dignidade humana e do conceito de *due process of law* – devido processo legal – o legislador constituinte estatuiu, ao inserir essas regras no artigo 5º da Constituição, que elas são inafastáveis em vista da sua imprescindibilidade para o resguardo de direitos conferidos a todo e qualquer cidadão que se veja envolvido em uma persecução penal, seja da mais leve à mais hedionda das acusações, direitos esses fundamentais por imporem limites ao próprio Estado (Delmanto Junior, 2003, p. 305).

A ciência penal é o instrumento que afere valor ao bem tutelado pela norma, orientando os comportamentos sociais e punindo quando as normas são dessacralizadas por um ato tipificado. Para Fábio Roberto D'ávila, vivemos em um período que ele chama de “liminaridade”, ou um período de passagem entre o paradigma superado e os rumos que a expansão do direito levará. O fenômeno da globalização e o surgimento de novas áreas de interesse social, infere novos espaços de regulamentação jurídica em que incide também o direito penal como instrumento de solução de conflitos (2013, p. 66).

Nota-se, ainda, segundo o autor (2013, p. 67), uma imoderada tendência às práticas político-criminais populistas, utilitaristas, sob o pretexto da segurança e combate à criminalidade, sem compromisso com as ponderações de caráter científico, com regras à alvedrio. O sistema punitivista, enxerga, mormente, os princípios e as garantias constitucionais como impasse para o combate à criminalidade, justificada a qualquer custo, mesmo que descarte compromissos democráticos.

O liame controvertido se instaura quando da função social do direito processual penal, sendo ramo autônomo do direito. A voz decisória dos vínculos jurídicos, o juiz, não pode ser visto como mero espectador do duelo judicial, cujos interesses são dos contendores. O fito da atividade jurisdicional é justamente a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, em prol da paz social, escopo da jurisdição. O papel do juiz é impreterivelmente ativo, cumprindo seu desígnio de estimular o contraditório, para tornar-se o processo efetivo e concreto, conforme aduz Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 18).

No ponto de vista da autora sobre a atividade instrutória, o processo não é um jogo em que o mais poderoso e esperto vence, mas um instrumento de justiça, pelo qual pretende-se encontrar o titular do direito. Para tanto, a atuação do juiz não é ilimitada, pelo contrário, deve rigorosamente atentar ao contraditório, a motivação, os limites impostos pela licitude material e legitimidade das provas. Sobretudo, convém observar que a motivação precária das decisões judiciais invalida as provas, tornando a obrigação de motivação uma ferramenta para obstar o exercício arbitrário do magistrado. A fundamentação das decisões é obrigatória, seja no momento de determinar a produção de provas, ou valorá-las, primando a função social do processo.

Deliberadamente, o conceito de provas foi deixado para este momento, isto pois, o que será exposto adiante, denotará noção prévia que o instrumento recende no processo, através de sua insígnia. O processo é decomposto em fato e direito, sendo que o direito é a aplicação da lei ao fato. As fontes do direito são as legislações, doutrinas e jurisprudências, enquanto os fatos dependem da composição arguida pelas partes a fim de elucidar o direito que requerem, sendo as provas, um meio hábil de demonstrar a veracidade dos fatos (Radtke *et al.*, 2023, p. 16).

O conceito de provas, segundo o autor Plácido e Silva (2016, p. 2964), advém do latim *proba*, de *probare*, virtuoando a demonstração, no sentido jurídico, da veracidade de um fato material ou ato jurídico, que se faz pelos meios legais. Sendo assim, os meios de provas também são designados pela lei, e a soma de meios constituem a própria prova para a conclusão da certeza. As provas são, para o autor, decorrentes da materialidade dos fatos,

formando-se a certeza, sendo as provas diretas aquelas demonstradas pelas próprias partes, e as provas indiretas aquelas constituídas pelos indícios e presunções. Serão, portanto, concebidas, associados à normas legais, pela confissão, depoimentos, perícias, documentos, dentre outros.

Conforme exaspera Radtke *et al.* (2023, p. 16), as provas configuram-se de forma distinta do cível no campo criminal. Isso porque, enquanto no cível está conexas ao direito e a lei, no criminal a verdade extrapola aos autos. O magistrado, ao referendar a análise dos fatos, está subordinado à realidade social do indivíduo, carecendo certa interdisciplinaridade, com a sociologia, psicologia, lógica, e outras questões complexas, para construir legitimamente sua decisão. Outrossim, todo processo penal, respeitado o conjunto das provas, tem sobrelevado a certeza do delito, se alcançada ou não, ou seja, a certeza conquistada do delito legitima a condenação, noutra volta, a não conquistada certeza do delito, obriga à absolvição.

Há, dentre todas, uma regra intransponível que rege todo o ordenamento jurídico, em que se pese, todas as provas devem atender aos valores constitucionais, impedindo que o juiz determine a produção de provas que alvitrem as normas processuais. A apreciação em juízo deve ser ética, constitucional e válida, tolhendo que provas ilícitas e ilegítimas ingressem no processo. Nesta aresta, a separação das funções de acusação, defesa e julgamento, não querem preceituar um juiz inerte e passivo, que não se confunde com as limitações que possui no processo, sendo vedada sua iniciativa para buscar elementos probatórios durante a fase de investigação prévia, sob pena de regressar ao juiz-inquisidor. Por oportuno, ressalta-se que a investigação prévia é encargo do Ministério Público, cuja função é diversa do juiz no processo, complementa Pellegrini (2005, p. 21).

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, entende-se como provas ilícitas aquelas obtidas por meios ilícitos. A doutrina faz diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, sendo ilícita a prova que viola norma de direito material e ilegítima a prova que viola norma de direito processual, consoante apontamentos de Sérgio Demoro Hamilton (2001, p. 1).

Notadamente, o Código de Processo Civil, instituído pelo Decreto-lei nº 6.689, de 3 de outubro de 1941, data vetusto. Até o ano de 2008, continha dispositivos genéricos em relação à delineação da produção de provas e, com o advento da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, o contraponto adquiriu parâmetros mais concretos. A exposição de motivos do Projeto de Lei 4205/2001, transformado na Lei Ordinária 11.690/2008, de autoria do Ministro da Justiça Jorge Gregori, sintetizou a necessidade de adequar o estatuto processual à ordem

constitucional vigente, incluindo a participação efetiva das partes nas atividades processuais, especialmente no que tange a formação do material probatório.

Profunda alteração já inaugura o Título VII, Da Prova, do Código de Processo Penal. O revogado artigo 155, submetia as restrições quanto a produção de provas às normas estabelecidas pela lei civil, pela nova redação, o artigo dilata que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Evidenciando uma nova estrutura processual normativa que atende aos valores e princípios constitucionais, como o Princípio do Contraditório e a vedação à pesca probatória na investigação prévia.

O artigo 157 do Código Processual Penal conduz isocronicamente a condecoração aos princípios constitucionais, inadmitindo as provas ilícitas juntadas aos autos, bem como as provas derivadas destas. No *caput*, o legislador precisou que as provas são consideradas ilícitas quando violam normas constitucionais ou legais. Noutra alteração advinda com a Lei nº 11.690 de 2008, no artigo 159 do CPP, o legislador evidencia as funções periciais intrínsecas à produção de prova, estendendo as possibilidades da atuação em prol da boa resolução processual. Dentre esta extensão, ciente de que esse serviço é deficitário em algumas regiões, principalmente pela falta de contingente, estabeleceu que, na falta de perito oficial, o exame de corpo de delito poderá ser realizado por duas pessoas idôneas, portadora de diploma superior na área específica e com habilitação técnica, agregando a prestação jurisdicional.

O judiciário acompanhou as transformações sociais, sobretudo com a era digital. Em comento, tais aspirações repercutem duas vertentes: tempos remotos, antes das ferramentas tecnológicas, os processos, quaisquer que sejam, legislativos, judiciários, executivos, administrativos, eram físicos, incontáveis folhas amontoadas, que favoreciam situações fraudulentas. À exemplo, os arquivos brasileiros não conservaram as atas da comissão que elaborou o código de Processo Penal de 1941, esmorecendo em poucos documentos o trabalho realizado pelos juristas na exposição de motivos desta legislação, promulgada num cenário de intensas disputas políticas, que marcaram historicamente o governo de Getúlio Vargas, fatos mencionados por Clara Maria Roman Borges (2021, p. 5).

A autora cogita, pautada numa crítica difundida pelos processualistas brasileiros na década de 90, que o código de Processo Penal de 1941, teve inspiração na legislação fascista da Itália de 1930, o que justifica traços inquisitoriais e autoritários identificados na legislação. Apesar de não haver nenhuma referência direta à legislação italiana, as críticas envoltas

estimulam um propósito de denúncias das violações de direitos e garantias constitucionais dos acusados (2021, p. 12).

Noutra volta, a era digital transformou profundamente a sociedade, e no judiciário não foi diferente, a tecnologia acoplada ao nosso ordenamento jurídico, induziu o aceleramento na conclusão das lides. A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, instituiu o processo judicial eletrônico, e causou uma dilatação de documentos em formato digital, dinamizando a produção de provas, designadas “provas digitais”. Se por um lado, as provas oportunizam a plena atividade do contraditório e da ampla defesa, por outro, é imprescindível garantir mecanismos que assegurem a legalidade da utilização dessas provas digitais, mediante, ainda, sua admissibilidade num litígio, afere os autores Lara Coelho Brito *et al* (2023, p. 3).

Os pontos controvertidos desse salto da era digital são ainda mais perceptíveis no direito penal, que detém os instrumentos punitivistas. Obviamente os crimes praticados são repudiados pela sociedade, justamente pelos efeitos desabonadores da ordem social vigente. Entretanto, uma série de ilegalidades são praticadas corriqueiramente pelo Estado e passam absolutamente impunes. Distante das referências éticas, o Estado busca punir quem violou a Lei, tem agido habitualmente na mais absoluta ilegalidade, durante toda persecução, da investigação criminal, no lastro probatório, à execução da pena. Ecoando a perspectiva do autor Renato Marcão (2005, p. 128-129), muitas dessas ilegalidades podem ser identificadas com facilidade e com razoável frequência, mas nem uma outra é tão evidente quanto as decorrentes das interceptações telefônicas.

No cenário das redes sociais e da ultravelocidade de informações, a interceptação telefônica seria a exceção à regra, bem como prevê as normas que a regulariza. Isso pois, neste caso, a produção da prova através de interceptação de comunicação, esbarra na garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo, constante no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Nos termos da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulariza o dispositivo constitucional, há clara limitação a utilização desta ferramenta, conforme observa no artigo 2º e seus incisos, “não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das hipóteses seguintes”: “I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

Ainda conforme indicação do autor (2005, p. 129), tem se verificado a vulgarização das interceptações a começar pelos procedimentos investigatórios policiais, que as têm utilizado de forma ilegal e pretenciosa, e após obter êxito na prisão em flagrante, sem que a

existência da escuta tenha sido arguida, justificam que uma “denúncia anônima” promoveu as diligências, esquivando das determinações procedimentais previstas em lei. Perfaz um círculo vicioso e perigoso, pois, não garante com tranquilidade que o Estado agirá dentro da lei para investigar crimes ou privar de liberdade quem quer que seja, em flagrante ou não. Tais constatações revelam o despreparo do Estado e de parte das autoridades no combate legítimo e necessário à criminalidade, expondo as situações com manifestas violações de regras constitucionais, bem como de direitos e garantias tão caros à sociedade e alçados imperiosamente ao longo dos tempos.

A interceptação ilegal é uma prova ilícita por excelência, neste timbre convém citar Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 160), no que concerne ao processo penal como instrumento democrático de concretização do direito material, devendo, portanto, ser conduzido com estrita observância da forma legitimamente prescrita em lei. Caso contrário, ainda que o direito material tivesse sido aplicado por intermédio de uma condenação, os meios utilizados demonstraram um Estado descompromissado com o direito, atuando como um fator de inviabilização da implementação da cultura do respeito ao ordenamento jurídico legitimamente estabelecido. Além disso, ao posicionar-se responsabilmente pela desconsideração da prova ilícita, em tese útil a condenação, colocará fim ao comodismo de se buscar malabarismos processuais destinados, apenas, a convalidar condutas ilegais, prevenindo a consumação de violações ao direito material bem como aos direitos e garantias fundamentais, bem como estimulará o aprimoramento dos mecanismos de investigação, de modo a adequá-los ao ordenamento jurídico.

Tanto em tempos remotos, quanto nos atuais, o ápice prejudicial não são as ferramentas utilizadas, mas como são utilizadas. Ainda que evidente o avanço da criminalidade no meio digital, o ordenamento jurídico pouco progrediu no tratamento das provas digitais, não há normativa suficiente para delimitar a atuação dessas provas sob a égide do processo penal, seja no potencial da utilização da tecnologia na prática de crimes, bem como na sua utilidade como meio de provas. Frisando que, se contaminadas, as provas podem viciar toda instrução penal, oportunizando notória insegurança jurídica gerada pela anulação das provas pelo descumprimento de princípios constitucionais, que regem a seara processual penal, conforme expõe a autora Karen Bernardes de Paiva Fernandes (2023, p. 8).

Atentos a essa problemática formada muito recentemente na linha do tempo do ordenamento jurídico, mobilizações mundiais combatentes aos crimes tecnológicos conduziram a criação da Convenção sobre o Crime Cibernético, firmada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001, ou Convenção de Budapeste. No Brasil, a Convenção foi

promulgada pelo Decreto nº 11.491, de 12 de abril de 2023, e configura o primeiro tratado internacional sobre crimes cibernéticos, anotando a criminalização das condutas delituosas, as regras para investigação, produção de provas e, principalmente, fortalecendo a cooperação jurídica internacional no combate ao crime de natureza tecnológica.

Retomando ao campo da validade das provas, desponta aquelas ilícitas por derivação. Trata-se da aplicação da teoria norte-americana dos Frutos da Árvore Envenenada, no qual considera-se que o defeito existente no tronco, contamina os frutos. Os autores Jonas Danilo Schutz Radtke *et al.* (2023, p. 22-23) argumentam que, algumas provas, apesar de lícitas em sua essência, decorrem de outra prova, sendo esta última ilícita. São exemplos clássicos do instituto da prova ilícita por derivação, a descoberta de fatos através de escutas ilegais e a confissão por meio de tortura. No entanto, há exceção à regra, provas derivadas de ilicitude poderão ser validadas nos autos se restar comprovado seu surgimento de forma espontânea, como explica Norberto Avena (2014, p. 461), se a prova provier de fonte independente, dentro dos trâmites típicos e de praxe, não será identificado como contaminação. Para que isso ocorra, não deve haver qualquernexo de causalidade entre a prova que se quer utilizar e a situação de ilicitude ou ilegalidade da qual deriva.

Do Princípio da Proporcionalidade, porém, deriva outro contraponto que relativiza a possibilidade de convalidação de provas obtidas por meios ilícitos, são casos caracterizados sempre que tiver um fator de maior relevância ou outro direito fundamental com interesses conflitantes. Vislumbrando no caso em concreto de uma prova ilícita que pode alterar completamente o julgamento em benefício do réu, sendo que, sua rígida exclusão poderá acarretar resultados gravosos e irreversíveis, sob o risco de subjugar a própria justiça, o julgador poderá convalidá-la, sob pena de violar garantias como intimidade, dignidade da pessoa humana e a liberdade do réu, confronta os autores Jonas Danilo Schutz Radtke *et al.* (2023, p. 28). Aferem ainda que segue consonantemente quando o interesse conflitante é *pro societate*, ou seja, admitir provas ilícitas quando o interesse predominante fosse a coletividade, sendo em função da segurança pública ou evidente gravidade social. Neste caso, a valoração entre os interesses privados do réu e o interesse público seria realizada por meio da verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (2023, p. 30).

Diante de uma análise social e jurídica levantada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso de Habeas Corpus nº 158.580, considerou ilegal a busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, motivada por impressão subjetiva do agente público sobre a aparência ou atitude suspeita do indivíduo. Isto porque, a prática, corriqueira e polêmica no seio social, contraria o próprio dispositivo que a consagrou, qual seja, artigo

244 do Código de Processo Penal. O instrumento é categórico ao estabelecer que a busca pessoal deve estar à espreita de uma “fundada suspeita” justificada por indícios de posse de drogas, armas ou outros objetos ilícitos, evidenciando a urgência para a diligência. Na concepção dos autores Samuel Dietrich Batistella, Ricardo De Luca Rossetto e Nathalia das Neves Teixeira (2023, p. 1), o julgamento do *Habeas Corpus* escancarou o racismo estrutural que persiste na sociedade brasileira, expressa hodiernamente na seletividade do policiamento ostensivo quando direcionada à população negra.

Para o Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator do caso, a total ausência de descrição sobre o que teria motivado a suspeita no policial responsável pela abordagem, impossibilita o acolhimento da justificativa para a conduta policial, que tem reflexo direto na validade das provas produzidas por este procedimento, ainda ressalta que, uma das razões para exigir a busca pessoal fundamentada é “evitar a repetição de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural”. Levantou, ainda, durante o julgamento, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública levantadas em todo o Brasil, que indicam que 99% das buscas pessoais são infrutíferas, e em apenas 1% dessas abordagens policiais resultam em alguma autuação por ilegalidade, fomentando a imagem da polícia como uma instituição autoritária e discriminatória perante a sociedade. (RHC nº 158580/BA (2021/0403609-0) autuado em 16/12/2021).

Outro meio de prova recorrente nos procedimentos investigatórios, porém, bastante instável e questionáveis, é o reconhecimento de pessoas. Este procedimento possui o fito de firmar a autoria delitiva através da comprovação da materialidade dos fatos, e está previsto no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal. Houve, no entanto, uma reviravolta jurisprudencial, sequenciada pelos autores Lauro Sperka Junior e Rodrigo Kohler Teixeira (2023, p. 3), enquanto em análise da Resolução nº 484/2022, de 19 de dezembro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme os autores, justa indicar que compõem o quadro de oficiais da Polícia Militar do Estado do Paraná, até pouco tempo tempo, as Cortes superiores tendiam a considerar os requisitos descritos no artigo 226 e seguintes do CPP como mera recomendação, à vista disso, extrai de um julgado do ano de 2019 o seguinte fragmento: “[...] Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições inculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato”. (AgRg no HC n. 539.979/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 19/11/2019.).

Buscando elevar o grau de confiabilidade desta prova, dirimindo as hipóteses de condenações injustas, mas sem obstar a efetiva responsabilização dos verdadeiros culpados, passaram a ser exigidos os requisitos como critérios mínimos formais, sendo assim, sua inobservância leva a conseqüente nulidade do ato. Pondera que a tratativa visa orientar as práticas processuais e procedimentais, uma vez que não conflitam com o previsto pelo Código de Processo Penal e Código de Processo Penal Militar, mas complementam-se, apontam os autores (2023, p. 4).

Conforme pesquisas dos autores William Weber Ceconello *et al.* (2018, p. 11-12), a Psicologia do Testemunho analisa, nesta esteira, os processos cognitivos de testemunhas, e como os procedimentos empregados podem aumentar ou diminuir a fidedignidade da prova advinda da memória da testemunha. Em razão da capacidade do cérebro humano em codificar, armazenar e recuperar informações, o “reconhecer” advém da situação testemunhada que tem relevância jurídica.

Para os autores, o testemunho não defere fato ocorrido no instante que oferece, mas sim, em retrospecto, um processo de comparação de experiências e percepções passadas, em determinados conceitos fáticos. Por óbvio, muitos fatores corroboram com com distorções e perdas da memória, um dos fatores é o transcurso do tempo entre o fato e a recuperação para ofertar o testemunho, período em que a testemunha pode ser repetidamente entrevistada, aumentando a possibilidade da memória original ser modificada permanentemente, senão perdida (2018, p. 11-12).

A Resolução nº 484 do Conselho Nacional de Justiça, “estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário”, conforme insta o preâmbulo. Diante do alto potencial de erros judiciais decorrentes do reconhecimento, que perfaz uma prova testemunhal com notório valor jurídico, o Grupo de Trabalho que orientou a resolução, menciona a preservação da memória de vítimas e testemunhas como prioridade a ser alçada com o cumprimento dos parâmetros estabelecidos pela normativa.

Diversos são os fatores sensíveis no procedimento do reconhecimento, podendo a testemunha pode sofrer distorção de memória inclusive durante um procedimento irregular de reconhecimento promovido por agentes públicos, seja por sugestões, induções ou reforço às respostas apresentadas. Por este motivo, a técnica do *Show-up* é tão criticado do ponto de vista científico, pois, se realizado de forma incorreta e distante dos parâmetros estabelecidos pela lei - agora também pela Resolução - ocasionam maior risco de reconhecimento errôneo, tornando a prova contaminada e ilegal.

Nestas reflexões, os autores Lauro Sperka Junior e Rodrigo Kohler Teixeira (2023, p. 3) diferenciam o *Show-up*, que denota a apresentação isolada do suspeito, ou suspeitos, e o *Line-up*, ou “alinhamento”, é a apresentação de um grupo de indivíduos, entre suspeitos e pessoas que sabem ser inocentes, para a vítima ou testemunha. A apresentação do suspeito de forma isolada, poderá induzir um reconhecimento errôneo, portanto, a técnica do *line-up* deve preponderar sobre a técnica do *show-up*, tendo este último sido vedado pelo artigo 8º, inciso II, §1º, da Resolução 484/2022, em termos, “na realização do alinhamento, a autoridade zelará pela higidez do procedimento, nos moldes deste artigo, inclusive a fim de evitar a apresentação isolada da pessoa (*show up*), de sua fotografia ou imagem”.

Reconhece, através de todo exposto, o esforço, em especial do Poder Judiciário, em corrigir erros que frustram a prestação jurisdicional ao máximo encontro com a Justiça, saneando erros que assombram o Sistema Penal como um todo. As provas, tidas como materialidade dos fatos, delineiam o processo sendo expostas ao olhar do julgador, incumbido de apreciá-las no mais estrito cumprimento legal, facultado a ele diligenciar para esclarecer dúvidas sobre pontos essenciais. Neste tocante, a lei atribui a iniciativa probatória às partes e, depois, em caráter supletivo, ao juiz, não perdendo de vista que o sistema adotado pela legislação pátria é o acusatório, limitando os poderes instrutórios do juiz em sua obrigatória imparcialidade e equidistância em relação às partes, conforme sintetiza José Francisco Cagliari (2001, p. 12).

Ainda sob o olhar deste autos (Cagliari, 2001, p. 14-15), o direito à prova está inserido nas garantias da ação e da defesa, que decorrem do Princípio do Contraditório, não obstante, não é um direito absoluto e ilimitado. Desse modo, a atividade probatória, bem como toda atividade processual, deve atender ao interesse social sobrelevando a realização da justiça, tendo como parâmetro os princípios e garantias constitucionais como exigência ao bem comum de respeito à moralidade e à dignidade da pessoa humana.

## **2. O abuso de autoridade institucionalizado e a violação às Garantias Constitucionais e ao Estado Democrático de Direito**

### **2.1 A Lei de Abuso de Autoridade como medida de controle**

A Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019, lei de abuso de autoridade surgiu no âmbito jurídico como um importante diploma normativo contra as abusividades perpetradas pelos agentes públicos no exercício de sua função. Em verdade, ela tem como objetivo estabelecer limites ao exercício do poder por parte dos agentes públicos, especialmente aqueles que desempenham funções de autoridade, pensando no universo jurídico, seriam os delegados, promotores, juízes, entre outros.

A lei de abuso de autoridade serve como uma “trava de segurança” para barrar situações que colocam em risco a rigidez do processo penal, especialmente em matéria de provas, haja vista que poderia macular a legalidade dos procedimentos, violando princípios caros à dinâmica constitucional de legalidade.

O trecho retromencionado contradiz o cenário histórico em que foi concebida a primeira Lei do Abuso de Autoridade, Lei 4.989, de 9 de dezembro de 1965, revogada pela Lei 13.869/2019, que curiosamente foi aprovada durante a ditadura militar, período marcado pela violação de direitos e garantias fundamentais. A lei antiga sucedeu o Projeto de Lei nº 952 de 1956 elaborado durante o governo de Juscelino Kubitschek, com autoria do Deputado Bilac Pinto, conforme apurou a autora Thaiz Manfredini Souza (2020, p. 24).

Ainda, os fatos que justificam essa inversão de valores no período revelam que, apesar da legitimidade de um Estado de Direito pautar-se na observação e reverência às Leis, inclusive por figuras componentes dos poderes públicos, neste período as autoridades não se submetiam à própria lei ou as subvertiam por processos viciados de modo a vestí-los de legalidade para assim fazer crer na legitimidade da ditadura que se instalava (Souza, 2020, p. 24).

Além disso, a antiga lei, editada em 1965, continha limitações para aplicabilidade em sua real finalidade, pois, apesar de dispor de uma definição vasta, era de difícil aplicação prática, vez que a conduta desacompanhava uma descrição exata para a tipificação do crime (Souza, 2020, p. 25). Não obstante, a lei não deixou de ostentar relevância histórica, principalmente num cenário de gradual abertura governamental aos movimentos populares e a restituição de direitos individuais, vislumbra Rômulo Batista Cassiano e Andréa Queiroz Fabri (2020, p. 2).

Outro ponto controverso na legislação primária era o tratamento desse tipo de ilícito como de menor potencial ofensivo, com pena máxima prevista de seis meses de detenção e multa, acompanhado da possível perda do cargo público e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por até três anos. Em entrelinhas, a sanção tinha pouca utilidade, e alcançava sobretudo casos de atuação abusiva de servidores, ausente rigor inibitório para práticas lesivas em relação às autoridades com maior poder de decisão (Cassiano; Fabri, 2020, p. 3).

O fim da ditadura militar acarretou abertura política em contraposição ao regime autoritário e antidemocrático experienciado e, por conseguinte, a necessidade de elaboração de uma nova Carta Constitucional, principalmente que reacendesse a custódia dos direitos sociais e as garantias individuais. Nos ditames do jurista Luís Roberto Barroso (2008, p. 13), a Constituição Federal de 1988 é o maior símbolo de sucesso da transição de um Estado autoritário, intolerante e violento para um Estado democrático de direito. Ainda que crises tenham sido deflagradas ao longo desse período de sua vigência, jamais se cogitou qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional, simbolizando o amadurecimento institucional brasileiro.

No entanto, o jurista não poderia prever o que estava por vir tempos mais tarde. O país enfrentou uma crise política cujo principal efeito foi o enfraquecimento das instituições, e os frutos do abuso de autoridade ainda estão sendo colhidos. A Operação Lava Jato, foi noticiada em grande escala na mídia nacional e internacional, notadamente com excesso de poder e contra a lei. Acrescenta Carlos Wladimir Cavalcanti Alves (2019, p. 9) que, diferente do desvio de finalidade em que é cumprida a lei mas com objetivo diverso, o abuso de poder cometido pelo agente público configurou uma atuação com excesso e também fora do contexto da lei.

A doutrina consagra a expressão “abuso de poder” como gênero de duas espécies, sendo o “excesso de poder”, identificado quando a autoridade extrapola os limites de sua competência, e o “desvio de poder”, quando a autoridade não resguarda a finalidade exigida pelo Direito, apesar de estar atuando dentro do limite de sua competência, neste caso, indaga-se sobre a validade do ato jurídico. O autor Ricardo Marcondes Martins (2021, p. 77-78) pondera ainda que não há uma relação lógica entre os termos, sendo possível que haja abuso de autoridade e não haja desvio de poder, bem como é possível que haja desvio de poder e não haja abuso de autoridade.

É certo que a Lei de Abuso de Autoridade é um instrumento de controle e salvaguarda dos direitos processuais básicos, especialmente o contraditório e a ampla defesa, que são

pilares do devido processo legal, essenciais na manutenção e defesa das instituições do Estado Democrático de Direito. Neste mesmo advento, infere que o devido processo legal relaciona-se, além do princípio da legalidade, com a legitimidade, sendo um notável aspecto da jurisdição, cuja função institucional é dotada de um poder capaz de impulsionar ou depor direitos e garantias constitucionais (Cassiano; Fabri, 2020, p. 6).

A criação da lei causou certo alvoroço no meio político, acadêmico e jurídico, seja por motivos jurídicos, psicológicos, personalistas, ou mais provavelmente, polarização política. A raiz da contraversão está na dupla responsabilização dos agentes públicos quando atentam ao Estado de Direito, isto pois, a quebra do dever jurídico por um particular ocasiona danos graves a outrem, mas, se cometida por um funcionário público no azo da função pública, a ofensa extrapola a quebra do dever que vincula o homem à legalidade, sobrevindo a quebra do dever que vincula o Estado ao povo, conforme pondera Bruno Ricardo Cogan e Marco Antônio Marques Da Silva (2019, p. 273).

Ainda segundo os autores, a responsabilização do Estado e seus agentes diante do próprio Direito estatal é uma marca memorável do Estado de Direito (Cogan; Silva, 2019, p. 272). Todavia, razoando o dever de todos em agir segundo o regramento constitucional, a nova Lei de Abuso de Autoridade não deve gerar qualquer receio naqueles que agem a favor dos interesses da sociedade, na garantia da lei e da ordem pública, e em observância aos princípios da legalidade, moralidade e limites legais (Cassiano; Fabri, 2020, p. 7).

Para somar este viés, o conceito de autoridade utilizado será o do artigo 2º, parágrafo único, da nova lei de abuso de autoridade, sendo todo aquele que exerce serviço público, sendo assim, é sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta ou indireta, de qualquer ente federativo, inclusive servidores públicos e militares, membros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e membros do Ministério Público e Tribunais ou Conselhos de Contas. Em acréscimo ao artigo 1º que conceitua o abuso de autoridade como sendo crimes cometidos por agentes públicos que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe foi atribuído. (Brasil, 2019).

O autor Carlos Wladimir Cavalcanti Alves (2019, p. 16) ressalta que, em razão da comunicabilidade das elementares do crime, o particular também poderá responder por abuso de autoridade caso atue em concurso de pessoas com uma autoridade pública, seja como coautor ou partícipe. Ademais, com relação à ação penal nos crimes de abuso de autoridade, o artigo 3º da lei 13.869 de 2019, estipula que deverá ser pública incondicionada, no entanto,

consoante parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, será admitida ação privada se a ação pública não for proposta no prazo legal, sendo a ação privada subsidiária à ação pública.

Noutro lado, o autor constata ainda que o crime de abuso de autoridade alcança dois sujeitos passivos, o Estado e a Pessoa (física ou jurídica), sendo esta última diretamente prejudicada pela conduta abusiva. O Estado sempre figurará como sujeito passivo do crime, isto pois, quando o cidadão sofre abuso de autoridade, simultaneamente o Estado estará sendo lesado, tendo sua imagem, confiabilidade e patrimônio ofendidos quando o agente público pratica os atos delituosos enquanto presta serviço para o qual foi nomeado, indo contra o Estado que lhe concedeu os poderes (Alves, 2019, p. 17).

O bem jurídico afetado pelo abuso de poder se aproxima do bem jurídico afetado pela corrupção, em sentido lato, e ofendem ao próprio Estado de Direito. Cabe a reflexão do comparativa da gravidade da quebra do dever jurídico de um particular se cometida por um funcionário público na sua função pública, pois qualifica-se dupla ofensa, a da quebra do dever que vincula o homem à legalidade e a quebra do dever que vincula o Estado ao povo (Cogan; Silva, 2019, p. 273).

O abuso de autoridade distingue-se da prevaricação e da violência arbitrária. Neste panorama, o abuso de autoridade é o exceder no rigor da função pública, a prevaricação, pelo contrário é fazer o mínimo daquilo que se deve, que finalmente diferem da violência arbitrária, que é utilização da violência fora de qualquer finalidade pública (Cogan; Silva, 2019, p. 284). Na conclusão da narrativa do autor Álvaro Lazzarini (1996, p. 38), afirma que o Poder Público é uma locução que reúne prerrogativas que possibilitam a Administração Pública agir diante de resistências que o administrado oponha ao interesse social, sendo assim, o uso do poder pela autoridade pública competente é legítimo se submetido ao interesse social.

Alvitando obstar que estas prerrogativas excedesse a condescendência do poder dado aos administradores, a Nova Lei de Abuso de Autoridade surge como um contrapeso, mas não sem antes passar por árduas críticas, tendo sido alvo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs). Em destaque, a Associação Nacional Dos Auditores Fiscais De Tributos Dos Municípios E Distrito Federal (ANAFISCO) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucional (ADI) 6234 argumentando que a nova lei propicia um represália ao judiciário, intimidando autoridades e obstando o combate à corrupção e a apuração das ações lesivas ao interesse público. A ação foi distribuída ao Ministro Celso de Mello e julgado no ano de 2020 sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que manteve a decisão monocrática do primeiro ministro que entendeu a ilegitimidade da associação autora por não representar toda a categoria profissional dos auditores fiscais, mas apenas fração dela,

negando seguimento ao pedido, julgando extinto o processo sem resolução do mérito (Brasil, 2020).

Há, ainda, um grupo de doutrinadores penalistas que vislumbra ofensa à taxatividade, quedando na inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei, e a consideram mero revanchismo dos parlamentares que, no contexto da Operação Lava Jato, se sentiram ameaçados pelas autoridades policiais e judiciais. Fundamentam esta perspectiva com acusação de parcialidade e protecionismo de determinados grupos, visto um suposto direcionamento da lei para os membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos policiais, enquanto silente e vago em relação aos membros do Legislativo, conforme afere João Porto Alegre Lopes (2020, p. 40).

O assunto tem maior frenesim quando se trata do âmbito jurídico devido ao enfoque midiático dado à Operação Lava Jato, que perdurou de 2014 a 2021, rendendo substanciais conteúdos à elaboração da lei de abuso de autoridade, em 2019. Novos tipos penais foram influenciados pelo cenário de polarização brasileiro, sendo um exemplo eloquente a descrição penal da condução coercitiva sem prévia intimação de comparecimento ao juízo, fruto da controversa operação que, posteriormente, ocasionou a invalidação das provas obtidas (Cassiano; Fabri, 2020, p. 10).

Compêndio proeminente oferecido pelo autor Ismar Barbosa Nascimento Junior (2020, p. 156), ressalta que o ano de 2020 inaugurou duas leis importantes no âmbito da legislação penal e processual penal, à exemplo, tem-se a entrada em vigor do famigerado “Pacote Anticrime”, lei nº13.964/2019, quase concomitantemente a nova lei de abuso de autoridade. Digno de recorte, o mesmo ano calhou a pandemia de COVID-19 e, devido às condições de precariedade e insalubridade das unidades prisionais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020, orientando aos tribunais e aos magistrados que novas prisões preventivas deveriam se sujeitar a máxima excepcionalidade.

A questão ventilada pelo autor questiona a correlação do artigo 9º da Lei 13.869/2019 com a Recomendação nº 62/2020 do CNJ que, por se tratar de um ato normativo desprovido de caráter vinculante, sujeitaria ou não magistrados a responder pelo crime de abuso de autoridade pela sua inobservância, deferindo prisões preventivas quando notadamente a pena alternativa é a solução mais louvável do ponto de vista legal e, conseqüentemente propiciando encarceramento em massa. Concluiu-se que a Recomendação nº 62 não é uma lei em sentido formal, isso porque não atende ao processo formal legislativo, portanto, não se insere nas hipóteses reclamadas pelo artigo 9º da Lei de abuso de autoridade (Nascimento Jr, 2020, p. 166).

Ademais, o autor ressalta a outra face do que o senso comum entende como abuso de autoridade, limitando, por exemplo, a atuação de policiais militares no exercício de policiamento ostensivo, sem cogitar, no entanto, os abusos cometidos por outros servidores públicos (Nascimento Jr, 2020, p. 158).

Neste tocante, Karen Rosendo de Almeida Leite Rodrigues e Valéria Stephanie Araújo de Aquino (2018), resgatam estudos sobre ciência criminal que vinculam o indivíduo que comete um delito ao processo de aprendizagem de comportamentos do grupo social ao qual pertence. Sendo assim, a imagem de austeridade dos membros do Poder Judiciário, por exemplo, os integra nas chamadas cifras amarelas, que correspondem aos delitos cometidos pelo Estado e seus servidores públicos, cujas condutas sequer são denunciadas pelo receio de represália, sendo comum o abuso de autoridade.

O juiz é o garantidor do devido processo legal e responde não só à expectativa social, mas também ao estrito cumprimento de seu dever legal, que impõe-lhe ser, acima de tudo, imparcial. Sendo assim, Carlos Alves (2019, p. 20) acentua a tarefa investigatória como atividade atípica da magistratura, e extrapolar poderá configurar o abuso de autoridade, como visto noutros tempos. Afinal, a função do juiz é julgar a garantir a ordem, conforme a lei e as provas que lhe forem oferecidas.

O Doutor em Direito Administrativo Ricardo Marcondes Martins (2019, p. 217) realizou uma reflexão substancial sobre os limites da função jurisdicional *versus* a competência discricionária, vez que a competência jurisdicional é, por definição, vinculada. Neste caso, a peculiaridade ressurge no princípio do livre convencimento do magistrado, tão valoroso ao Estado de Direito, tendo, em contrapartida, que a atuação incompatível com o zelo e a cautela, podem gerar responsabilização com peso muito maior tratando-se da atividade hermenêutica, vez que não é mera divergência de interpretação que justifica a imposição de uma sanção.

Apesar dessa linha tênue, o autor coaduna com a ideia de que os magistrados são, indiscutivelmente, sujeitos passivos das infrações tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade, mas para a configuração da infração não se admite a responsabilização pela culpa, sendo praticamente pacífico que as condutas descritas na lei sejam dolosas (2019, p. 218). Os autores Joyce Teodoro Biazotto e Murilo Silveira e Pimentel fazem essa leitura do dolo como elemento subjetivo do tipo a partir do artigo 1º, §1º da Lei 13.869/2019, tendo consonância ao postulado da ação do agente com finalidades específicas de prejudicar outrem em benefício de si mesmo ou de terceiros ou, ainda, mero capricho ou satisfação pessoal. Em suma, no que tange ao dolo específico, para configuração do abuso de autoridade, o agente público deve ter

a intenção de cometer a ação abusiva ou, pelo menos, ter ciência de que sua conduta é ilegal e ainda assim realizá-la (2023, p. 9).

O Ministro Carlos Ayres Britto, ofereceu um brilhante parecer sobre a postura do Poder Judiciário em face dos outros dois Poderes da República Federativa do Brasil. Os três poderes exprimem a imperiosa vontade jurídica do Estado Brasileiro como um marco do Estado Democrático de Direito que os instituem como independentes e harmônicos entre si. Ressaltando, sobretudo, o princípio republicano e do postulado jurídico de “freios e contrapesos”. Tal manifestação de vontade estatal começa pelo Poder Legislativo, seguindo o princípio da legalidade que praticamente inaugura o artigo 5º da Constituição Federal, inciso II, em nota: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (2020, p. 227).

A vontade jurídico estatal imediata é sequenciada pelos atos emanados do Poder Executivo, configurando a chefia do modelo administrativo que tem na lei em sentido formal e material seus intrínsecos princípios. Ambos os poderes têm em comum a forma de investidura de seus membros por via eletiva, dependendo exclusivamente do exercício da soberania popular. Tal realidade jurídica não poderia resvalar para o interminável, portanto, o artigo 2º da Constituição Federal fez com que um terceiro poder do Estado servisse como ponto de afunilamento, imprescindível à qualquer Ordem Jurídica racional, civilizada e democrática, referenciando ao Poder Judiciário (2020, p. 229).

Finaliza o ministro que, são íntimos da função do jurisdicional a *jurisdictio*, ou dicção do Direito e ato de administrar a justiça de forma tecnicamente autônoma. Sendo assim, o descumprimento de deveres funcionais dos magistrados para a configuração do abuso de autoridade é aquele que se da no exercício do cargo, mas não no exercício da função. Em resolutivo, argui que o dispositivo passa a criminalizar o decisor nas hipóteses que avançam o acervo constitucional das medidas, ações e recursos de uma instância jurisdicional a outra, bem como a exorbitação da função, decorrendo em inconstitucionalidade formal e material a um só tempo (2020, p. 247).

A nova Lei 13.869 de 2019 surge então com um rol bem mais amplo que o da lei antiga, inclusive com previsões na seara penal, fomentando expectativas de solução e diminuição dos crimes cometidos por agente públicos. Quanto às penas, no entanto, Joyce Biazoto e Murilo Pimentel entendem tratar-se de preceitos secundários desproporcionais, beirando a ineficácia da lei frente à gravidade das consequências ocasionadas pelo abuso de autoridade. Para eles, o legislador atuou politicamente atendendo aos anseios sociais, mas de

forma indireta considerou o abuso de autoridade como crime menos gravoso, por exemplo, ao prever pena de detenção ao invés da reclusão (2023, p. 10).

Para efeitos de condenação ao crime de abuso de autoridade, o legislador previu três sanções imediatas no artigo 4º da Lei em comento, como manejo a sustar o ato ilícito, sendo o primeiro, a reparação do dano; o segundo, inabilitação para o exercício do cargo, mandato ou função pública pelo período de um a cinco anos; e o terceiro, a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Isto com a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, no artigo subsequente, sendo que tais punições são independentes das sanções de natureza civil e administrativa.

## **2.2 A crise das garantias no Processo Penal Brasileiro**

Antes de partir para um intróito das garantias, far-se-á um adendo profícuo ao conceito do Direito Penal do Inimigo de origem germânica, concebida por Günther Jakobs, e muito bem traduzido para produção jurídico-científico brasileira por Diogo Rudge Malan, em sua obra *Processo Penal do Inimigo*. Em suma, é um modelo teórico de política criminal que institui aversão aos denominados inimigos do Estado, àqueles que cometem iniquidades, retirando-lhes direitos e garantias fundamentais. O autor dissocia o Direito Penal do Cidadão do Direito Penal do Inimigo, sendo o primeiro um otimizador das esferas de liberdade e a segunda da proteção ao bem jurídico (2006, p. 2).

Oportunizando uma compreensão mais didática, o autor designa três elementos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo, sendo o primeiro o adiantamento de incidência de punibilidade, ou seja, adota o enfoque prospectivo da punição, punindo fato criminoso futuro ao invés do enfoque tradicional de criminalização de fatos criminosos já consumados; o segundo elemento é a cominação desproporcional das penas; e o terceiro, a supressão de garantias processuais do réu. Trata-se de um modelo de Direito Penal parcial, com punição antecipada e com penas desarrazoadas, restringindo a liberdade de agir, atuações punitivas que confrontam valores e ideais essenciais ao Estado Democrático de Direito (Malan, 2006, p. 3).

Por óbvio, essa cisão entre um Direito Penal dos Cidadãos e outro dos inimigos não prosperou, especialmente sob o prisma constitucional da universalidade dos direitos e garantias fundamentais, que são inerentes à condição humana e, conseqüentemente, não

comportando que sejam conferidos a uns e negados a outros, consoante nota de Marcelo José de Guimarães e Moraes e Cícero Robson Coimbra Neves (2023, p. 298).

É cedido que o direito de defesa perfaz uma das principais garantias fundamentais conferidas ao acusado, como consequência da presunção de inocência, para tanto, não caberia num cenário em que o acusado possui mínima ou inexistente participação no processo penal, deixando de ser o centro e tornando-se um mero elemento acessório da persecução irreductível, conforme Heloísa Teixeira Araújo da Silva (2023, p. 13)

Destarte, o sistema inquisitivo, que possui traços pela convalidação do modelo teórico criminal do inimigo, tornou-se inviável no sistema jurídico que vela pela dignidade humana. Precipuamente, as garantias do processo penal são impreteríveis à luz do Estado Democrático de Direito, vez que, o ente estatal passou a exercer sua autoridade sobre os cidadãos, contudo, com delimitação à sua atuação em prol do resguardo dos direitos e garantias individuais. Nesta aresta, Biazoto e Silveira e Pimentel (2023, p. 5) concluem pela dupla característica do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

Para os autores, a proibição do excesso consiste na abstenção do Estado em realizar condutas que violem os direitos e as garantias fundamentais, sendo assim, precisa agir de forma positiva para a concretização desses direitos, cumprindo seu dever de proteção. Quando o Estado se omite frente a esse dever, temos uma omissão, uma deficiência no poder de agir do Estado, contrariando as diretrizes do Estado Democrático de Direito (Biazoto e Silveira e Pimentel, 2023, p. 5).

A Constituição Federal de 1988 consolidou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, sendo o principal instrumento de positivação dos anseios democráticos, dos direitos e garantias fundamentais, refere Silas Barbosa Peixoto Farias (2023, p. 45). O autor ressalta, ainda, que a Carta Magna e a legislação criminal infraconstitucional adotaram o sistema acusatório para a *persecutio criminis* no ordenamento jurídico, como forma de instituir uma instrução penal com limpidez, preconizando a separação de funções investigativas e julgadoras, que antes eram atribuídas a um só magistrado (2023, p. 57).

Complementa Heloísa da Silva (2023, p. 15-16) que o direito ao contraditório e à ampla defesa foram consolidados pela Constituição Cidadã, aos litigantes e aos acusados, bem como garantiu ao preso as informações sobre seus direitos e circunstâncias relativas à prisão. Isso demonstra uma tendência da legislação brasileira a caminhar pela consolidação da ampla defesa, que é uma questão de ordem pública superante à dúvida razoável, e da aceitação da investigação defensiva, somando bases para uma defesa efetiva.

Pontua, ainda, que a defesa e o acusado iniciam o processo penal em desvantagem, vez que participam minimamente no inquérito policial e na produção de provas, enquanto a acusação dispõe de aparato estatal, arguindo a tese da investigação defensiva como elemento facilitador da paridade das armas corroborando ao princípio do devido processo legal (2023, p. 17).

Nesse sentido, Ana Beatriz Lopes de Melo e Jessyka Annykelly Araújo da Silva (2023, p. 5) preceituam que as normas processuais penais elaboradas e aplicadas com o esteio dos direitos e garantias constitucionalmente consagrados, em busca da maximização da dignidade da pessoa humana, são postulados caros à democracia. Estigma esse que é traço de uma doutrina garantista prevalecente, que restringe a pretensão punitiva do Estado e indicam o caminho para legitimar o seu *jus puniendi* no curso da persecução criminal, sendo que a Teoria Constitucional do Processo Penal é imprescindível ao exercício judicante do Estado.

Todavia, fatos intrínsecos a linha do tempo sinuosa na história de um país, são capazes de desencadear uma sensibilidade popular, abrindo brechas temerárias ao retrocesso das conquistas já auferidas, principalmente no que toca ao garantismo constitucional. À guisa de exemplo, a polarização política no Brasil que desencadeou atos de violência durante e após as eleições presidenciais de 2022, num embaraço absolutamente antidemocrático.

Notadamente, há um árduo caminho na defesa das instituições democráticas, por vezes desmerecidas em discursos levianos e capciosos de líderes populistas, afinal, pertencem a elas o antídoto às pretensões do retrocesso. Sucede que a crise democrática amplifica-se quando identificada a perda de apoio por parte de partidos políticos, perda da confiança nas instituições democráticas e políticas e perda da capacidade do governo em manter a ordem pública sem apelar para a repressão e violência, conforme exposto por Paulo Cesar do Vale Madeira (2023, p. 73).

A força motriz foi o clamor popular por punição desmedida de acusados, e por má sorte fomentado, senão financiado, por setores importantes, por formadores de opinião e tomadores de decisão. Os autores Moraes e Neves concernem tratar de uma engenharia endereçada ao caos, no crivo da criação de um novo direito penal do inimigo, ignorando-se, por vezes, que articuladores da desordem atuam em benefício próprio (2023, p. 391).

A propósito, a expressão “engenheiros do caos” coaduna com a atual configuração política e, conseqüentemente, jurídica brasileira. O autor Giuliano da Empoli, autor do livro homônimo, tece uma crítica à combinação do populismo tradicional com o algoritmo que “dá à luz uma temível máquina política”. Para ele, esta é a fórmula do sucesso de alguns movimentos políticos em que se reconhece a existência de uma manipulação das massas pelos

engenheiros do caos, que agem propulsionando temas que desencadeiam sentimentos e comportamentos em massa, difundidos através das mídias sociais. A este panorama nomeou tecnopopulismo pós-ideológico (2019, p. 25).

No Brasil, as narrativas punitivistas têm tomado o protagonismo das garantias do direito penal e processual penal constitucionalizado, especialmente no quadro judiciário, tendo em vista a recorrência de decisões proferidas eivadas de autoritarismo e decisionismo. O antídoto, como bem pontuado por Ana Carolina Mezzalira (2021, p. 267), já possui previsão legal no Código de Processo Penal e, além disso, é tido como garantia constitucional, perfazendo a motivação judicial como uma forma de efetivo controle das decisões judiciais, junto com as demais garantias fundamentais do acusado, como contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e duplo grau de jurisdição.

Neste íterim, ressalta que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, prevê que todas as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade. Noutra volta, no texto infraconstitucional processual penal, estabelece em seu artigo 155, que a convicção do juiz será formada pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório, ou persuasão racional, impondo a necessidade de fundamentação dos fatos e de direito que influíram em sua decisão (2021, p. 267).

Para a autora, a ausência de critérios mais objetivos e atentos à produção probatória são rastros do já superado sistema inquisitorial. Corrobora para essa desvalorização da análise criteriosa de provas, a busca incessante pelo eficientismo, inflamada pela espetacularização do processo penal, auspiciosamente em casos midiáticos, cuja condenação popular criada pela opinião pública, premedita o resultado processual (2021, p. 268). Esta realidade é percebida com o crescimento exponencial de discursos em que a moral e a justiça subjagam a própria lei, e que encantam a massa. E, como corolário desta aversão às regras constitucionais penais, o Poder Judiciário vem sendo alvo de críticas justamente pela atuação ativista e até mesmo política por parte dos juristas, conforme consigna Gilberto Andreassa Junior (2020, p. 15).

Pelas percepções de Marcelo Garcia da Cunha (2022, p. 10), a Justiça e a técnica processual são indissociáveis, pois, a qualidade das decisões depende diretamente da reverência aos atos instrumentais que a antecedem. Não se pode olvidar, entretanto, que o processo judicial é dialético, hodiernamente submetido às percepções e valorações pessoais, não raras vezes causam distorções no resultado final.

Nota-se, portanto, certa limitação teleológica do processo, ainda que o ordenamento jurídico se contente com uma condução coordenada da controvérsia, dentro de uma racionalidade no procedimento que ofereça uma solução dentro dos parâmetros da

razoabilidade. Por conseguinte, o processo deve ser equitativo e orientado por julgadores independentes e imparciais, que assumem o compromisso com a consecução da justiça, buscando a solução mais adequada às exigências do caso em concreto e da coletividade (Cunha, 2022, p. 11).

Pelas próprias razões de existência do procedimento, é elementar observar a aplicação das garantias fundamentais na fase pré-processual, momento em que se reúne os elementos mínimos de convicção para justificar uma ação penal. No entanto, dada a sua natureza inquisitória, e unilateral, afasta-se o contraditório e a ampla defesa. O peso probatório das evidências é limitado, bem como os procedimentos impelidos para delimitar atuação abusiva pelas autoridades, por exemplo, todo acervo, formal ou oral, deve ser documentado e registrado em termo, consoante Giovana Monteiro Belem Alves (2023, p. 10).

A autora indica que, apesar das circunstâncias de ausência do contraditório pleno e ampla defesa, é assegurada a participação do acusado durante a investigação, graças a Súmula Vinculante 14 do Supremo tribunal Federal, que garante ao defensor e ao acusado que representa total acesso aos elementos probatórios que digam respeito ao exercício do direito de defesa, somando pontos aos postulados constitucionais do devido processo legal (2023, p. 23)

Como bem pontuado por Carlos Alberto Garcete de Almeida, a proposta tríade do sistema acusatório brasileiro tem como pressuposto que o operador do direito opere com máximo zelo aos valores constitucionais, especialmente às suas garantias fundamentais e somente a partir dela é possível aferir com a inteireza dos axiomas garantistas (2016, p. 48). O modelo tríade do sistema acusatório brasileiro sobrepuja a interdependência das funções estatais de investigar, acusar e julgar, devendo ser exercida por instituições distintas, harmônicas e coordenadas entre si, tese esta que se estrutura numa visão sistêmica do “garantismo” (2016, 73).

O autor ainda notabiliza o valor axiomático do garantismo dentro do sistema acusatório penal, diante da pertinência em adotar um sistema de investigação criminal eficiente e que atenda aos anseios da coletividade, papel intrínseco ao Poder Público de elucidar a materialidade a autoria dos delitos, sem violar garantias inarredáveis fixadas pela Constituição Federal (2016, p. 227).

Consignando o elucidado por Ana Beatriz Nobrega Barbosa e Marcelo D’Angelo Lara, nota-se que a crise das garantias vai na contramão da ótica do direito penal contemporâneo que preza pelo princípio da intervenção penal mínima. Este princípio restringe a atuação do direito penal às hipóteses em que os demais ramos do direitos sejam insuficientes

para a tutela do bem jurídico, sendo assim, conclui que nem todo delito deve ser sancionado na seara criminal, imprescindível tão somente aqueles que afetam os bens jurídicos mais caros à sociedade. Ademais, importa que algumas infrações, mesmo que configurem interesse do direito penal, não influem para ser reprimidas por meio da pena privativa de liberdade (2023, p. 375).

Tal esboço demonstra a exaustão do sistema penal brasileiro, com destaque ao superencarceramento que prenuncia a crise do sistema carcerário, totalmente antiquado sob o prisma da proteção aos direitos e garantias fundamentais, fechando o cerco para o punitivismo desenfreado. Por estes motivos, os autores defendem o acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado, ainda que a justiça negociada contenda com o estigma social pela condenação criminal (2023, p. 375).

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surgiu como uma alternativa à morosidade judicial em prol da garantia constitucional da razoável duração do processo e da celeridade, disciplinado inicialmente pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, e posteriormente introduzido ao ordenamento jurídico através da Lei 13.964/2019, famigerado “pacote anticrime”. Trata-se de um acordo entre o acusado e o Ministério Público com intuito despenalizador quanto aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, por este caminho, o órgão de acusação deixará de oferecer a denúncia nas hipóteses em que a repressão do delito será possível na esfera negocial, com penas - compromissos - diferentes das pretendidas pela via judicial (Barbosa; Lara, 2023, p. 376).

Outro importante instituto delimitado pela Lei 13.964/2019 foi a Cadeia de Custódia da Prova, apesar de sua existência anterior à norma. A consagração de um procedimento que objetiva manter e documentar as provas, garantindo a licitude, perfaz um instrumento de promoção à dignidade humana, na medida que impede a acusação arbitrária, vinculando o poder punitivo estatal aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos (Melo; Silva, 2023, p. 3).

Sob a égide da jurisdição constitucional, as normativas infraconstitucionais são delimitadas pelo topo da pirâmide normativa brasileira, e estão em constantes adaptações resignadas aos fatos sociais. As leis supramencionadas, especialmente a nova lei de abuso de autoridade, servem como instrumento para sanear a aplicação dos preceitos constitucionais que antes não eram bem delimitados. O autor Kesley Rodger Ferreira Barbosa Dos Santos (2023, p. 15) indica que as novidades trazidas pela lei 13.689/2019 são a representação de um fenômeno que afeta a sociedade quanto aos impactos das garantias do processo penal, desde o inquérito policial até a fase processual.

A justiça criminal não existe apartado dos princípios e garantias constitucionais, tais quais do contraditório, devido processo legal, nem tampouco da dignidade da pessoa humana. Em suma, a lei repele, em maior ou menor grau, atentados contra o Estado Democrático de Direito ao impedir que atos de agentes públicos violem princípios processuais e constitucionais em benefício próprio, ocasionando danos ao Estado e as garantias individuais dos cidadãos que a ele compõe.

### **2.3 A institucionalização do abuso de autoridade e os riscos da “politização” das decisões judiciais para a higidez do Processo Penal**

Arrazoando a legitimidade da jurisdição constitucional, tem-se a consagração do controle de constitucionalidade como célula mater no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o parâmetro para todas as normas infraconstitucionais, além de limitar os poderes e instituir os princípios democráticos plenos. Assim, na dinâmica empreendida por Diogo Bacha e Silva e Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes Bahia, embora todos os órgãos públicos sejam responsáveis pela observação e aplicação da Constituição Federal, convencionou-se, principalmente após a segunda guerra mundial, que seriam depositadas no Poder Judiciário o exercício de sua defesa (2018, p. 169).

Não obstante, a própria formação histórica do controle de constitucionalidade no Brasil transformou problemas políticos em problemas jurídicos. Uma tendência por vezes perigosa, segundo os autores, pois, a democracia enquanto instituto político sai da seara política e passa as comunicações jurídicas, e a única forma que resta para salvar a democracia é se livrando da própria democracia. Em suma, o cenário pós guerra favoreceu um rol cada vez maior de direitos fundamentais e as Constituições tornaram a pormenorizar questões políticas e econômicas em todos os aspectos, com intervenção ampla do Estado inclusive na vida privada, processo este denominado “politização do judiciário” (2018, p. 170).

Neste arquétipo, por exemplo, debates já encerrados no Parlamento e proposições vencidas em face do Executivo, retomam a discussão via Judiciário, este que, em regra, não pode se abster de decidir. A problemática ressoa quando a expansiva atuação do Poder Judiciário invade a competência dos demais poderes, configurando ativismo judicial arbitrário. No entanto, convém não menosprezar o ativismo judicial quando viabiliza normas programáticas decorrente da inércia do Poder Legislativo em atuar sobre temas polêmicos, já

que tratam mormente de matérias impopulares e prejudicam planos eleitorais futuros, pontua Diogo Ricardo Goes Oliveira e Mariana Ribeiro Santiago (2023, p. 679).

Ponderam os autores que, para estipular o limite deste ativismo sem configurar lesão ao princípio da separação dos poderes, o Supremo Tribunal Federal entende possível ao Poder Judiciário tutelar a efetivação dos direitos programáticos, desde que haja uma violação concreta a direito individual ou coletivo, diante de reconhecida inércia do Poder Público, como, por exemplo, o reconhecimento da união homoafetiva através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (2023, p. 679). Noutro lado, a atuação proativa é capaz de criar uma insegurança jurídica e arriscar a separação dos poderes e a democracia, consoante Angela Carolina Soncin e Juvêncio Borges Silva (2021, p. 536).

Conforme assinalou o Ministro Luís Roberto Barroso, a expansão da atuação do judiciário, desde que submetido à margem do princípio da separação dos poderes, é um importante mecanismo para a efetivação de direitos fundamentais, o que não significa que os membros do Poder Judiciário auferem autoridade para afastar ou conformar leis elaboradas por representantes da vontade popular por suas preferências político-ideológicas, sob o risco de configurar abusividade (2019, p. 237).

Em escopo, o sistema de freios e contrapesos é o indicativo da atividade essencial ou atividade-fim de cada Poder Estatal, sendo assim, nenhum dos poderes poderá atuar extrapolando o quadrado normativo-funcional que lhe é atribuído, seja central ou lateral. Nesta vista, a Constituição Federal estabelece no seu texto o elo funcional entre o Poder Judiciário e o ato de julgar, sendo o julgamento sua função típica dentre as demais funções essenciais à justiça, conforme ditado via parecer pelo Ministro Carlos Ayres Brito (2020, p. 236). Ressalva dentre as garantias processuais constitucionais a tríade normativa inveterada a atuação de processar e julgar: princípio do juiz natural, princípio do devido processo legal e princípio do contraditório e ampla defesa. Dentro da atuação típica, a norma judicial de decisão é essencialmente uma norma de aplicação da lei em sentido material, para conservar a engrenagem do ordenamento jurídico (2020, p. 237).

À vista disso, não só a desnaturação das funções típicas do judiciário colocam em risco a sobriedade da justiça, vez que dentro da função judicante, o exaurimento da função julgadora dos magistrados implica distorções no resultado final e prejuízos inestimáveis para a sociedade. O sistema acusatório brasileiro sempre deixou claro que o procedimento de investigação típico é o modulado pelo inquérito policial, ainda que não seja imprescindível para deflagrar a ação penal se os elementos obtidos por outros procedimentos forem

satisfatórios, o que não significa que investigações criminais possam ser feitas por esses outros procedimentos e em outras instituições (Almeida, 2016, p 176).

É imprescindível o distanciamento do juiz no procedimento investigatório preliminar no modelo acusatório, seja requisitando abertura de investigações, valorando material probatório ou interferindo na atuação da Polícia Judiciária e do Ministério Público, titular da ação penal. O devido processo não coaduna com o ativismo judicial incontido, vez que a função atribuída constitucionalmente é de órgão julgador, conduzindo a ação penal dentro dos parâmetros legais, de forma a assegurar os direitos fundamentais do acusado, sem a interferência de percepções pessoais em benefício próprio ou de terceiros (Almeida, 2016, p 177).

Como bem pontua Diogo Malan (2020, p. 11), as duas finalidades precípua do Direito Processual Penal é também o seu grande paradoxo, por um lado se incube da realização da justiça de forma eficaz, doutro, a proteção dos direitos fundamentais consoante o zênite das normas. O ponto de equilíbrio para o autor é uma política criminal de eficácia que se autolimita, que legitima soluções preservando as garantias do Estado de Direito, no entanto, carece de legitimidade a partir do momento que suprimir as garantias processuais penais.

Subsecutivo denota dois pressupostos devem ser analisados para o Estado restringir um direito de outrem, um de ordem formal que perfaz na legalidade, e outro de forma material ou justificação teleológica, cuja restrição deve pautar-se em fins legítimos, socialmente relevantes e com respaldo constitucional (2020, p. 12)

Em intróito, a independência do judiciário, com a instituição do poder, não raras vezes, vertesse como escudo aos atos ilegais praticados por magistrados, justificando a relevância da criação da nova Lei de Abuso de Autoridade, contemplada como mais extensiva em relação a anterior, contendo previsões que sancionam o fadigamento de práticas como interceptações telefônicas sem devida motivação, prisões temporárias não adequadas à previsão legal, violação às prerrogativas de advogados, dentre outros.

Para William Teixeira de Oliveira e Zelio Vieira de Arruda, o abuso de autoridade fragmenta-se em três características: a omissão, o desvio de poder ou de finalidade e o excesso de poder. Omissão quando o agente público viola seu poder-dever deixando de concluir suas funções sem justificativa, desvio de poder ou de finalidade quando age objetivando fins diversos dos previstos em lei, e o excesso de poder quando atua além do factível, extrapolando sua função intrínseca (2023, p. 4).

A nova lei de abuso de autoridade não se restringe a punir membros do judiciário, abrangendo todo servidor público como passível de integrar o polo passivo, no entanto, o

cenário político brasileiro escancarou atuações controversas e com motivações político-partidárias de magistrados. Episódios que acumularam desrespeito às instituições e danos aos investigados, alavancados pela condenação moral pública movida por estratégias midiáticas (Oliveira; Arruda, 2023, p. 8).

A equação é inteligível e garante sucesso, um inimigo e um objetivo político determinado para fazer prevalecer a persecução criminal, sustentado pela manipulação das leis e dos procedimentos legais como armas de combate. Nesse sentido, as consequências do *lawfare*, empregado como pano de fundo durante a Operação Lava Jato, evidenciaram a necessidade de uma ética normativa com o fito de limitar os abusos cometidos pelo judiciário brasileiro, conforme preconiza Maria Aparecida dos Santos (2022, p. 13).

O jurista Márcio Sotelo Fellipe (2017, p. 308) é incisivo ao configurar a atuação dos agente que conduziram a Operação Lava Jato como típica prática de *Lawfare*, numa tentativa de obtenção da destruição do inimigo por meio de um processo aparentemente legal. Num caráter teratológico da atuação arbitrária, a violação de deveres funcionais triviais e a supressão de direitos e garantias constitucionais, revelaram o revanchismo político velado ao ânimo de condenar.

O autor Alessandro Fernandes (2024, p. 3965) aponta três principais evidências da utilização de estratégias de *lawfare* na sentença condenatória prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região contra Luiz Inácio Lula da Silva na época: utilização de delações premiadas acordadas com acusados sob custódia ou ameaça de prisão, restando contaminada a narrativa sob o subterfúgio de escapar das consequências penais; a flexibilização de conceitos jurídicos para sustentar a acusação; e tentativa de estigmatização de condutas do acusado.

Outros atos da Operação Lava Jato questionáveis e transvestidos de abuso de autoridade institucionalizado, como, por exemplo, a inauguração das investigações pelo juiz, este que concentrou durante a persecução penal as funções de investigar e julgar; conduções coercitivas sem intimações prévias, quebra de sigilo de dados telefônicos e fiscais de pessoas ligadas ao investigado sem autorização judicial, e posterior divulgação das informações como estratégia vexatória, dentre outras (2024, p. 3975-3977).

A apresentação da obra coletiva denominada “Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula” ficou a encargo do autor Geraldo Prado (2017, p. 11), que em brevíário instigou a discussão sobre os riscos da institucionalização do abuso de autoridade. Para ele, se os motivos de uma condenação sucederam da correção do magistrado mediante avaliação da prova num cenário de estrita observância às regras do devido processo legal, há de se

presumir justificável a eficiente a sentença produzida pela chamada dogmática processual. Noutro lado, se a higidez processual penal for afastada, as garantias do devido processo vulneradas, e as práticas processuais assumidas pelo magistrado forem capciosas, o ordinário se converterá em exceção, arriscando a defesa do Estado de Direito.

Wilson Junior e Milton Barbosa (2013, p. 150) comentam o influxo do culto à personalidade, que faz com que o Estado se funde à pessoa do governante, fazendo com que se torne o representante máximo do espírito do povo, preterindo que não há limitação ao seu poder, vez que, consiste em limitar o próprio povo. Fosse possível aprender somente pela experiência histórica, cenário histórico como da Itália e Alemanha durante a Segunda Guerra as forjaram democracias cada vez menos aprazíveis aos heróis.

Neste deslinde, com desígnio de evitar confusão, far-se-á a individualização e rutilante conveniência judiciária quanto ao *lawfare*, ativismo judicial e judicialização da política. Pela definição dada por Luã dos Santos Carneiro, Deo Campos Dutra e Deo Pimenta Dutra (2021, p. 2) *lawfare* é a fusão de “*law*”, que significa lei, e “*welfare*”, guerra, em suma é uma estratégia jurídica de manipulação da lei para combater o inimigo. No Brasil, o *lawfare* desvia o objetivo do Estado Democrático de Direito, tornando-se um instrumento para obtenção de objetivos políticos.

Sendo a instrumentalização do direito, aproxima-se do instituto do ativismo judicial, que por sua vez configura a ampliação da atuação judiciária para o campo dos demais poderes da república e, como já visto, foi legitimado quando tratar-se de uma violação aos direitos e garantias fundamentais sobre os quais o poder público mantém-se silente. Não menos importante, talvez o ponto máximo desse acervo, a judicialização da política é a influência do poder judiciário em demandas políticas, sociais e morais da sociedade, pertinente ao modelo constitucional adotado no Brasil (2021, p. 16).

Diante deste cenário, o juiz de garantias emana como uma inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, pontua Samia Saad Gallotti Bonavides e Gabriel Teixeira Santos (2022, p. 192-193). O juiz de garantias, instituto descrito no artigo 3º-A e 3º-B da Lei 13.964/2019, separa as funções do juiz que atua na fase do inquérito do juiz que atua na fase de instrução, primando a garantia da imparcialidade nas decisões judiciais.

O dispositivo ficou suspenso aguardando julgamento do Supremo Tribunal Federal até o julgamento das ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 que contestaram as modificações no Código de Processo Penal, tendo sido reconhecida sua constitucionalidade no dia 24 de agosto de 2023 e, posteriormente, no dia 19 de dezembro de 2023 foi publicado o acórdão da decisão.

O propósito crucial da implementação do juiz das garantias, segundo Cristiane Guimarães Pereira Pinto e Leonardo Siqueira (2023, p. 72), é afastar o juiz da instrução da fase do inquérito, evitando que ele seja contaminado por provas volúveis concebidas na fase investigativa. Pondera ainda que o juiz tem o poder-dever de exercer a atividade jurisdicional, apreciando com imparcialidade os conflitos a ele submetidos, de forma a assegurar os direitos e as garantias constitucionalmente postuladas.

Na Lei Seca o artigo 3º-B do Pacote Anticrime institui que “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, sequenciado por previsões das competências instituídas pela lei.

Neste aspecto, pondera Bonavides e Santos (2022, p. 205) que a medida justifica-se no descontentamento quanto aos atos feitos à revelia do investigado, momento propício para a atuação da mídia e formação da opinião pública, que “condena” à frente do judiciário e influi nos desdobramentos, resultando em graves ameaças de violação dos direitos fundamentais dos investigados. Neste momento, o juiz das garantias atuará, não como um adversário do investigado, alimentando a intenção punitivista previamente, mas quando chamado para atuar no inquérito policial, será um resguardador dos direitos fundamentais do acusado quando houver quebra de algum valor constitucionalmente consagrado.

É também incumbido ao juiz de garantias controlar eventuais manifestações públicas de casos em andamento, para que não influam em prejuízos aos resultados das investigações, sempre assegurado o uso do contraditório e possibilitando o exercício da ampla defesa. Tal postura, segundo os autores asseguram a imparcialidade das demais práticas que possam ser ventiladas nas fases processuais subsequentes. Nesta fase será possibilitado, dentro das previsões legais, instrumentos negociais para a não persecução criminal, outro instituto somado ao ordenamento jurídico através da lei 13.964/2019 (Bonavides; Santos, 2022, p. 208).

Ressaltando a perspectiva de Bruno Cogan (2019, p. 272-273), após todo excerto, factualmente a nova Lei de Abuso de Autoridade aparenta ser uma resposta de setores que foram alvos de ações judiciais, especialmente altos escalões políticos e sociais do Brasil. É contundente o rebuliço de constatações do mau uso do poder e da autoridade por servidores públicos, escancarados pela nova lei. Afinal, o ordenamento jurídico é encabeçado pelo princípio da legalidade, que preconiza a noção de superioridade das leis, submetendo o Estado ao Direito, doutra forma não seria possível considerar este comando senão como pilar do Estado de Direito.

É possível diferenciar três grupos de crimes funcionais exercidos por algum poder ou por autoridade da *persecutio criminis* ou *ius puniendi*, sendo eles: incorre em crime de abuso de autoridade o servidor que extrapola o que a lei determina; incorre em crime de prevaricação o servidor que não cumpre integralmente seu dever, fazendo aquém do que a lei manda e incorre em crime o servidor que nega o *múnus* ou desvia da finalidade de sua função (Cogan, 2019, p. 283).

Não se pode olvidar da imprescindibilidade de proteção à liberdade individual, afastando a possibilidade de prisões pautadas em mero arbítrio. A intenção punitivista do funcionário público foi o meio pelo qual o Estado reafirma sua responsabilidade objetiva por força do disposto no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, delimitando que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Os abusos de poder são sorrateiros, apesar de não passarem despercebidos na história, sendo o núcleo de discussões que eclodiram várias revoluções influenciadas por pensadores e filósofos. Segundo Rômulo Cassiano e Andrea Fabri (2020, p. 3), a organização do Estado, política e socialmente, figurou de diversas maneiras, sendo mais eficaz a maior participação popular nas decisões, bem como a descentralização dos poderes. A institucionalização do abuso de poder são, ainda, resquícios de modelos de governos autoritários, que repeliam a ideia das liberdades individuais. O jusnaturalismo apregoa justamente a existência de direitos que são intrínsecos e naturais a todo e qualquer homem, que fluem de sua própria natureza, viabilizando ao ser humano viver de forma digna.

Tais direitos só foram confirmados após a queda de regimes absolutistas e consolidação do Estado moderno, que surgiu com a possibilidade de sujeitar as autoridades ao respeito das leis a partir da ideia de igualdade, estruturada nos direitos fundamentais de ordem individual ou liberdades civis (Cassiano; Fabri, 2020, p. 5). São noções muito consolidadas nos dias atuais justamente pelo acesso mais democrático às informações advindas com os novos tempos.

A contar pelo vanglorio que cercava os magistrados, não era possível imaginar que seriam alcançados por uma lei que prevê responsabilização pelos seus atos. Aparentemente uma blindagem inconsciente afastava qualquer que se nomeasse suficiente para julgar a cúpula de detentores do poder-dever *ius puniendi*. Por óbvio são detentores do livre convencimento, o que não se confunde com sobreexceder os limites da higidez democrática,

afinal, o que a sociedade espera de um juiz é acima de tudo a sua imparcialidade, em termos anelados coaduna Carlos Alves (2019, p. 19).

Ressalta, além, que a punição por abuso de autoridade é compatível com o grau de responsabilidade que o cargo exige, aplicação da norma ao caso concreto suporta a supressão de direitos e garantias fundamentais como sanção, é mister exigir que todos os procedimentos observem estritamente a sobriedade da lei. Não à toa, a nova lei de abuso de autoridade é fastidiosa quanto às restrições de liberdade, por exemplo o artigo 9º, inciso III da Lei, que prevê que comete abuso de autoridade o juiz que não deferir a ordem de habeas corpus quando cabível. Ou a previsão do artigo 10º que condena a condução coercitiva manifestamente descabida e sem prévia intimação de comparecimento em juízo (2019, p. 21).

Nota-se, a consolidar o exposto por Thaiz Souza (2020, p. 34), com o advento da Nova Lei de Abuso de autoridade, que algumas práticas tidas como corriqueiras e ordinárias em atitudes passíveis de punição, seja na seara administrativa, civil ou penal. É certo que o cenário político exigiu um posicionamento mais coerente do Poder Público, de forma a diligenciar com mais veemência casos em que a autoridade, sob o pretexto de cumprimento da sua função legal, viole direitos e garantias fundamentais de indivíduos, transformando o processo penal num mero instrumento de revanchismo em benefício próprio, distribuindo a conta do retrocesso à toda sociedade.

Pelas razões apontadas, a nova lei demonstra que o Brasil ainda vive sob o período de redemocratização, justamente pela recorrência de prisões arbitrárias, dentre outros atos característicos de abuso de autoridade, instaurado pela Constituição Federal de 1988, que sucedeu o período de Ditadura Militar, em que atos policiais configuraram-se absolutamente aviltantes em relação às conduções coercitivas e às prisões (Martins, p. 89).

A virtude extraída, em suma, provém do título da obra de Ana Carolina Mezzalira “Em tempos de autoritarismo, limite é garantia” (2021, p. 1), com sobrepujo, limite é liberdade, a bonança da sociedade é resultado da higidez do ordenamento jurídico, orientado pela jurisdição constitucional. Isso implica em dignidade ao indivíduo de forma maximizada, tendo acolhidos todos os direitos e garantias em favor do seu desenvolvimento estando inserido no meio social. Enfim, o saldo de uma sociedade orientada pelos preceitos garantistas é uma colheita farta para todos.

### 3. A prática do *Fishing Expedition* e a sua configuração enquanto abuso de autoridade

#### 3.1 *Fishing Expedition*: conceito e histórico

O termo *Fishing Expedition*, na tradução livre “pesca probatória”, diz respeito a prática indiscriminada e não fundamentada por evidências, mormente motivada pela busca incriminatória, sem causa justificável ou razoável, levantando questões éticas e legais fundamentais, especialmente em relação à proteção dos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição Federal, e ao devido processo legal, aduz Gaios Samuel de Medeiros (2024, p. 13). A prova é o elemento central do processo e a busca pela verdade é um desafio entre as partes, a figura do *fishing expedition* aparece justamente nas arbitrariedades dos meios de obtenção de provas.

Na Antiguidade, vigoravam os juramentos *ex officio* ou de *veritate dicenda*, que eram impostos pelas cortes da igreja inglesa. O lema era: o processado que estava sob juramento possuía a obrigação de dizer a verdade sobre tudo que lhe fosse perguntado. Caso se recusasse a responder, decidindo manter-se em silêncio, fazia deste ato uma admissão de culpa, noutro lado, se contasse inverdades seria punido pelo crime de perjúrio e condenado no plano da eternidade, por ter desonrado a Deus. O exemplo citado demonstra que o acusado era mero “objeto” de investigação, conclui Maria Eduarda Rodrigues de Souza (2023, p. 20)

Tais atos abriam brechas para que os juízes, em busca da satisfação da “verdade”, aproveitassem para fazer verdadeiras investigações abstratas sobre a vida dos investigados por meio de perguntas incriminadoras e sobre suas vidas privadas, as quais não tinham absolutamente nenhuma ligação com o fato em apuração. Nesse ínterim, o *nemo tenetur se detegere* – ou direito que o indivíduo tem de não produzir provas contra si próprio – ainda não era tido como um direito fundamental, mas como um “privilégio”, uma proteção contra as intromissões do Estado na vida privada, tornando-se alvo de muitas restrições (Souza, 2023, p. 20).

São estas as raízes, mas o termo *fishing expedition* foi abordado pela primeira vez no *leading case* Hickman vs. Taylor, decidido em 1947, momento em que questões legais relacionadas à descoberta de provas e ao privilégio advogado-cliente em um contexto de litígio civil são tratadas. Em resumo, o referido caso trata-se de um acidente marítimo

envolvendo o rebocador “JM Taylor”, cujos proprietários, representados por advogados, buscaram a defesa contra possíveis ações judiciais e iniciaram processos contra a ferrovia responsável pelo carro flutuante rebocado (Medeiros, 2024, p. 14).

Como devido nos processos penais, os advogados dos réus entrevistaram testemunhas e obtiveram declarações, alegadamente pelo privilégio advogado-cliente. A parte contrária requereu acesso a essas informações, e os réus recusaram-se a divulgar o conteúdo das declarações invocando o privilégio advogado-cliente. O Tribunal de primeira instância determinou que as informações fossem divulgadas, no entanto, o Tribunal de Apelações reverteu essa decisão com base nas Normas Federais de Processo Civil Americanas (Medeiros, 2024, p. 14).

A divergência foi levada a Suprema Corte dos Estados Unidos, que concedeu *Certiorari*, ou processo de revisão, que manteve a decisão do Tribunal de Apelações, determinando que as informações obtidas pelo advogado fossem mantidas em sigilo, uma vez que não foram apresentadas nos autos quaisquer tentativas de demonstração da razão pela qual o advogado Fortenbaugh deveria apresentar suas declarações escritas (Medeiros, 2024, p. 14).

Apesar deste caso não abordar especificamente o típico conceito de *fishing expedition*, ele fornece um exemplo para a compreensão das questões relacionadas à descoberta de provas, privacidade e ética no processo legal, destacando a imprescindibilidade de encontrar um equilíbrio entre a busca pela verdade, proteção dos direitos individuais e práticas de investigações legais (Medeiros, 2024, p. 15).

Posteriormente, no julgamento do caso Estados Unidos vs. Nixon que se tornou um marco histórico na política legal e política dos Estados Unidos que envolveu o presidente Richard Nixon e o escândalo *Watergate*. Neste julgamento indicou-se um “teste”, segundo o qual, para fazer um requerimento de provas a parte solicitante deve demonstrar: 1º) que os documentos são probatórios e relevantes; 2º) que não é razoavelmente possível a sua obtenção por outros meios; 3º) que a parte não estaria preparada para o julgamento sem essa prévia produção, e que o insucesso em obter essa inspeção atrapalharia de forma desarrazoada o julgamento; e 4º) que a solicitação é feita de boa-fé, e não pretendida como uma genérica *fishing expedition* (Souza, 2023, p. 21). A partir de então, notou-se que a ocorrência da prática era corriqueira, especialmente no âmbito criminal.

O termo “expedição de pesca” remete à incerteza inerente às expedições de pesca em si, contexto em que os pescadores se deslocam para um rio na esperança de encontrar peixes, sem ter certeza de que realmente haverá peixes ali, tampouco as espécies ou as quantidades,

apenas partindo da convicção de existência, uma vez que se trata do habitat natural do animal. De forma semelhante acontece no Processo Penal durante as diligências para a apuração de um possível fato delituoso, em que não há indícios de quem seria o autor, tampouco qual crime teria sido praticado, mas há evidências da colheita de provas, subvertendo as garantias constitucionais para justificar uma ação penal futura, ainda que incerta (Medeiros, 2024, p. 16).

Alexandre Morais da Rosa (2021), conceitua *fishing expedition* como sendo uma caça abstrata, sem finalidade, que que supera os limites autorizados, em termos:

*Fishing expedition*, ou pescaria probatória, é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem "causa provável", alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém.

Conclui o autor que, a vedação ao *fishing expedition* é uma consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*). A invasão de direitos fundamentais encontra regime restrito e submetido à reserva de jurisdição. Sendo assim, as cautelares probatórias ou investigações precisam definir antecipadamente o objeto, isto é, a diligência, pedido ou decisão judicial devem responder expressamente: quem, quando, como, onde, por e para quê, o que, com que motivação etc. Do contrário, não preenchem os pressupostos e requisitos legais (Rosa, 2021).

### **3.2 A expedição de mandados de busca e apreensão genéricos como prática de *Fishing Expedition***

Durante o procedimento investigatório, o agente público tem o dever de obediência à estrita legalidade. Significativamente, diante da possibilidade manifesta de se praticar atos que invadam ou violem direitos fundamentais do indivíduo, como liberdade, domicílio e patrimônio, não há autorização para atingi-los a não ser por objeto claro e objetivo em sede de apuração, concernindo esta uma proteção ao cidadão em face de eventual arbítrio do Estado, aduzem Anderson Bezerra França de Oliveira, Karlos Douglas de Sousa Gonçalves e Juliano de Oliveira Leonel (2023, p. 5684)

Com a delimitação do objeto, o agente investigativo, seja um agente policial, delegado ou promotor, busca construir elementos indiciários, que fundamentam a materialidade e autoria de noticiado fato punível. Tais elementos probatórios, por sua vez, são intrínsecos a busca pela justa causa enquanto “suspeita sólida” para fins de consolidar a *opinio delicti*, fazendo com que a propositura da ação possua o condão de limitar o objeto da acusação. (Oliveira *et al.*, 2023, p. 5684).

A busca e a apreensão estão disciplinadas no capítulo XI do Código de Processo Penal, sendo a busca um meio para a apreensão. Na dicção da literatura a busca é “medida atinente à investigação, descoberta ou procura de coisas destinadas à elucidação da matéria posta em juízo criminal” (Souza, 2011, p. 72). Lado outro, a apreensão destina-se a retirada da prova “ou qualquer outro objeto que interesse a persecução penal da posse ou, ainda, do local onde esta se encontre para que fique protegida e não venha a se perder, impossibilitando sua utilização no processo penal” (Souza, 2011, p. 74).

Os respectivos instrumentos cuidam-se de medidas cautelares (Souza, 2011, p. 65) e a sua adoção enseja na restrição de direitos fundamentais, qual seja, o direito à inviolabilidade de domicílio, à intimidade e à privacidade do indivíduo, o que apenas é possível devido à jurisdicionalidade adstrita às cautelares. Nessa dicção, explica que a jurisdicionalidade é justamente a autorização pendente para a validação do ato de restrição das garantias constitucionais mencionadas, salvo nas hipóteses do artigo 241 (busca realizada por autoridade policial ou judicial pessoalmente) e 244 (fundada suspeita no curso da busca domiciliar) do Código de Processo Penal. Por fim, destaca que a busca deverá ser específica e não ultrapassar o conteúdo do mandado sob risco de violar princípios constitucionais e subverter os fins da medida cautelar (Souza, 2011, p. 73).

Por serem medidas cautelares, recaem sobre pessoas e coisas, cerceando, via de regra, a eficácia de direitos e garantias constitucionais. Portanto, estão revestidas de algumas características elementares, que podem ser expressas na (i) jurisdicionalidade, que já foi explicada anteriormente, (ii) assessoriedade, (iii) instrumentalidade, (iv) provisoriedade e provisionalidade e (v) proporcionalidade.

A assessoriedade refere-se à dependência entre a medida e o processo penal em curso. Lado outro, diferente do que ocorre no processo civil, a cautelar penal baseia-se em um juízo de probabilidade, por essa razão, quando proferida a sentença de mérito, a cautelar perde o seu efeito, haja vista que a sentença confere um juízo de certeza sobre o fato. Resta claro, nesse sentido, o seu caráter de auxílio (Souza, 2011, p. 69).

A instrumentalidade tem como escopo defender o processo, protegendo o seu provável resultado. Nessa perspectiva, essa característica “tem o escopo de assegurar o resultado da demanda principal e de se atingir a medida principal” (Souza, 2011, p. 69-70). Nessa perspectiva, Wedy (2006, p. 94), explicita que a instrumentalidade é inerente ao processo cautelar. Da mesma forma que o processo é o meio pelo qual o Estado exerce seu direito de punir, a medida cautelar é o mecanismo que garante a efetividade do processo, protegendo sua integridade e deslinde, pretendendo o êxito do procedimento final.

No que se refere à provisoriedade e provisionalidade, Souza (2011, p. 70) explica que a medida cautelar dura até que seja determinada a medida principal e enquanto perdurarem os seus requisitos autorizadores, quais sejam, indícios suficientes de autoria e o perigo da liberdade do imputado. No entanto, a duração da cautelar penal, quando atinente à restrição de liberdade da pessoa, não deve se estender até que sobrevenha a sentença, a depender do lapso transcorrido entre a efetivação da cautelar e a prolação do *mandamus*. Caso isso ocorra, haverá a configuração de abuso de autoridade e violação à constituição, posto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal incriminadora.

Quanto à característica de provisionalidade, Souza (2011, p. 70) conceitua que onde se obtém o caráter situacional das medidas apreende também a tutela do fato gerador do possível dano que enseja uma cautelar, sendo assim, desaparecendo os requisitos (*fumus comissi delicti* e/ou *periculum libertatis*) revoga-se a medida.

Em relação à sua última característica, qual seja, a proporcionalidade, configura-se a necessidade de adequação da medida cautelar ao fato, sendo vedado que a medida cautelar tenha efeito mais gravoso do que a pena que seria aplicada ao caso. Nessa perspectiva, “deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização social e jurídica que irá sofrer o acusado” (Souza, 2011, p. 71).

Diante do que foi demonstrado quanto às suas características, e pelo caráter de restrição de direitos e garantias fundamentais, as medidas cautelares, sobretudo as de busca e apreensão somente devem ser deferidas pelo magistrado quando comprovada a real necessidade de sua utilização, e quando for determinável o que se pretende encontrar e apreender.

Nota-se uma crise no sistema acusatório, sobretudo pela pressão da sociedade em face do Poder Judiciário na atuação contra o crime, o que coloca em xeque princípios constitucionais basilares, tal como o do contraditório. É que, no âmbito do processo judicial, na atual sistemática brasileira, a prova a ser considerada é tão somente aquela produzida sob o crivo do contraditório judicial (Oliveira, 2020, p. 6).

A atuação inquisitiva do magistrado acaba por macular a dinâmica processual, conforme demonstrado, tornando vãs as disposições constitucionais quanto à legalidade, a garantia do contraditório e ampla defesa e a própria higidez do sistema constitucional. Isso porque, o juiz ao assim agir, coloca-se acima da lei, relativizando toda a sorte de garantias existentes no sistema acusatório, que em verdade, servem ao cidadão e à sociedade no Estado Democrático de Direito.

Em que pese os contornos democráticos que podem ser vistos no âmbito da jurisdição penal brasileira, há grandes tendências de relativização dos princípios e garantias trazidos pela Constituição Federal de 1988. Dentre tais violações destaca-se a da presunção de inocência, art. 5º, LVII e a do contraditório, art. 5º, LV, ambos da Constituição Federal.

É que, devido à distância cronológica entre o Código de Processo Penal, que é de 1941 e a Constituição Federal de 1988, e logicamente a mudança estrutural da sociedade que pode ser vista na respectiva modificação das garantias e da principiologia, há uma certa ineficácia verificada na dinâmica processual penal que impede a isenção e imparcialidade plena esperada do magistrado, inclusive quanto à dinâmica *probandi*.

Essa dificuldade tem seus efeitos agravados pela pressão das massas pelo ideal de justiça que na contemporaneidade encontra o seu ápice na punição. Isto é, o senso comum tem exercido forte pressão sobre o Poder Judiciário, a partir de um reforço político de que a segurança e a justiça são reforçadas com o encarceramento em massa, que somente ocorre com a prolação de uma sentença condenatória.

É possível notar no senso coletivo um desprestígio dos cidadãos em relação ao sistema de garantias constitucionais, sendo que muitas vezes, amparados em discursos políticos punitivistas, descredibilizar o Poder Judiciário quando este, obedecendo e respeito os direitos e garantias individuais absolve de um crime um acusado quando não há provas suficientes quanto ao cometimento do delito.

Essa pressão social tem exercido sobre muitos juízes o senso de que a condenação é o motor da justiça, e tem contribuído para uma atuação inquisitorial e um desrespeito cada vez maior à sistemática *probandi*.

Exemplo disso é que na atual conjuntura tem sido cada vez mais corriqueiro observar a expedição de mandados de buscas e apreensão genéricos pelos magistrados, que na dicção de Oliveira (2020, p. 187) deveria manter-se alheio à disputa entre a acusação e defesa, haja vista o princípio da presunção de inocência, que é tido como um dever de tratamento. Desse modo, ao assim agir, acaba por macular a lógica do sistema acusatório, assumindo um papel inquisitorial, “tomando o lugar da acusação com ‘pescarias probatórias’, tendo como único propósito incriminar o acusado - seja por revanchismo, seja pelo fomento da celeridade e diminuição da ‘burocracia’ judicial” (Oliveira, 2020, p. 187).

Pescaria probatória, portanto, é o nome dado às práticas levadas à cabo pelo magistrado no ato de expedir, de ofício, ou deferir a expedição de mandado de busca e apreensão genérico, de modo a tentar encontrar qualquer elemento capaz de incriminar o sujeito. Tal prática é incoerente com o sistema acusatório pois ao agir desse modo, o agente

espera encontrar algum elemento incriminador, estando, portanto, com a sua cognição maculada pela crença de que o sujeito cometeu um ou algum crime, o que se apresenta como um distanciamento da imparcialidade.

A literatura jurídica especializada conceitua a pescaria probatória ou *fishing expeditions* como diligências probatórias ausentes de “causa provável”, baseada na busca injustificada de que “quem procura, procura algo”. O solecismo, todavia, é o juízo cognitivo partir do acusador, corrompendo a imparcialidade e a presunção de inocência do acusado, princípios basilares do processo penal acusatório sob a jurisdição constitucional (Oliveira, 2020, p. 187).

Em arremate, Alves e Filho (2023, p. 64) define a “pescaria probatória” como a realização de buscas e investigações especulativas para subsidiar uma investigação/acusação, podendo ser consideradas diligências de prospecção. Por conseguinte, caso não resulte em fontes de prova tangíveis, não trará consequências - para além da violação à intimidade e à dignidade humana do acusado.

Todos os atores envolvidos no processo, desde a fase investigativa, no caso da autoridade policial, até a fase instrutória, protagonizada pelo Ministério Público, via de regra, devem respeitar as garantias processuais. No entanto, nem sempre isso é feito, no caso da pescaria probatória, há diversos atores que podem realizá-lo, desde a autoridade policial que busca por elementos de informação sem a devida autorização para tanto, até o membro do Ministério Público, ao requerer que haja buscas e apreensões sem determinar o que se pretende encontrar.

Entrementes, de maior gravidade é a conduta do magistrado ao deferir tais pedidos, ou mesmo, determinar de ofício a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico. Portanto, a conduta do magistrado de estar a procura de “algo”, tem sido lida como uma ausência de imparcialidade, e que demonstra que ele já está convencido da culpabilidade, sendo a diligência apenas um meio para coletar elementos que demonstrem, ou corroborem com a sua impressão, haja vista que não poderia incriminar sem provas.

Ainda que se argumente em sentido contrário, aduzindo que a busca genérica se justificaria por alguma dificuldade instrutória ou que já tenha havido em determinado momento um lastro informativo mínimo vindo do Inquérito Policial, não coaduna com o sistema de garantias que exige do magistrado uma postura isenta. Outrossim, compete à acusação o ônus de provar as suas alegações, e não é razoável o pleito de uma busca e apreensão genérica, que tente moldar a argumentação para aquilo que pescar, posto que

contraria a dinâmica das provas no processo penal constitucional por ferir os princípios e garantias já explicitados.

Nota-se que, em grande medida, o argumento que tem sido utilizado para legitimar a pescaria probatória tem sido o da busca pela “verdade real”. No entanto, há determinada relativização dessa busca pela verdade real, posto que alguns autores consideram-na um mito, como é o caso do doutrinador Aury Lopes Júnior (2019, p. 327), que categoriza a busca pela verdade real como integrante do sistema inquisitorial, que seria característico de sistemas autoritários, além de sinalizar a busca por uma “verdade” a qualquer custo.

Tal movimentação é inócua, ao passo que para a obtenção da dita “verdade real”, macula todo um sistema de garantias, desobedecendo comandos constitucionais imperiosos para a conversação do Estado democrático de direito.

No âmbito da literatura jurídica especializada há autores que questionam os pressupostos “legitimadores” da produção da verdade real no processo penal. Nesse sentido, Achutti e Rodrigues (2005, p. 150), em tom de crítica aos fundamentos da sobredita “verdade real” asseveram que, apropriando-se de um sentido psiquiátrico de delírio, tende a um “delírio coletivo”, exponencialmente quando operadores do direito creem em sua viabilidade. O delírio da crença na verdade real infestou Foros, Tribunais e ambientes acadêmicos em geral, no entanto, o prenúncio desta busca é nunca encontrar seu ponto de chegada.

Na mesma perspectiva de análise, Ferreira e Jacob (2017, p. 419), buscaram analisar se seria possível o alcance da verdade real sem prejuízos aos direitos e fundamentais e garantias fundamentais do indivíduo. Para os autores, é necessário que haja racionalidade na busca pelo alcance da verdade no âmbito processual penal, devido a indisponibilidade dos bens tutelados (2017, p. 420).

É que, a dinâmica probandi processual penal tem o fito de reconstruir os fatos do delito cometido no passado, isto é, anterior à atividade processual, sendo que os resultados disso advindos poderão ensejar até mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção do acusado, ou investigado a depender da fase. No entanto, a liberdade de locomoção é um direito protegido pela Constituição Federal, sendo uma garantia fundamental do indivíduo, portanto, indisponível (Ferreira, Jacob, 2017, p. 420).

Nessa esteira, os autores postulam que o Direito é uma ciência complexa e dinâmica, com potencial de adaptar-se às constantes evoluções na sociedade. Neste viés, a verdade, no desenvolvimento processual, é uma verdade histórica, não somente por revelar-se através da instrução probatória, sendo reconstruída no seio processual com o fito de legitimar a decisão final, mas por delimitar-se a fatos penalmente relevantes e descritos previamente na

legislação, está que reflete os anseios sociais, portanto, jamais permanecerá incólume. Trata-se, além, de uma verdade contingente, que depende de lastro probatório suficiente para que seja considerada verdadeira (Ferreira, Jacob, 2017, p. 426).

Ocorre, no entanto, que a estrutura do processo penal é acusatória por força do art. 129, inciso I da Constituição Federal, bem como pelo art. 3º-A do Código de Processo Penal, nesse sentido, não comporta compatibilização com elementos advindos da estrutura inquisitorial, tal como a previsão do art. 156, I do CPP. Quanto ao renascimento do respectivo artigo de ordem claramente inquisitorial no bojo do Código Processual Penal, a literatura pontua que “é consabido, entretanto, que a atuação do magistrado antes mesmo de iniciada a ação penal se justifica para preservar e tutelar garantias fundamentais do acusado que, não obstante, poderão ser infringidas no transcorrer da persecução penal” (Ferreira, Jacob, 20147, p. 427).

Assim, pode-se dizer que a sistemática procedimental brasileira permite a obtenção de provas a partir de uma busca pela verdade processual ou substancial, na dicção de Ferrajoli (2010, p. 44). Isto é, na lógica constitucional, a obtenção da “verdade” deve vir com o respeito aos princípios e garantias positivados na Lei. Nessa perspectiva, Binder (2022, p. 188) explica que “o mandado de busca deve sempre conter os fins e os motivos de sua expedição, para que não se dê ao executor um cheque em branco, possibilitando verdadeiras devassas na intimidade alheia”.

O referido autor explica ainda que a ordem de busca não deve ser genérica no que se refere ao lugar e ao tempo, ou seja, não deve possuir validade permanente, devendo prever o lapso para a qual tem validade, devendo ainda “determinar com precisão - e expressamente - o local que pode e deve ser revistado” (Binder, 2002, p. 188).

Em que pese a clareza quanto à ilegalidade da pescaria probatória, há na literatura aqueles que defendem a sua uma “causa provável” para a sua realização, nesse sentido, (Oliveira, 2020, p. 194) expõe que os defensores da pescaria probatória a justificam pela “causa provável”, mesmo em hipóteses que não comporte mandados genéricos, suposições vagas e excessivamente intervenientes. Isto pois, o sistema acusatório prevê a estrita observância das garantias fundamentais do acusado e dos limites constitucionais, especialmente com a inclusão do Art. 3º-A pela Lei 13.964/2019.

É que, com o advento do chamado vulgarmente de “pacote anticrime”, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, cujo objetivo foi aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, incluiu o art. 3º-A ao Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “O processo

penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

É fato que tal disposição conferiu limites à atuação do magistrado na condução do processo e reafirmou a necessidade de imparcialidade plena, haja vista ter colocado como elemento estrutural do processo, o sistema acusatório.

Na expedição do mandado de busca e apreensão, deve-se atentar aos postulados do artigo 243 do Código de Processo Penal, para que não incorra em violação às garantias constitucionais, tais como, indicar precisamente a casa diligenciada; o nome do proprietário ou morador; no caso de buscas pessoais, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; mencionar o motivo e os fins da diligência; e ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

Denota-se, portanto, que o mandado de busca e apreensão não pode ser genérico. É um dever a observação do comando normativo, sobretudo o art. 243 do Código de Processo Penal, que delimita a forma que o mandado deve ter. Assim, caso tais premissas não sejam observadas, viola-se o direito fundamental à privacidade do indivíduo (Alves, Filho, 2023, p. 62). Desse modo, é imprescindível que seja delimitado o endereço em que será realizada a diligência, bem como estejam expostos os motivos e os fins da de sua realização, em conformidade com os incisos I e II do art. 243 do CPP.

No ano de 2019, quando do julgamento do AgRg no Habeas Corpus nº 435.934, o Superior Tribunal de Justiça declarou a nulidade da decisão que havia decretado medida de busca e apreensão genérica, coletiva e indiscriminada contra os moradores de uma comunidade. A decisão foi assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS EM COMUNIDADES DE FAVELAS. BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVA, GENÉRICA E INDISCRIMINADA CONTRA OS CIDADÃOS E CIDADÃS DOMICILIADOS NAS COMUNIDADES ATINGIDAS PELO ATO COATOR. 1. Configurada a ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de Processo Penal, além do art. 5º, XI, da Constituição Federal: 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. Caracterizada a possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. 2. Indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência. Constrangimento ilegal evidenciado. 3. Agravo regimental provido. Ordem concedida para reformar o acórdão impugnado e declarar nula a decisão que decretou a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e

indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator (Processo n. 0208558-76.2017.8.19.0001).

(STJ - AgRg no HC: 435934 RJ 2018/0026930-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/11/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2019)

A partir da leitura da ementa e compreendendo os fundamentos da decisão, fica claro o posicionamento do STJ no sentido que é ilegal a expedição de mandado de busca e apreensão genérico e indiscriminado. Desse modo, quando tal ilegalidade é cometida, os elementos obtidos não devem ser considerados como provas, haja vista a sua contaminação, devendo, portanto, ser retirados dos autos conforme previsão do art. 157, *caput*, do CPP que atesta “são inadmissíveis, devendo ser desentranhados do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Em tempos de insegurança jurídica e constantes banalizações de direitos fundamentais do investigado, os elementos probatórios passam a alvo para compreender, numa delimitação teleológica, quais os limites não podem ser transgredidos (Oliveira *et al*, 2023, p. 5684).

### **3.3 Da ilegalidade das provas obtidas com *Fishing Expedition* e a configuração de sua prática como abuso de autoridade**

A prova, enquanto direito fundamental, em que pese seja compartilhada pela defesa e acusação, não pode ser considerada um direito absoluto. Portanto, sujeita-se a limitações pelo fato de compartilhar sua existência com outros direitos e garantias protegidos pela Constituição. Nessa perspectiva, a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade em âmbito processual de provas obtidas por meios ilícitos.

Sobretudo no âmbito penal em que a prova serve para, em tese, reconstruir a ocorrência de um fato que ocorreu no passado a fim de culpabilizar o indivíduo, a sua produção deve ser realizada em especial observância à dinâmica procedimental. O que ocorre, em verdade, é uma busca pela compreensão de como os fatos se deram, estando superada a discussão a respeito da busca pela “verdade real” no âmbito do processo penal (Grinover, 1996, p. 56), conforme foi explicado no tópico anterior.

No entanto, a superação da busca pela “verdade real”, não significa que o processo judicial não tenha como objetivo apurar a verdade sobre o fato cometido. O que ocorre, em verdade, é que deve haver uma maior preocupação com os direitos e garantias fundamentais envolvidos no caso, sendo que a produção probatória deve ser feita observando esses limites para que a prova seja considerada legal.

Nota-se, com amparo na literatura de Ávila e Silva (2023, p. 49), que a obediência aos pressupostos constitucionais no âmbito processual, isto é, a efetivação das garantias constitucionais no âmbito criminal é o maior indício democrático de uma sociedade, sendo o processo criminal uma vitrine para a compreensão do amadurecimento democrático da respectiva comunidade.

Para os respectivos autores (2023, p. 51), pode-se considerar que a atuação dos agentes do processo no sentido de deturpar as normas do procedimento praticando ilegalidades e abusividades atestam o relevo do interesse dos atores jurídicos em detrimento do interesse da justiça. Nesse sentido, a pescaria probatória, importada do sistema de *commom law*, é concernente “à atuação ampla e (in)direcionada dos atores processuais nas investigações criminais”.

Na contemporaneidade o mundo assistiu às mazelas brasileiras com relação à segurança jurídica e a desobediência das regras processuais por quem mais tinha o dever de zelar por elas. A partir de grandes operações cujo lema era o “combate à corrupção”, os atores jurídicos envolvidos acabaram por se corromper, por diversos objetivos, nem todos ainda expostos, cometendo uma série de ilegalidades. Ávila e Silva (2023, p. 51), explicam que em tais operações, tem-se abordado a inexistência de mandados de busca e apreensão ou, caso existam, sejam genéricos, apesar de capazes de fornecer subsídios para investigações, denúncias e até condenações criminais.

Notadamente, a altivez descomedida tanto do processo como dos procedimentos persecutórios tem revelado um desprezo à técnica e ascensão de métodos apartados das normas (Morais da Rosa; Júnior, 2015). Questionam-se os meios de obtenção de prova obtidos por ferramentas eivadas de vícios que obstam sua legitimidade, seja por atraso de conteúdo (genéricos) ou por terem sido deflagrados em momentos inoportunos.

A pescaria probatória, portanto, é uma estratégia indevida, que escancara uma lógica punitivista e inconstitucional, ao passo que grande parte de seus agentes coniventes, em especial os magistrados que deferem ou expedem mandados genéricos, decidem primeiro e depois buscam substratos confirmativos (Cordeiro, 2000, p. 59).

É fato que, quando permitem a busca por elementos de forma genérica, já estão imbuídos da convicção a respeito da culpa do agente, restando apenas os elementos necessários para corroborá-la. Isso, no entanto, coloca em xeque não apenas a segurança jurídica como demonstrado, mas a democracia, posto que a ação corruptível do Poder Judiciário demonstra a solidificação de um sistema autoritário e que desrespeita os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

É possível observar que as provas obtidas pela pescaria probatória revestem-se de ilegalidade, devendo, portanto, serem consideradas nulas. Posto isso, no atual cenário jurídico é possível ver a consolidação de uma jurisprudência que reconheça a ilegalidade das decisões que determinem a expedição de mandado de busca e apreensão genéricos, conforme foi demonstrado no tópico anterior. No entanto, o reconhecimento de ilegalidade apenas tem por efeito a nulidade da decisão em questão, sem nenhuma outra consequência à autoridade que determinou a sua expedição.

O abuso de autoridade já conceituado no capítulo II, possui especial relevo quando se trata da pescaria probatória, haja vista que assim agindo as autoridades públicas excedem os seus limites e acabam por deturpar a legalidade. Fato que não se dissocia dado as raízes que conceberam a redação original do Código de Processo Penal Brasileiro, promulgado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 30 de outubro de 1941, cujo cenário preconizada uma política não democrática de Getúlio Vargas, em âmbito nacional, com inspirações da legislação italiana facista de 1930, em âmbito internacional, conforme menciona Thiago de Oliveira Demeciano (2019, p. 32).

Neste advento, vigorava a presunção de culpabilidade, vez que não era crível a possibilidade de existir um processo contra um inocente, portanto, a presunção de inocência não tinha força, a exemplo disso, a prisão preventiva era a regra diante de determinadas penas em abstrato, independente do caso concreto. A Constituição Federal de 1988 trouxe garantias e direitos fundamentais que contrapuseram essa lógica processual penal, tendo como fundamento primordial a dignidade da pessoa humana, que abrange garantias individuais como o devido processo legal e a presunção de inocência que, sem os quais, o Estado não poderá processar, julgar e, sequer, punir qualquer cidadão (Demeciano, 2019, p. 32).

Antes de mais nada, é preciso reconhecer o atual propósito imediato do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos, essenciais ao indivíduo e a sociedade, a serem tutelados pela norma. Importa frisar que sempre serão norteados pelos princípios fundamentais implícitos e explícitos no texto constitucional, princípios estes que constituem limites ao poder punitivo do Estado, orientando a lei penal conforme a Constituição e o Estado Democrático de Direito, conforme coaduna a autora Luiza Beier Naibert (2021, p. 45).

Concernente ao abuso de autoridade, a tênue atuação do Direito Penal dentro dos parâmetros legais se dá pela sua interpretação apartada da forma autista, ou seja, finda dentro da própria dogmática do direito. Assim como aduz Cláudio Brandão (2006, p. 31), tratando-se da mais gravosa forma de intervenção estatal, o eloquente penalista porta a possibilidade de restringir direitos constitucionalmente assegurados, como a vida, a liberdade e o

patrimônio, sendo assim, sua aplicação supera o caráter técnico-dogmático, alçando caráter político. O caráter político ocorre justamente por não ser inócuo e condicionar o objeto e o método do Direito Penal, liando uma relação substancial e imprescindível com os princípios constitucionais.

O contraditório e a ampla defesa decorrem de duas premissas essenciais: a igualdade processual e a liberdade processual. Para o autor Francisco Gustavo Pinto Ribeiro (2017, p. 41), a plenitude do direito ao contraditório consagra o direito de conhecer dos fatos, manifestar-se e, por fim, ter seus direitos levados em consideração pelo julgador. Censurando, pois, a limitação desta plenitude durante a fase investigativa da persecução penal, por uma questão puramente existencial pela inexistência de uma relação processual propriamente dita.

Em decorrência lógica do princípio do devido processo legal, para que haja um processo justo é essencial a paridade de armas, numa defluência em que ambas as partes se manifestem e seja integralmente possibilitado ao acusado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesta aresta, o contraditório importa no direito do acusado de ter acesso às informações relativas ao processo, devendo ser informado dos termos da acusação, ter acesso ao processo e conhecer irrestritamente o seu conteúdo, principalmente as provas produzidas, ressalta Demiciano (2019, p. 45).

Ainda, em respeito a esse princípio, o acusado deve ser defendido por alguém com conhecimento técnico-jurídico, isto pois, nenhum réu pode ser processado sem o acompanhamento de um advogado e, não sendo possível contratar um particular, o Estado é obrigado a prover-lhe um defensor. Ainda que em caso de revelia, a defesa é assegurada ao acusado, não há, portanto, presunção de veracidade (Demeciano, 2019, p. 48).

Carlos Eduardo Montes Netto *et al* (2023, p. 277) situa ambos os princípios dentro de suas atribuições, sendo que o contraditório diz respeito à participação dos envolvidos no processo em igualdade de condições, bem como a consideração dos argumentos alegados pelas partes e os subsídios de provas produzidas por elas. No seu exercício, efetiva o Estado Democrático de Direito ao equilibrar a relação entre acusador e acusado, este que aponta elementos contrários ou de defesa.

Enquanto a ampla defesa consiste na utilização de todos os meios de provas viabilizadas ao acusado para apresentar no processo aporte com fim de esclarecimento dos fatos. Consigna que este princípio não se finda com a exposição inicial do acusado, devendo ser ouvido efetivamente em todas as vezes que a acusação apresentar um elemento novo em seu desfavor, incluindo a possibilidade de produzir qualquer prova legítima e lícita, acesso a ampla informação e direito a audiência bilateral (Netto *et al*, 2023, p. 278).

Ao final, o autor observa que o contraditório e a ampla defesa constituem princípios inerentes à ação penal, justificando que a não incidência desses princípios na fase do inquérito policial é fundada no fato de ser um procedimento meramente informativo, tendo maior relevância quando levantadas em juízo (Netto *et al*, 2023, p. 278).

Noutro lado, a autora Nayara Pereira Gomes (2023, p. 6) defende a processualização dos procedimentos investigatórios como mecanismo para reduzir erros irremissíveis, como o reconhecimento pessoal e fotográfico equivocados de pessoas investigadas, assim sendo, sua aplicação na fase pré-processual criminal ampliaria a ampla defesa e o contraditório. Malgrado o reconhecimento em sede policial ter um valor probatório reduzido, a de convir que ainda que desobedecidas suas formalidades, servirá como elemento de convicção do juiz por força do livre convencimento motivado.

Apesar disso, Carlos Eduardo Montes Netto *et al* (2023, p. 279) reconhece a situação desconfortável ao indivíduo indiciado em inquérito policial, pois, por vezes, confunde-se socialmente com o rótulo de acusado, principalmente em casos com grande repercussão e que envolve crimes graves tendentes ao clamor social. Aponta que o afastamento do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial pode tratar-se de uma confusão de interpretação pontuada na limitação interpretativa da expressão “processo”, considerando que pode abranger também o “procedimento”, desde que não impeça a realização das diligências necessariamente sigilosas, como a interceptação telefônica, visando o esclarecimento dos fatos.

Sucessivamente, dentre os princípios fundamentais do processo penal, temos o Princípio da Não Autoincriminação (ou princípio *nemo tenetur se detegere*), aplicado imprescindivelmente na produção probatória. A busca para obter a verdade através da cooperação do acusado, seja por seu depoimento ou produção de prova colaborativa, demonstra resquícios da concepção de que o acusado é também objeto da prova, preconizando a culpabilidade do acusado, confecciona Mariana Mayumi Monteiro (2013, p. 22).

Alguns métodos de interrogatório foram rechaçados e extintos da persecução penal por confrontarem direitos e garantias processuais do acusado. Isto, pois, para a correta adequação do *jus puniendi* a um Estado democrático de Direito, foi necessário readequar elementos essenciais, dentre eles a busca da verdade processual em detrimento da verdade real (Monteiro, 2013, p. 24).

Por este princípio da não autoincriminação, sob o prisma da autodefesa, o acusado, investigado ou réu, ficam protegidos da exigência coercitiva de qualquer participação na produção de provas, em especial a confissão, que lhe prejudique. A acusação fica impedida

de manejar esta prerrogativa a seu favor quando o réu dela não se abdica, assim, o magistrado também não poderá deliberar contrariamente ao exercício do direito ao silêncio do réu, ressalta Lara Vitória Cavalcante Arruda (2023, p. 35).

Tornou-se um emblema do Princípio da Não Autoincriminação o *Miranda Warning*, ou “O Aviso de Miranda”, emplacado no caso identificado como *Miranda v. Arizona*, ocasião em que a Suprema Corte Americana declarou que o privilégio contra a autoincriminação é o principal sustentáculo do sistema contraditório, estabelecendo requisitos para os interrogatórios de acusados sob custódia.

Ficou estipulado que, antes de questionar alguém sob custódia, a polícia deve avisar o acusado oralmente de seus direitos de permanecer em silêncio, que qualquer coisa dita poderá ser usada contra ele, e caso não tenha condições de pagar um advogado, tem direito a defesa gratuita. Caso estes avisos não sejam referidos, a confissão será inadmissível por tratar-se de violação a Quinta e Sexta Emendas Americanas (Monteiro, 2013, p. 41).

Conforme já mencionado em um capítulo anterior, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), consumando uma das inovações da Lei nº 13.964/2019, insigne “pacote Anticrime”, sancionada em 24 de dezembro de 2019. Trata-se de um instrumento da justiça negocial de natureza extrajudicial a ser homologado pelo juízo competente, sendo a formalização entre o Ministério Público e o agente que cometeu o ilícito, este que se sujeita ao cumprimento de condições não privativas de liberdade, principalmente confessar formal e circunstancialmente o crime, em compensação, o parquet não oferecerá a denúncia e a punibilidade será extinta após cumprido o acordo, concerne (Arruda, 2023, p. 14).

A autora considera que a natureza mais adequada ao ANPP seria a de direito subjetivo do investigado, vez que, é sóbrio que o Estado-acusador, no papel do Ministério Público, ao invés de promover restrições subjetivas, oportunize a promoção de um instituto que terá repercussão direta no segundo maior direito fundamental do nosso ordenamento jurídico, a liberdade (Arruda, 2023, p. 18).

Lado outro, a exigência da confissão para o ANPP deu azo para posicionamentos diferentes sobre a compatibilidade material e os preceitos constitucionais, principalmente no que concerne ao direito à presunção de inocência, direito ao silêncio, que está vinculado ao princípio da não autoincriminação, além do contraditório e ampla defesa que serão deficitários nestes procedimentos (Arruda, 2023, p. 28-29).

Na mesma linha, a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado enseja vastas discussões sobre a extensão do Princípio da Presunção de Inocência. No conceito

aferido por Sebastião César Ribeiro Salles Luz *et al* (2024, p. 34), este princípio decorre da garantia de que a pena não será executada até que se esgote a recorribilidade pela sentença penal condenatória, logo, somente após a condenação definitivamente confirmada é que as medidas referentes à execução da pena poderão ser aplicadas.

Reverenciando este princípio, Alexandre de Moraes (2017, p. 91) cita que a presunção da inocência é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito que vela pela liberdade pessoal, vez que o indivíduo é presumidamente inocente sob o prisma constitucional, e fica a encargo do Estado comprovar sua culpabilidade. Desobedecido o devido processo legal, importa retrocesso ao total arbítrio estatal que, por motivos óbvios e já mencionados em toda narrativa, caracteriza o afastamento de direitos e garantias individuais.

Consagrar o princípio, no entanto, não exige a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, tendo a prisão cautelar legitimidade jurídico-constitucional. Ressalta o autor, que a presunção *juris tantum* (latim da literalidade “apenas de direito”) de não culpabilidade dos réus, pode incidir sobre seu *status libertatis*. Tornando possível e jurisprudencialmente pacífico as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.

Salles Luz *et al* (2024, p. 38) remata que, em contraposição aos defensores drásticos do garantismo, o instituto da prisão preventiva não diverge do princípio da inocência, vez que sua aplicação está condicionada à observância de pressupostos e requisitos determinados pelo ordenamento jurídico e, por vezes, afere segurança social e jurídica que também são pressupostos constitucionais importantíssimos. Portanto, não deve ser interpretado como ato de demonstração de poder ou arbitrariedade estatal, exceto quanto à atuação com transgressão ao devido processo legal.

O contraste entre a presunção de inocência e execução antecipada da pena gerou inúmeras controvérsias jurisprudenciais, especialmente em meio ao plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), pelo que apura Ney de Barros Bello Filho *et al* (2023, p. 87). Os autores categorizam os posicionamentos oscilatórios da Corte em quatro momentos: primeiro, no julgamento do Habeas Corpus nº 68.726 em 1991, em que os juristas consignaram a possibilidade de executar antecipadamente a condenação exauridas as instâncias ordinárias criminais; segundo, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 em 2009, que decidiram no sentido de vedar a execução da decisão antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Em um terceiro, no julgamento do Habeas corpus 126.292 em 2016, o plenário reiterou o primeiro entendimento e determinou que a execução antecipada não viola o princípio da

presunção de inocência, decisão esta que consolidou-se em Repercussão Geral, no acórdão do Recurso Extraordinário 964.246 e, em 2018, ao apreciar o Habeas Corpus 152.752, o plenário ratificou a possibilidade de executar a pena antes do trânsito em julgado, julgamento que ficou conhecido por ter como paciente o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

No quarto e último momento, o Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, com os acórdãos publicados em novembro de 2020, julgou procedentes para fixar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, resultando na proibição da execução imediatamente após decisão condenatória confirmada em segunda instância. Por fim, ressalta que, apesar das mudanças abruptas de entendimento em um lapso temporal significativamente curto, a previsibilidade do ordenamento jurídico não significa imutabilidade, considerando que todas as decisões devem ser devidamente fundamentadas (Bello Filho *et al*, 2023, p. 88).

Bem, como visto, desde sua positivação pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, configurado sucintamente como “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o princípio - ora garantia - da presunção de inocência esteve sob processos interpretativos dos tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, “Guardião da Constituição”, tratando-se de norma constitucional.

Em epítome pelo autor Fernando Brandini Barbagalo (XXX, p. 21), o direito penal é os confins do poder de intervenção estatal e meio jurídico de combate à criminalidade dentro do Estado Democrático de Direito, protegendo igualmente o indivíduo de uma repressão descomedida do Estado, bem como a sociedade e seus membros das iniquidades dos demais indivíduos. Assim sendo, o direito penal corresponde a dupla motriz: uma correspondente ao Estado de Direito, protetor da liberdade individual, e outra correspondente ao Estado Social, que preserva o interesse social mesmo que isso signifique a supressão da liberdade individual.

Por essa razão, considerando a gravidade das sanções, o direito penal deve ser utilizado como último recurso, *ultima ratio*, do Estado para a proibição de condutas, devendo ater-se ao processo judicial para verificação de todas as circunstâncias e só então aplicar a pena jurídica sancionatória, justificando a imprescindibilidade do princípio da presunção da inocência (Barbagalo, XXX, p. 21).

O princípio foi mencionado pela primeira vez na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e posteriormente ratificada pela Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 da Organização Mundial das Nações Unidas (ONU). Neste documento, junto à presunção de inocência, foram designadas duas outras garantias atinentes, o da “publicidade” e, como consequência da consolidação do sistema acusatório, a

imprescindibilidade de apresentação de “defesa”. Sendo que, prevalece a inocência presumida do acusado “até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei” (Barbagalo, XXX, p. 39).

Não obstante, o princípio outorga que o Estado não pode tratar o cidadão de outra forma, senão como inocente, até que o juiz ou tribunal, seguindo o devido processo legal com inserção de todas as garantias, declare provada sua culpabilidade, aduz Jordi Ferrer Beltrán (2018, p. 158). Com o advento da Lei de abuso de autoridade, ficou claro que medidas de antecipação injustificada de execução concebem crime de abuso de autoridade, conforme expresso no artigo 9º da Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019, na íntegra “decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”.

Além disso, Alves e Filho (2023, p. 63) explica que os agentes que cumprem o mandado ilegal também cometem abuso de autoridade, nos termos do art. 22, caput, da Lei de Abuso de Autoridade e acabam cometendo também o delito de violação de domicílio previsto no art. 150 do Código Penal.

Nessa perspectiva, Guilherme de Sousa Nucci (2020, p. 878), explica que uma ordem judicial genérica é inadmissível, vez que confere ao agente incumbido a liberdade de escolha discricionária dos locais a serem invadidos e vasculhados, estancando o abuso de autoridade. Não é à toa que a lei impõe fundadas razões para que um domicílio seja violado e a revista pessoal seja feita, obstando à amplificação do mandado genérico em franquear acesso indiscriminado.

Entrementes, consta do art. 25 da Lei de abuso de autoridade o seguinte comando: “Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito”. Em linha com tal disposição, nota-se que a conduta de expedir um mandado genérico para a obtenção de provas, quando a lei prevê que o mandado de busca e apreensão deve ter uma forma específica, é um ato ilícito, posto que desobedece o comando normativo.

Nessa perspectiva, o magistrado ao deferir ou expedir de ofício um mandado de busca e apreensão genérico, cujo fim é a pescaria probatória comete ato ilícito, e mais do que isso, comete abuso de autoridade, conforme o art. 25, caput, da Lei de Abuso de Autoridade.

Há ainda outra hipótese que categoriza o abuso de autoridade, qual seja, a previsão do art. 27, caput, da Lei de abuso de autoridade, cuja dicção é: “requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”.

Em suma, tendo como pressuposto que o sistema processual penal vigente é o acusatório, que tem como características a separação das funções de acusar, defender e julgar, sendo que a acusação e a defesa devem estar em igualdade de condições no processo e, principalmente, o juiz sendo imparcial. De uma vez por todas, deve-se entender o acusado como sujeito de direitos e garantias fundamentais, estando dentro de um processo cujas provas produzidas sejam submetidas ao contraditório e ampla defesa. Assim, conforme aduz João Victor Inkis de Mattos Ramos (2022, p. 50-51), as práticas consideradas *fishing expedition* violam os postulados do sistema acusatório, principalmente no tocante a direitos e garantias fundamentais.

### **3.4 O uso do Mandado de Segurança como remédio constitucional para contornar a prática do *Fishing Expedition***

Observa-se no âmbito dos Tribunais Superiores a apreciação do tema da pesca probatória, sendo unânime o entendimento quanto à sua ilegalidade. No entanto, conforme observa Dantas e Falaschi (2023, p. 18), apesar do enfrentamento do tema pelos respectivos tribunais, há ainda lacunas doutrinárias a respeito da compreensão quanto à pesca probatória. Nesse sentido, observaram que se trata de prática ilegal, sobretudo por violar os princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência.

Quanto ao momento de sua realização, é possível observar que a busca genérica pode ocorrer tanto pedido do órgão inquisitorial, no momento da decisão que defere a produção de provas e no momento de cumprimento do mandado, quando são extrapolados os limites do mesmo. Isto é, diante do deferimento da busca, ela é utilizada “de modo especulativo para prospectar informações sem pertinência temática com a investigação” (Dantas e Falaschi, 2023, p. 18).

Os autores observaram que quando da análise dos casos concretos, os tribunais, ainda que não expressamente, levam em consideração para considerar a legalidade do deferimento de produção de provas os elementos “relevância, admissibilidade e especificidade”, considerando que eles atuam como “padrões de aferição do requerimento de produção de provas, da decisão, como também para o próprio controle posterior da decisão que a deferiu” (Dantas e Falaschi, 2023, p. 18).

Nessa perspectiva, após realizarem a análise de algumas decisões a respeito do tema no STJ e STF, os autores (2023 p. 18-19), observaram que no âmbito do STF, a pescaria

probatória encorpou-se a partir de decisões a respeito de casos que versavam sobre “pedidos genéricos para investigações e produções probatórias”. Consideram, desse modo, que o requisito da proeminência foi reconhecido nesse contexto.

Entretanto, quanto à análise no âmbito do STJ, o tribunal pautou seu enfrentamento do tema na coibição de nulidades na produção de provas baseadas em argumentação genérica. Posto isso, consideram que o Tribunal “exige critério estrito em cada caso, inclusive de modo a distinguir a busca especulativa do encontro fortuito de provas, este perfeitamente válido”. Sua preocupação também se dá quanto à relação direta das provas com o fato ou crime apurado” (Dantas e Falaschi, 2023, p. 19).

Ao final do estudo, os autores (Dantas e Falaschi, 2023, p. 19) arrematam que analisando a jurisprudência de ambos os tribunais, integram-se e complementam-se no que concerne à instrução probatória, decorrente da atribuição de competência dada a cada Corte pela Constituição Federal, fazendo com que determinadas questões cheguem a um determinado tribunal. No entanto, ambas se preocupam com as devassas indiscriminadas, que violam a proteção aos direitos da intimidade e vida privada, dentre outros direitos processuais.

Antevê que diante da violação de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, cujo responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for uma autoridade pública, o remédio constitucional cabível é o mandado de segurança, destarte, deduz-se ser este o instrumento capaz de sanar as iniquidades como o *fishing expedition*.

Na definição de Alexandre de Moraes (2017, p. 128), o mandado de segurança constitui verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política, resguardando aos indivíduos defesa contra atos ilegais ou praticados com abuso de poder. Aduz que o remédio caberá contra os atos discricionários e atos vinculados, sendo que no primeiro caso, apesar da ausência de apreciação do mérito, verifica-se pressupostos autorizadores de sua edição e, no último caso, verifica-se as hipóteses vinculadas à expedição do ato.

Ademais, ressalta que o substrato de validade do mandado de segurança é retirado da própria Constituição Federal, haja vista sua precípua finalidade de proteção de inúmeros direitos constitucionais que não integram o rol de cabimento do habeas corpus ou habeas data, inviabilizando a possibilidade de contencões legais que impeçam sua efetiva utilização (2017, p. 129).

Muito se discute sobre a expressão “direito líquido e certo” como requisitos de cabimento mandamental, que para alguns doutrinadores é tecnicamente inadequado, pois reverbera o direito que, em si, não é objeto de prova. Em concordância, o autor José Marcial

Sousa Chaves (2023, p. 43) afere que os fatos devem ser comprovados para o ensejo do exercício do direito, e não o próprio direito. Sendo assim, em termos processuais, a soma dos requisitos de certeza e liquidez do direito, constituem pressuposto processual específico para o desenvolvimento do processo de mandado de segurança. Noutro lado, a ausência destes pressupostos implica na extinção do processo sem a resolução do mérito.

Ainda que um direito não seja reconhecido pela via mandamental, é possível prosperar em uma demanda proposta pelo rito ordinário, pois, a liquidez e certeza do direito em nada se relaciona com o mérito. Facultativo o ônus de fazer prova pré-constituída do direito líquido e certo, utilizando o mandado de segurança como a via mais célere, obtém vantagem também pelo prisma da segurança jurídica e previsibilidade quanto à extensão da atividade postulatória (Chaves, 2023, p. 43).

Apesar das discussões serem recentes, a esta altura já é possível consignar que o mandado de segurança é o instrumento que combate a prática do *fishing expedition* que, sob olhar irredimível, Philippe Benoni Melo (2019, p. 1) conceitua como sendo “uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional”.

O novo acultramento constitucional inadmitte o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que devem sempre prevalecer frente ao poder punitivo do Estado, principalmente na seara do processo penal no que toca às matérias probatórias. Almeja, sobretudo, defender a imposição de limites ao totalitarismo estatal, que é a maior garantia alcançada pelo cidadão, dentro e fora do processo, na história do país. A vedação do *fishing expedition* ganha relevos sinuosos quando diz respeito ao limite da atividade probatória vindicada por órgãos investigatórios e deferida discricionariamente pelo Poder Judiciário (Melo, 2019, p. 1).

Consigna que o *fishing expedition* tem amplo campo de ocorrência, podendo contaminar a oitiva de testemunhas, interrogatórios, mandados judiciais, interceptações telefônicas prospectivas, acordos de cooperação etc. Ocorre, por exemplo, com mandados judiciais de busca e apreensão expedidos de forma genérica e especulativa, ou seja, sem alvo definido, tangível e descrito devidamente, ou interceptação telefônica de prospecção, ou seja, aquela que antecede ao delito (Melo, 2019, p. 2).

Outra hipótese, segundo João Victor Inkis de Mattos Ramos (2022, p. 49) são as prisões preventivas ou temporárias com o único objetivo de forçar a descoberta de informações, colaborações premiadas ou vil incriminações, práticas ilegais, porém, comuns no âmbito da persecução penal. Outra configuração corriqueira de *fishing expedition* é a instauração de inquérito policial sem o mínimo de indícios de materialidade ou autoria de um delito ou, ainda, extrapolar indiciamentos.

Quanto a esta última hipótese, os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgaram, no dia 07 de dezembro de 2021, o Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 62.562/MT, cujo caso em concreto configurou *fishing expedition* pela conduta esmiuçada adiante: originariamente, estava sob investigação da Polícia Civil do Estado do Mato Grosso suposta organização criminosa que praticava peculato-furto contra o município de Poconé/MT, havia um conluio entre um frentista de um autoposto e um motorista de ambulância vinculado a Secretaria de Saúde do município para o registro de abastecimentos fictícios em veículos oficiais e posterior desvio e apropriação do dinheiro objeto desta simulação.

A empreitada criminosa pretendia se locupletar do patrimônio público na proporção do dinheiro em espécie disponível no caixa do posto de combustível, por estar localizado em um município pequeno, as transações criminosas eram de valores irrisórios, mas que afetavam diretamente o patrimônio do ente público. Até então a investigação possuía circunspeção e velava pelo interesse público de todo município, e excedeu-se no momento que inseriu a agravante como co-partícipe no sobredito crime.

A Agravante é uma instituição operadora de Arranjo de Pagamento Fechado, integrante do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), descrito no ordenamento jurídico brasileiro no inciso II, do artigo 6º da Lei nº 12. 865/2013. Através de sua própria bandeira denominada ValeCard, fornece serviços de soluções eletrônicas para autogestão de benefícios e frotas, sobejamente abastecimento e manutenção, entre outros. Defronte, é inimaginável uma empresa cuja bandeira é aceita por mais de 130.000 estabelecimentos comerciais, justificando a credibilidade pública, espalhados por todo território brasileiro, teria interesse em participar da modesta empreitada criminosa.

Ainda assim, não passou ileso do status de investigada, ainda que sem justa causa para tanto, sendo minimamente a empresa operadora do vale combustível contratada pela prefeitura, utilizado para os ditos abastecimentos fictícios e, segundo a polícia, não forneceu informações suficientes. A lei de abuso de autoridade, artigo 27 da Lei nº 13.869/2019, deixa explícito que a investigação criminal atenta contra a dignidade do investigado, por essa razão

não pode ser instaurada sem o mínimo de indício da prática do crime, noutro lado, instaurar investigações temerárias configuram o crime de abuso de autoridade.

A empresa agravante tornou-se uma mira tão somente por não fornecer os dados necessários à apuração dos fatos, o que é um ponto controvertido, pois alega ter fornecido todos os documentos requisitados de boa vontade, sendo que nem sequer poderiam ser prestados sem uma quebra de sigilo por autorização judicial. Nos trechos da representação pela busca apreensão, a justificativa foi a apresentação de informações incompletas, motivo pelo qual erigiu a agravante à condição de investigada, enquanto a própria prefeitura de Poconé/MT passou ileso de uma possível quebra de sigilo, o que seria muito mais sóbrio numa hierarquia probatória.

Identifica-se neste caso duas flagrantes violações à empresa agravante, a primeira é a imposição ilegal da caracterização de investigada e a outra sua própria condição de investigada sem justa causa, fazendo com que um não investigado suportasse todos os ônus e desconfortos da busca e apreensão, que por si só é uma medida que minimiza caras garantias constitucionais e só pode ser deferida sob fundamentadas razões. Ficou claro nos próprios autos que em 27 de junho de 2019 a Polícia civil emitiu uma certidão testificando que a empresa T não era investigada, no entanto, um mês antes, no dia 27 de maio de 2019 foi deferida a medida de busca e apreensão, evidenciando a quebra da cadeia de custódia bem como a subversão dos pressupostos processuais vigentes.

Salienta dos autos que foram apreendidos os HDs da empresa contendo dados sigilosos de todos os clientes contratados de mais de 15 anos, enquanto a investigação relaciona abastecimento fictícios realizados entre os anos de 2017 e 2018, ou seja, o material apreendido extrapola, e muito, o objeto de interesse da investigação criminal. Concerne que todos esses indícios de flagrante violação e abuso de autoridade foram levados à apreciação do judiciário mato-grossense em 1º grau, o qual indeferiu o pedido da agravante para que o material fosse restituído e que todos os dados copiados que transcendem a investigação fossem destruídos, que ensejaria o trancamento da persecução penal em relação à agravante.

Sobejamente, é impossível afastar a ilegalidade do ato judicial que não restituiu as cópias apreendidas sem a prévia análise dos atos pretéritos, o tratamento da agravante à condição de investigada sem, ao que tudo indica, nunca ter sido formalmente investigada, bem como a flagrante ilegalidade do ato coator que manteve a cópia dos HDs apreendidos nas mãos dos investigadores sem justa causa.

Conforme indicou a Agravante neste Agravo Regimental em Mandado de Segurança, perfaz uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a seguinte tese: “9) A impetração

de mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, admissível somente nas hipóteses em que se verifica de plano decisão teratológica, ilegal ou abusiva, contra a qual não caiba recurso”. No caso em tela, não há dúvidas do paládio mandamental devidamente impetrado.

Ante todo exposto no processo, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que prolatou o Voto-Vista que, por maioria, deu provimento ao agravo regimental e ao Recurso em Mandado de Segurança, para que fosse destruído todo material apreendido, diante da manifesta ilegalidade da medida tomada pela autoridade.

Um ponto crucial de toda análise deste caso, foi a fundamentação do voto decisório retromencionado. Nele, o Ministro ressalta a imprescindibilidade dos indícios de autoria antecederem as medidas invasivas, não conformando aos princípios de um Estado Democrático de Direito que primeiro sejam violadas as garantias constitucionais e só depois justificá-la, sob pena de configurar o *fishing expedition*.

Segundo o Ministro, a atuação das autoridades envolvidas indubitavelmente configurou *fishing expedition*, procura especulativa, sem causa provável ou alvo definido, contra pessoa jurídica idônea que sequer foi formalmente considerada investigada, mesmo assim sofreu a busca apreensão injustificada, e que excedeu os limites autorizados, constando desvio de finalidade, de elementos capazes de responsabilizar penalmente alguém.

Chamou atenção do Ministro a leviandade da decisão que deferiu a busca apreensão, no sentido de que as documentações poderiam ser encontradas em dois locais diferentes, sede da empresa agravante e Prefeitura Municipal de Poconé, feitos de forma simultânea. Por motivos óbvios os documentos poderiam ser encontrados no Poder Executivo Municipal, vítima do peculato, numa fila de prioridade para busca e apreensão a empresa agravante estava em derradeiro, visto que não figurava nem como vítima, nem como autora dos delitos, não declinando quaisquer elementos que justificassem a autorização de seus direitos constitucionais.

Em remate, consignou que a ausência de alguns documentos solicitados não tinha o condão de transformar a agravante em investigada e muito menos autorizar a busca e apreensão, constatando a existência de direito líquido e certo, violado por ato ilegal e abusivo de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Apto a autorizar, de forma excepcional, a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial para impedir lesão a direitos constitucionalmente estipulados, consistente na preservação dos dados sigilosos da empresa agravante que foram quebrados mesmo ausente a imputação do delito.

Fica claro, a partir da compreensão do *decisum* em questão, a ilegalidade e a abusividade de decisões desse tipo, que acabam por subverter a lógica do processo penal, mais prejudicando pessoas inocentes do que garantindo a ordem pública e jurídica justa. Provindo, além, o cabimento do Mandado de Segurança para suprimir tais iniquidades.

Noutro lado, os autores Anna Valentina Teófilo Valentim e Adriano Fernandes Ferreira (2024, p. 566) içam a licitude e admissão de provas oriundas do encontro fortuito no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Descobrir as coisas por acaso foi admitido no direito como encontro fortuito de provas sob o termo “serendipidade”, palavra que advém do inglês “*serendipity*”, e visa à análise da legitimidade das provas fortuitamente obtidas a partir da busca de outras devidamente autorizadas no decorrer do procedimento, sendo ideal a verificação da sua licitude e possível viabilidade no processo.

Acautelam, todavia, que a validade das provas obtidas fortuitamente estaria condicionado ao preenchimento de determinados requisitos, principalmente, a validade do modo como foi produzida a diligência que a ensejou. Há uma linha tênue na produção desse tipo de prova que a depender do modo em que foi produzida pode configurar abusos de autoridade por parte dos envolvidos na execução da diligência, assim sendo, caso comprovado desvio de finalidade, por exemplo, a prova não poderá ser validada, devendo, portanto, ser desentranhada dos autos relacionados à persecução penal (Valentim; Ferreira, 2024, p. 566).

Importa salientar que a serendipidade é um instituto completamente diferente da pesca probatória, sendo a primeira considerada válida e a segunda inadmissível pela jurisprudência dos tribunais superiores. Isto, pois, o “*fishing expedition*”, na literalidade do termo, “pesca” qualquer espécie de evidência, sem objetivo traçado, tendo ou não relação com as investigações. Pelo conceito dos autores, é uma investigação especulativa indiscriminada que, de forma ampla e genérica, “lança” suas redes com a expectativa de “pescar” qualquer prova que subsidie uma futura acusação. Ou, no apogeu do abuso de autoridade, buscam as provas para justificar uma ação que já tenha iniciado sem justa causa (Valentim; Ferreira, 2024, p. 566).

Os autores Gustavo Noronha de Ávila e Luís Gustavo Candido e Silva (2023, p. 51) ressaltam a prática do *fishing expedition* na busca por provas atinentes à operações anticorrupção, demonstrando um cenário preocupante nas últimas décadas no Brasil, a ânsia desenfreada tanto dos processos como dos procedimentos persecutórios, que tem revelado o desprezo à técnica e ascensão de métodos sem coesão de investigação.

O processo é justamente para a garantia do indivíduo, haja vista que um dos princípios fundamentais do processo penal é assegurar as garantias individuais. Presume-se, portanto, que o processo penal é concebido não somente como instrumento punitivo do Estado, mas também é destinado a proteger os direitos e liberdades individuais. Complementa os autores Anderson Bezerra França de Oliveira *et al* (2023, p. 5682), que a ideia subjacente é justamente equilibrar a busca pela verdade, visto a imprescindibilidade de garantir uma investigação pautada na justa causa, em estrita observância aos direitos e à dignidade do acusado.

Concluem os autores que a crítica em torno do autoritarismo no processo penal é central no contexto brasileiro, sendo o antídoto adotar abordagens garantistas, respeitando os direitos fundamentais de modo a suprimir a concentração excessiva de poder nas mãos dos magistrados. Denotam ainda a importância da compreensão básica do sistema acusatório brasileiro, embasado nos preceitos da Constituição Federal de 1988 (Oliveira *et al*, 2023, p. 5687).

Finalmente, rematam a importância da estipulação de um prisma constitucional e garantista no processo penal contemporâneo, sendo essencial para a consolidação de um estado Democrático de Direito, num cenário em que o processo penal seja integralmente um instrumento à promoção da justiça e da preservação das garantias constitucionais (Oliveira *et al*, 2023, p. 5688).

O assunto fishing expedition ainda é muito recente, tendo a doutrina processual penal reservando pouco espaço para a análise de casos que envolvem as buscas especulativas, ficando reservado a jurisprudência o contorno conceitual do fenômeno atinente à matéria, ressoa Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Alexandre Luis Amorim Falaschi (2023, p. 5).

Os autores ressaltam que as competências penais e processuais penais do Supremo Tribunal Federal são reduzidas, sendo esta a Corte Constitucional por excelência. Sendo assim, através dos votos e jurisprudência que produzem, é possível consignar que comunga do teste específico e dos obstáculos que enfrentam as autoridades de investigação para produção de provas (Dantas; Falaschi, 2023, p. 13). No âmbito do Superior tribunal de Justiça, no entanto, aferem a análise da conformidade do fishing expedition que reflete enfoque maior nos elementos qualificadores do tipo penal, sobretudo a pertinência temática entre os fatos narrados e os crimes propriamente imputados, especialmente para fins de produção probatória (Dantas; Falaschi, 2023, p. 17-18).

Em síntese, a mesma constituição que garante a segurança pública como dever do Estado e direito de todos, consagra que este direito não pode se sobrepor aos demais direitos e garantias constitucionais, explica Sara de Oliveira Bandeira (2020, p. 24). A dignidade da

pessoa humana é o zênite que propicia ao indivíduo desenvolver-se em uma sociedade, sendo imprescindíveis valores como justiça, igualdade e soberania dos direitos e garantias fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a construção deste arquétipo, algumas constatações tornaram-se súbitas, dentre elas a ascensão de retóricas que desabonam princípios velados pela Constituição Federal. Convenhamos que o ordenamento jurídico é um sistema de normas que se relacionam hierarquicamente, categoricamente como ciência jurídica, portanto, calculada e recalculada na perpetuação do tempo. Isso quer dizer que a lógica do sistema jurídico assistiu a fatos históricos em que os direitos e garantias fundamentais foram suprimidos, bem como todas as consequências catastróficas disso para a sociedade.

A Constituição Federal, ocupando a cúpula da hierarquia, atrai para si todas as responsabilidades do cargo, nutrindo as demais normas com seu papel hígido de parametricidade, assim apregoa a árdua função de manter o Estado Democrático de Direito de pé. É vulgarmente subjugada por seus defensores e inimigos, os defensores se abastam de sua seiva para perpetrar demagogias, olhando de perto são mais inimigos do que os próprios inimigos. Os inimigos em si tentam enfraquecê-la sob a justificativa de que a máxima constitucional obsta os anseios sociais ao bem-estar e a segurança.

Enfatiza que nestes tempos de acessibilidade instantânea à informação, uma forte corrente determinada a difamar e enfraquecer às instituições democráticas foi ovacionada por entusiastas. Em verdade foram seduzidos por promessas de um país livre da criminalidade, claro que muito distante dos princípios constitucionais, com fortes tendências a legitimar o arbítrio estatal. A ciência penal ficou no centro da divergência, esperando uma oportunidade para tornar-se instrumento, mas ainda não descobriu de qual lado.

O apelo social tende a implantar a vertente mais punitivista do direito penal, cujo intuito é oprimir os ofensores da ordem (em maior ou menor grau), contudo, essa vertente destoa dos preceitos da “Constituição Cidadã” brasileira, vigente desde 1988, que traz em seu bojo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, imutáveis pela soberania das Cláusulas Pétreas. A forma apertada de perpetuar a guerra contra os ditos inimigos é justamente assoberbando a legalidade, ao máximo conveniente para manutenção dos detentores do poder.

A crise da legalidade foi premeditada, se não há crime sem lei anterior que o defina, então o plano nunca se concretiza, o punitivismo terá que agir sorrateiramente, escondido nos grandes discursos. Dentre os princípios que regem o direito processual penal, o Princípio da Legalidade sobressai em nome da segurança jurídica e das liberdades individuais, não oportunizando que detentores do poder desviem das regras do jogo, e punam sem o devido processo legal e estrita observância da lei.

As provas levantadas no processo dão a estrutura para o magistrado julgar, portanto, carregam uma notória responsabilidade no julgamento ou absolvição. Bem como toda a lógica do sistema jurídico, as provas são conduzidas pelos preceitos constitucionais para se manterem íntegras e exercerem plenamente sua função. As provas foram destacadas por tornarem o processo penal límpido, afinal, são a materialidade do fato em busca da verdade, primando a proteção do bem jurídico tutelado pela norma.

Ainda tratando-se do lastro probatório, se de mãos dadas com o devido processo legal, sujeitar-se-ão ainda a outros princípios consagrados pela Constituição Federal, como o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, com o pressuposto de oportunidade de manifestação e paridade de armas no processo, Princípio da Não Autoincriminação (ou princípio *nemo tenetur se detegere*), que afasta o sujeito da condição de objeto de prova no processo, e como autêntico motriz do sistema acusatório, o Princípio da Presunção de Inocência.

Lançando-se ao problema de pesquisa, a prática do *fishing expedition*, que tem transformado os rumos das decisões judiciais nos últimos anos, é possivelmente o atual antagonista das garantias processuais penais, a busca pela verdade real em detrimento da verdade processual adoce o procedimento regular da justiça. A tendência de acumular nas mãos do juiz a função de investigar e julgar é subverter a lógica processual do juízo imparcial e suprime garantias caras ao processo.

Constatou-se que o *fishing expedition* viola frontalmente princípios estruturantes do processo penal democrático, como a imparcialidade do magistrado, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a proporcionalidade. A prática, ao permitir uma investigação genérica e desprovida de fundamentação concreta, compromete a segurança jurídica e desrespeita os limites constitucionais impostos à atuação do Estado, gerando incertezas e insegurança sobre a validade das provas e decisões obtidas nesses moldes.

Ao se aprofundar no tema, evidenciou-se que o Código de Processo Penal brasileiro, mesmo anterior à Constituição Federal de 1988, já delimitava critérios claros para a expedição de mandados de busca e apreensão, especialmente no artigo 243. Esses critérios foram reforçados pela Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que introduziu o art. 3º-A no CPP, vedando a iniciativa probatória do juiz na fase investigativa e reafirmando a separação das funções de acusar, defender e julgar. Essa separação é essencial para assegurar a imparcialidade do magistrado e a igualdade entre as partes no processo penal.

A análise da jurisprudência revelou importantes avanços na consolidação do entendimento sobre a ilegalidade dos mandados de busca e apreensão genéricos. Decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal enfatizaram que esses atos violam diretamente o direito à privacidade e à inviolabilidade de domicílio, configurando abuso de autoridade e gerando nulidade das provas obtidas. O caso julgado no AgRg no HC 435.934 pelo STJ, por exemplo, destacou que a ausência de especificidade nos mandados gera constrangimento ilegal, invalidando os elementos probatórios colhidos.

Além disso, foi demonstrado que a prática de *fishing expedition* não apenas viola direitos constitucionais, mas também compromete a credibilidade do sistema penal. O uso de provas obtidas por meios ilícitos ou desproporcionais, ainda que sob a justificativa da busca pela "verdade real", deslegitima a persecução penal, gerando arbitrariedades e prejudicando a confiança da sociedade no sistema de justiça. A doutrina, como a de Aury Lopes Júnior, pontuou que a busca pela "verdade real", em moldes inquisitoriais, é incompatível com sistemas democráticos e garantistas.

Não por outro motivo, o ordenamento jurídico tem reagido às iniquidades processuais dos novos tempos, confirmado pela elaboração da Lei do Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019) como medida de contenção aos excessos cometidos por autoridades públicas e que por muito tempo a sociedade fez “vista grossa”, senão superestimou em algumas ocasiões em que estigmas políticos tomaram rumos extremos.

Dentre essas iniquidades processuais, e, diga-se de passagem, que a palavra “iniquidade” é sinônimo de “parcialidade”, “tendenciosidade” e “arbitrariedade”, está incluso o *fishing expedition*. Se havia qualquer dúvida de que este ato violava a justiça e o devido processo legal, com a entrada em vigor da Lei nº 13.869/2019 ficou esclarecido que o *fishing expedition* configura-se como crime de abuso de autoridade por seus próprios termos.

Vejam, por exemplo, o artigo 10, que trata da condução coercitiva sem prévia e fundamentada intimação para comparecimento em juízo; o artigo 13, inciso III, que veda a produção de provas contra si ou terceiro estando o investigado sob constrangimento, violência ou grave ameaça provocado por agente público; artigo 27, requisitar instauração de procedimento investigatório contra alguém sem que haja qualquer indício da prática de crime; artigo 28, divulgar gravação sem relação com a prova que pretende produzir; e, principalmente, artigo 25, que estabelece a proibição de proceder à obtenção de prova por meio manifestamente ilícito.

A superestima de figuras públicas exauriu o processo penal, com exponenciais procedimentos persecutórios dubitáveis, instaurados arrebatando a normatividade e tendenciosos ao desprezo à técnica com a ascensão de métodos sem coesão de investigação. Sendo o produto dilapidado do punitivismo que, no imaginário popular, é a salvação da sociedade moral, conseqüentemente, retóricas que apregoam a busca pela condenação têm melhor anuência em face do impopular processo constitucional.

Não por acaso, a amplificação e imperiosidade da tipificação do abuso de autoridade causou desconfortos em diversos âmbitos, e ainda renderá “pano pra manga” até que os tribunais acertem os limites jurisprudenciais. No entanto, foi revelado em trechos do capítulo final desta dissertação, um julgamento no Superior Tribunal de Justiça enfrentando autoridades que sucumbiram à uma investigação falha e condenações frágeis, deixando cognoscível que a pesca probatória já não será tolerada pelo ordenamento jurídico.

Neste desiderato, a superestimação dos direitos e garantias constitucionais não são por acaso, compõem o sistema que resguardam sobretudo a Dignidade da Pessoa Humana. Ressalta-se que todos são iguais perante a lei, assim como a justiça não poderá fazer acepção de indivíduos, afinal, a conta do declínio do sistema processual penal será suportada por toda sociedade. Ao anelo dos preceitos constitucionais que orientam todo o ordenamento jurídico, todos estarão sob abrigo da técnica que sustenta a lógica, resguardados pelo devido processo legal comprometido à promoção do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, numa democracia idônea, a justiça não tem dois pesos e duas medidas para sucumbir aos interesses de poucos, recaindo o resultado sobre todos. Sendo assim, a pesca probatória e as garantias fundamentais constitucionais não coexistem num mesmo

sistema, verdadeiramente deve-se “separar o joio do trigo”, distinguindo o que é bom e valioso do que é ruim e indesejável para o desenvolvimento da sociedade.

Por outro lado, o estudo demonstrou que o mandado de segurança tem se mostrado um importante remédio constitucional para corrigir ilegalidades relacionadas ao *fishing expedition*. Como ferramenta de defesa contra atos administrativos e judiciais abusivos, ele tem sido utilizado para proteger direitos líquidos e certos violados, garantindo maior efetividade às garantias constitucionais. A jurisprudência analisada destacou o papel do mandado de segurança no combate a medidas desproporcionais e genéricas, como no caso do RMS 62.562/MT, onde o STJ reconheceu a ilegalidade de uma busca e apreensão que extrapolava os limites da investigação.

A consolidação de um processo penal efetivamente acusatório, conforme previsto na Constituição de 1988, depende de uma postura rigorosa no respeito às garantias fundamentais e na rejeição de práticas que desvirtuem o equilíbrio processual. O *fishing expedition* exemplifica o risco de retrocessos autoritários no sistema penal, evidenciando a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle jurisdicional e dos princípios constitucionais.

Portanto, a superação dessas práticas exige um compromisso renovado dos operadores do direito e das instituições judiciais com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Somente assim será possível garantir um processo penal justo, que promova a justiça sem comprometer os direitos e a dignidade dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva; RODRIGUES, Roberto da Rocha. Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 4 (1): 137-152, Jan.-Dez./2005. Disponível em:

<https://www.academia.edu/download/30948368/247.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; SOUZA, Emilly Jacomini de.

Abolicionismo penal: uma crítica ao punitivismo e ao populismo penal. *Revista Profanações*, v. 10, p. 473-500, 2023. Disponível em:

<http://ojs.unc.br/index.php/prof/article/view/4915>. Acesso em: 25 nov. 2023.

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. Sistema jurídico penal e garantias fundamentais: crise processual e solução tríade. 2016. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/19406>. Acesso em: 18 fev. 2024.

ALVES, Carlos Wladimir Cavalcanti. Nova Lei de Abuso de Autoridade: o que muda para os juízes. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida-ASCES/UNITA. Pernambuco: 2019. Disponível em:

<http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2416>. Acesso em: 16 jan. 2024.

ALVES, Giovana Monteiro Belem. Inquérito policial e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Escola de Direito, Negócios e Comunicação, nov. 2023. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/6752>. Acesso em: 18 fev. 2024.

ALVES, Pedro de Oliveira; Filho, Felipe Gustavo Ramos de Oliveira. O direito fundamental de proteção de dados no processo penal brasileiro: a ilicitude dos mandados de busca e apreensão como práticas de fishing expedition. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, 2023. Disponível em:

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/253037/0>. Acesso em: 07 nov. 2023.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Impactos da operação “lava jato” no estado democrático de direito e a necessária aprovação da lei de abuso de autoridade como garantia de direitos fundamentais. *International Journal Of Digital Law - IJDL*, ano 01, v. 01, nº 02, Ed. Especial. Curitiba, Paraná: 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/publica-nuped/article/view/2020andreassajunior>. Acesso em: 15 fev. 2024.

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. A crise de legitimidade democrática e a necessária revisão de seu objetivo deliberativo. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Editora Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5683/5251>. Acesso em: 24 nov. 2023.

AQUINO, Valéria Stephanie Araújo de; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. As cores do direito penal nas estatísticas dos crimes. *Jus*, Teresina, jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67305/as-cores-do-direito-penal-nas-estatisticas-dos-crimes>. Acesso em: 07 fev. 2024.

ARRUDA, Lara Vitória Cavalcante. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal à luz dos direitos fundamentais. Monografia como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido. Mossoró: 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufersa.edu.br/items/1cbbf614-4d3a-4df9-9b00-cb80d27bf19c>. Acesso em: 09 mar. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; Silva, Luís Gustavo Candido e. O fenômeno da pescaria probatória e os mandados de busca e apreensão genéricos nas operações de combate à corrupção: da tutela (in)efetiva dos direitos personalíssimos à intimidade e ao sigilo profissional do contador. *Arquivo jurídico - Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 2, jul./dez. 2023.

ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/handle/123456789/1216>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BANDEIRA, Sara de Oliveira. A ilegalidade da pesca predatória por provas (“fishing expedition”) nos mandados de busca e apreensão genéricos. Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA. Rio Grande do Norte: 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufersa.edu.br/server/api/core/bitstreams/f4f781cf-ed25-4738-b5be-47de7cb46ec9/content>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BARBOSA, Ana Beatriz Nóbrega; LARA, Marcelo D’angelo. O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado: limites à discricionariedade da função acusatória. *Revista Thesis Juris*, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 374–389, 2023. DOI: 10.5585/rtj.v12i2.23234. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/23234>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Jan/Jul 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2585/2158>. Acesso em: 16 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-152, ago. 2019. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881>. Acesso em: 17 fev. 2024.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. In: *Migalhas*. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BELLO FILHO, Ney de Barros; ROESLER, Cláudia Rosane; VIEIRA, Guilherme Gomes. Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Seção Judiciária de Alagoas*, v. 1, n. 8. Disponível em: <https://revista.jfal.jus.br/RJSJAL/article/view/6>. Acesso em: 9 mar. 2024.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, Porto Alegre: 2018.

Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6358834>. Acesso em: 9 mar. 2024.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, 18, n. 51, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003/11575>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SANTOS, Gabriel Teixeira. Reflexões sobre o lawfare e a necessidade de um juiz de garantias visando resguardar o processo penal democrático. *Revista Húmus*, vol. 12, num. 36, 2022. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/18752>. Acesso em: 18 fev. 2024.

BORGES, Clara Maria Roman. Genealogia dos discursos críticos ao autoritarismo do CPP. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, [S. l.], v. 42, n. 87, p. 1–41, 2021. DOI: 10.5007/2177-7055.2021.e63139. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/63139>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRITO, Lara Coelho de; OLIVEIRA, Viviane Monteiro; BARROS, Kátia Marinho. Admissibilidade de provas digitais nos processos criminais. Disponível em: <https://editora.faculdadefmb.edu.br/wp-content/uploads/2023/07/ADMISSIBILIDADE-DE-PROVAS-DIGITAIS-NOS-PROCESSOS-CRIMINAIS.docx.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRITTO, Ministro Carlos Ayres. Inconstitucionalidade da Lei de Abuso de Autoridade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 279, n. 1, p. 223–250, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.81405. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/81405>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BIAZZOTO, Joyce Teodoro; SILVEIRA E PIMENTEL, Murilo. Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) x Princípio da Proporcionalidade. *RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar*, [S. l.], v. 4, n. 9, 2023. DOI: 10.47820/recima21.v4i9.4075. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/4075>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, n. 1, 2006. DOI: 10.62530/rbdc.v7i1.312. Disponível em: <https://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312>. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Brasília, DF: Presidência da República [1941]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 30 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Decreto nº 11.491, de 12 de abril de 2023.

Promulga a Convenção sobre o Crime Cibernético, firmada pela República Federativa do Brasil, em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11491.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11491.htm). Acesso em: 24 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 158580 - BA (2021/0403609-0). Recorrente: Mateus Soares Rocha. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Ministro Rogério Schetti Cruz. Julgado: 19 de abril de 2022.

Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=151144910&registro\\_numero=202104036090&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20220425&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF). Acesso em: 24 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Habeas Corpus nº 539.979 - SP (2019/0310712-2). Agravante: Diego Abreu Rodrigues Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Jorge Mussi.

Julgado: 5 de novembro de 2019. Disponível em:

[https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/1081/STJ\\_-\\_Drogras\\_-\\_Quantidade\\_Expressiva\\_1.pdf](https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/1081/STJ_-_Drogras_-_Quantidade_Expressiva_1.pdf). Acesso em: 27 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. Planalto. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 10 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 30 jan. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 687.261-130/DF. Relator: Ministro Neri da Silveira. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Mota. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Louredo. Brasília, 28 de junho de 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 9 mar. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 84.078-7/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Omar Coelho Vitor. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 9 mar. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 9 mar. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 152.752/PR. Relator: Ministro Edson Fachin. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outros. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Brasília, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 9 mar. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão publicada no DJ em 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 9 mar. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Requerentes: Associação Dos Magistrados Brasileiros E Outro (a/s). INTDO (a/s): Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de agosto de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2024.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626096. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 7 nov. 2023.

CASSIANO, Rômulo Batista; FABRI, Andréa Queiroz. A nova lei do abuso de autoridade e sua aplicação na defesa das instituições do estado democrático de direito. Minas Gerais: 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1287/1/TCC%20R%c3%b4mulo%20-%20Finalizado.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2024.

CAGLIARI, José Francisco. Prova no Processo Penal. *Justitia/Ministério Público de São Paulo*. v. 63, n. 195, p. 78–100, jul./set., 2001. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_publicacao\\_divulgacao/doc\\_gra\\_dout\\_crim/crime%2038.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2038.pdf). Acesso em: 24 nov. 2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de António Menezes de Cordeiro. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNEIRO, Luã dos Santos; DUTRA, Deo Campos; DUTRA, Deo Pimenta Dutra. A diferenciação da ação do juiz no lawfare e no ativismo judicial. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/3750>. Acesso em: 18 fev. 2024.

CASTRO, Henrique. Princípio da Legalidade Penal como Direito Humano Fundamental. Vol. 4. N. 2. 2012, p. 7. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/199>. Acesso em: 7 nov. 2023.

CECCONELLO, William Weber et al. A (Ir)repetibilidade da Prova Penal Dependente da Memória: uma discussão a partir da psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 26 set. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i2.5312. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>. Acesso em: 24 nov. 2023.

CHAVES, José Maciel Sousa. Limites cognitivos do mandado de segurança a partir da motivação do ato coator. 2023. 99 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4658>. Acesso em: 9 mar. 2024.

CORTES, Vitor Mizuno; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. Direito Penal do Inimigo e a Teoria da Proporcionalidade. Encontro de Iniciação Científica. São Paulo: 2011. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/4270/4028>. Acesso em: 11 nov. 2023.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005. Apud QUINTELA, Guilherme Camargos. Segurança jurídica e proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/41467/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20IMPRESSA%20BANCA.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antônio Marques da. Considerações sobre o abuso de autoridade: desenvolvimento histórico e atualidades. Revista Direito UFMS. Campo Grande, MS: v. 5, n. 20, p. 270-293, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9891>. Acesso em: 22 dez. 2024.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”, v. 1, p. 9, 2004. Coleção Ciências Penais, São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <http://regisprado.com.br/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20Crespo-Do%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Os limites da justiça no processo judicial: the limits of justice in the legal process. Revista Eletrônica da ESA/RS. Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil. Disponível em: [https://www.oabrs.org.br/arquivos/file\\_6385156b0476e.pdf](https://www.oabrs.org.br/arquivos/file_6385156b0476e.pdf). Acesso em: 16 fev. 2024.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. Revista Eletrônica de Direito Penal, Ano 1, Vol. 1, Nº 1, junho de 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11270>. Acesso em: 21 nov. 2023.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; FALASCHI, Alexandre Luiz Amorim. A fishing expedition conforme a jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Cadernos UNDB*, São Luís, v. 6, n. 1, out./nov. 2023.

Disponível em: <https://periodicos.undb.edu.br/index.php/cadernosundb/article/view/140>.

Acesso em: 24 nov. 2023.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto; TUCCI, Rogério Lauria. Inatividade no processo penal brasileiro. 2003. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001332317>. Acesso em: 8 nov. 2024.

DEMICIANO, Thiago de Oliveira. Princípios constitucionais penais: provas e indícios. 2019. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/22004>. Acesso em: 4 mar. 2024.

Dispositivos da nova Lei de Abuso de Autoridade são objeto de ação de auditores fiscais. STF, 27 set. 2019. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424884>. Acesso em: 31 jan. 2024.

EMPOLI, Giuliano da. Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. 3. ed. São Paulo: Vestígio, 2019. Disponível em:

<https://outroladodanoticia.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Os-Engenheiros-do-Caos-Giuliano-da-Empoli.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

FARIAS, Silas Barbosa Peixoto. Inquérito 4781 (das fake news): violações aos princípios constitucionais do devido processo legal e sistema acusatório de persecução penal.

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/56952>. Acesso em: 15 fev. 2024.

FERNANDES, Alessandro. O dia em que viramos uma república de bananas: como um triplex mudou a história do Brasil. *Revista Contribuciones A Las Ciencias Sociales*, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 3962–3983, 2024. Disponível em:

<https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/4419>. Acesso em: 18 fev. 2024.

FERREIRA, Iago Oliveira. A expansão do direito penal à luz do estado constitucional de direito. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 16, n. 3, p. 149-188, set./dez. 2014. Disponível em:

[https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_expansao\\_do\\_direito\\_penal\\_a\\_luz\\_do\\_estado\\_constitucional\\_de\\_direito.pdf](https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_expansao_do_direito_penal_a_luz_do_estado_constitucional_de_direito.pdf). Acesso em: 25 nov. 2023.

FERREIRA, Sander Silva; JACOB, Muriel Amaral. A busca da verdade no processo penal. *An. Sciencult, Paranaíba*, v. 7, n. 1, p. 419-440, 2017. Disponível em:

<https://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/4663/4686>. Acesso em: 10 nov. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/553/r145-05.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 7 nov. 2023.

FRANK JUNIOR, Wilson; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. Do escudo de Aquiles à capa do Batman: o heroísmo togado e seus riscos à democracia. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais*. Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 147-157, jul./dez. 2013. Disponível em:

<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/15247>. Acesso em: 18 fev. 2024.

FERNANDES, Karen Bernardes de Paiva. Provas digitais no processo penal: acesso aos dados armazenados, regime jurídico e a jurisprudência do STF. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/5740/TCC%20Karen%20Bernardes%20de%20Paiva%20Fernandes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 nov. 2023.

FELLIPE, Márcio Sotelo. *Lawfare, esse crime chamado justiça. Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Conselho Latino-americano de Ciências Sociais, 2017. Disponível em:

[https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bib](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bib)

li\_servicos\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 18 fev. 2024.

GUIMARÃES E MORAES, Marcelo José de; NEVES, Cícero Robson Coimbra. Engenheiros do caos e o direito penal do novo inimigo. Revista do Ministério Público Militar, edição nº 39, Brasília: 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/221>. Acesso em: 15 fev. 2024.

GOMES, Nayara Pereira. A processualização dos procedimentos investigatórios no ordenamento jurídico brasileiro: um contributo à diminuição dos equívocos no reconhecimento pessoal e fotográfico de pessoas. Revista Discente UNIFLU, v. 4, n.1, 2023. Disponível em: <http://www.revistas.uniflu.edu.br:8088/seer/ojs-3.0.2/index.php/discente/article/view/523>. Acesso em: 6 mar. 2024.

HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. RDP nº 6. Fev-Março/2001. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDP\\_06\\_53.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_53.pdf). Acesso em: 21 nov. 2023.

HOBSBAWM, Eric. Globalização, democracia e terrorismo. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LAZZARINI, Álvaro. Abuso de poder x poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 25-39, jan./mar. 1996. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46688/46647>. Acesso em: 30 jan. 2024.

LUZ, Sebastião César Ribeiro Salles; RIBEIRO, Luciano Linhares; BEILFUSS, Bárbara; NAVA, Juliano Amado; CUNHA, Matheus Araújo da; ANDRADE, Matheus Ferreira Lima de. Relativização do princípio da presunção de inocência. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, p. 22–148, 2024. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/13078>. Acesso em: 9 mar. 2024.

LOPES, João Porto Alegre. A nova lei de abuso de autoridade e a abundância de zonas nebulosas de ausência de taxatividade. Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/221955>. Acesso em: 16 fev. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 30 out. 2023.

MEZZALIRA, Ana Carolina. Em tempos de autoritarismos, limite é garantia: a relevância dos standards probatórios para o processo penal brasileiro. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 1, n. 28, p. 262–281, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/367>. Acesso em: 15 fev. 2024.

MELO, Ana Beatriz Lopes de; SILVA, Jessyka Annykelly Araújo da. Cadeia de custódia da prova como instrumento garantidor do processo penal constitucional. *Revista de Direito Unifacex. Natal-RN*, v. 11, n. 1, 2023. Disponível em:

<https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/view/1192>. Acesso em: 15 fev. 2024.

MADEIRA, Paulo César do Vale. Poder judiciário e democracia: interpretar e cooperar, ajudando a construir os direitos fundamentais. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2023. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/47332>. Acesso em: 16 fev. 2024.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/profile/Diogo-Malan/publication/341000847\\_Processo\\_penal\\_do\\_inimigo/links/5ea94bfda6fdcc7050978ff/Processo-penal-do-inimigo.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Diogo-Malan/publication/341000847_Processo_penal_do_inimigo/links/5ea94bfda6fdcc7050978ff/Processo-penal-do-inimigo.pdf). Acesso em: 14 fev. 2024.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 7 nov. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdicional à luz da nova lei de Abuso de Autoridade - Lei n.

13.869/19. A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano

21, n. 83, p. 75-95, jan./mar. 2021. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v21i83.1313>. Acesso em: 16 jan. 2024.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Editora Íthala. Curitiba: 2019. Disponível em: [https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2022/12/Ebook\\_IBDA\\_2018\\_2019\\_Ithala.pdf#page=209](https://ibda.com.br/wp-content/uploads/2022/12/Ebook_IBDA_2018_2019_Ithala.pdf#page=209). Acesso em: 8 fev. 2024.

MEDEIROS, Gaios Samuel de. Fishing expedition e princípio da serendipidade: o limiar sutil das provas aceitas pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito da investigação criminal. 2024. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/31467>. Acesso em: 8 nov. 2024.

MEZGER. Tratado de Derecho Penal, v. 1. p. 27-28. In: Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt. *Elementos de Direito Penal, parte geral*. Coleção Resumos, n.º 1, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas Jurídico, 2017. Disponível em:

[https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2017/08/alexandre\\_de\\_moraes\\_-\\_direito\\_constitucional\\_-\\_atualizado\\_at\\_ec\\_95\\_de\\_15-dez-2016\\_-\\_2017\\_pdf\\_.pdf](https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2017/08/alexandre_de_moraes_-_direito_constitucional_-_atualizado_at_ec_95_de_15-dez-2016_-_2017_pdf_.pdf). Acesso em: 9 mar. 2024.

MONTEIRO, Mariana Mayumi. O princípio da não autoincriminação no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08122016-114209/en.php>. Acesso em: 9 mar. 2024.

NASCIMENTO JUNIOR, Ismar Barbosa. A nova lei de abuso de autoridade: breves comentários à recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate*, v. 8, n. 2, dez. 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/22329/13779>. Acesso em: 7 fev. 2024.

NAIBERT, Luiza Beier. A importância dos bens jurídico-penais para o direito penal contemporâneo. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da

Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre: 2021. Disponível em: <http://biblioteca.fmp.edu.br:8081/pergamumweb/vinculos/000001/00000183.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2024.

NETTO, Carlos Eduardo Montes; NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial. *Revista Meritum*, v. 18, n. 4, p. 268-285, 2023. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8864>. Acesso em: 6 mar. 2024.

OLIVEIRA, Anderson Bezerra França de; GONÇALVES, Karlos Douglas de Sousa; LEONEL, Juliano de Oliveira. Fishing expedition: desconformidade com o ordenamento jurídico. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 9, n. 10, p. 5676-5689, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/12358>. Acesso em: 6 nov. 2024.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo. A crise da legalidade penal e a função do Superior Tribunal de Justiça na interpretação dos tipos penais. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Fortaleza: 2018. v. 6, n. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/kalie/Downloads/sysop,+3.+3717.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

OLIVEIRA, Caio José A. Amarante de. Pescaria probatória no processo penal brasileiro: o conflito entre o sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz. *Revista Manus Iuris*. Mossoró. 2020. Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rmi/article/view/9914/10479>. Acesso em: 11 nov. 2023.

OLIVEIRA, Diogo Ricardo Goes; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Ativismo judicial da suprema corte e violação do princípio democrático. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 9, 2023, nº 6. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/6/2023\\_06\\_0671\\_0694.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/6/2023_06_0671_0694.pdf). Acesso em: 18 fev. 2024.

OLIVEIRA, William Teixeira de; ARRUDA, Zelio Vieira de. Lei de abuso de autoridade, abuso contra a democracia e a legalidade. *Revista Foco*, Curitiba, v. 16, n. 9, p. 01-12, 2023. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3166>. Acesso em: 18 fev. 2024.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de; AUAD, Denise. Jurisdição constitucional: definição e localização. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 28, n. 2, p. 188-206, mai./ago. 2023. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2389>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PINTO, Cristiane Guimarães Pereira; SIQUEIRA, Leonardo. Revista Acadêmica Multidisciplinar da Faculdade Cidade de João Pinheiro. Altus Ciência, v. 21, ago./dez. 2023. Disponível em: <http://revistas.fcjp.edu.br/ojs/index.php/altuscienca/article/view/211>. Acesso em: 18 fev. 2024.

PRADO, Geraldo. Apresentação. Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula. Conselho Latino-americano de Ciências Sociais, 2017. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf). Acesso em: 18 fev. 2024.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74883/curso\\_direito\\_penal\\_prado\\_20.ed.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74883/curso_direito_penal_prado_20.ed.pdf). Acesso em: 7 nov. 2023.

QUINTELA, Guilherme Camargos. Segurança jurídica e proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Belo Horizonte: 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/41467/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20IMPRESSA%20BANCA.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

RIBEIRO, Francisco Gustavo Pinto Ribeiro. Contraditório e ampla defesa no âmbito do inquérito policial. Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Santa Rita - PB: 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11349>. Acesso em: 4 mar. 2024.

RAMOS, João Victor Inkis de Mattos. Das provas ilegais: um olhar sobre a fishing expedition. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/31664>. Acesso em: 9 mar. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. A prática de fishing expedition no processo penal. ConJur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/>. Acesso em: 18 out. 2024.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. Fishing Expedition - A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. Empório do Direito, 13 de março de 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>. Acesso em: 9 mar. 2024.

SILVA, de Plácido e. Vocabulário jurídico. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/kalie/Downloads/Vocabulario%20Juridico%20-%20De%20Placido%20e%20Silva%20-%202016.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

SILVA, Heloísa Teixeira Araújo da. A investigação defensiva no processo penal como exercício do direito à ampla defesa: uma análise da produção probatória pela defesa. Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/56926>. Acesso em: 15 fev. 2024.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise política. Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 1, p. 163-190, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/986>. Acesso em: 18 fev. 2024.

SILVA, José Cirilo. Os princípios constitucionais incidentes no Direito Penal Brasileiro. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, v. 1, n. 1, 2010, p. 27. Disponível em: [http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/jose\\_cirilo.pdf](http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf). Acesso em: 7 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Lawfare: como detectar os sintomas desse coronajuris. Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida. Curitiba: 2022. Disponível em: <https://joaquinherreraflores.org.br/wp-content/uploads/2022/10/E-book-Lawfare-Vol3-.pdf#page=97>. Acesso em: 24 nov. 2023.

SOUSA, Fernando de. A democracia, face política da globalização? Revista Brasileira de Política Internacional. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/JWJk7fwN95fBMSNJK755khh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SOUZA, Maria Eduarda Rodrigues de. Fishing Expedition: Um olhar acerca das decisões do Superior Tribunal de Justiça. Repositório Institucional das Faculdades Integradas de Jaú,

2023. Disponível em:

<https://portal.fundacaojau.edu.br:4433/journal/index.php/tcc/article/view/917>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SOUZA, Thaiz Manfredini. Abuso de autoridade na legislação brasileira: considerações acerca da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019). Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/30312>. Acesso em: 16 jan. 2024.

SONCIN, Angela Carolina; SILVA, Juvêncio Borges. Mídia e poder judiciário: da informação isenta à influência ideológica e política sobre as decisões judiciais. Revista Húmus, vol. 11, num. 31, 2021. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/15225>. Acesso em: 18 fev. 2024.

VALENTIM, Anna Valentina Teófilo; FERREIRA, Adriano Fernandes. A pesca probatória e o encontro fortuito de provas no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 10, n. 1, p. 559–575, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i1.12911. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/12911>. Acesso em: 10 mar. 2024.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da legalidade: corolário do direito penal. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, ano MMXIII, n. 28, 10 jul. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/principio-da-legalidade-corolario-do-direito-penal>. Acesso em: 7 nov. 2023.

VIEIRA, Waldo. Demagogia. Enciclopédia da Conscienciologia, jun. 2009. Disponível em: <http://www.reposicons.org:8080/bitstream/123456789/2305/1/Demagogia.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2023.

WEDY, Miguel Tedesco. Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/citations?view\\_op=view\\_citation&hl=pt-BR&user=Not5LEcAAAAJ&citation\\_for\\_view=Not5LEcAAAAJ:u5HHmVD\\_uO8C](https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=Not5LEcAAAAJ&citation_for_view=Not5LEcAAAAJ:u5HHmVD_uO8C). Acesso em: 24 nov. 2023.