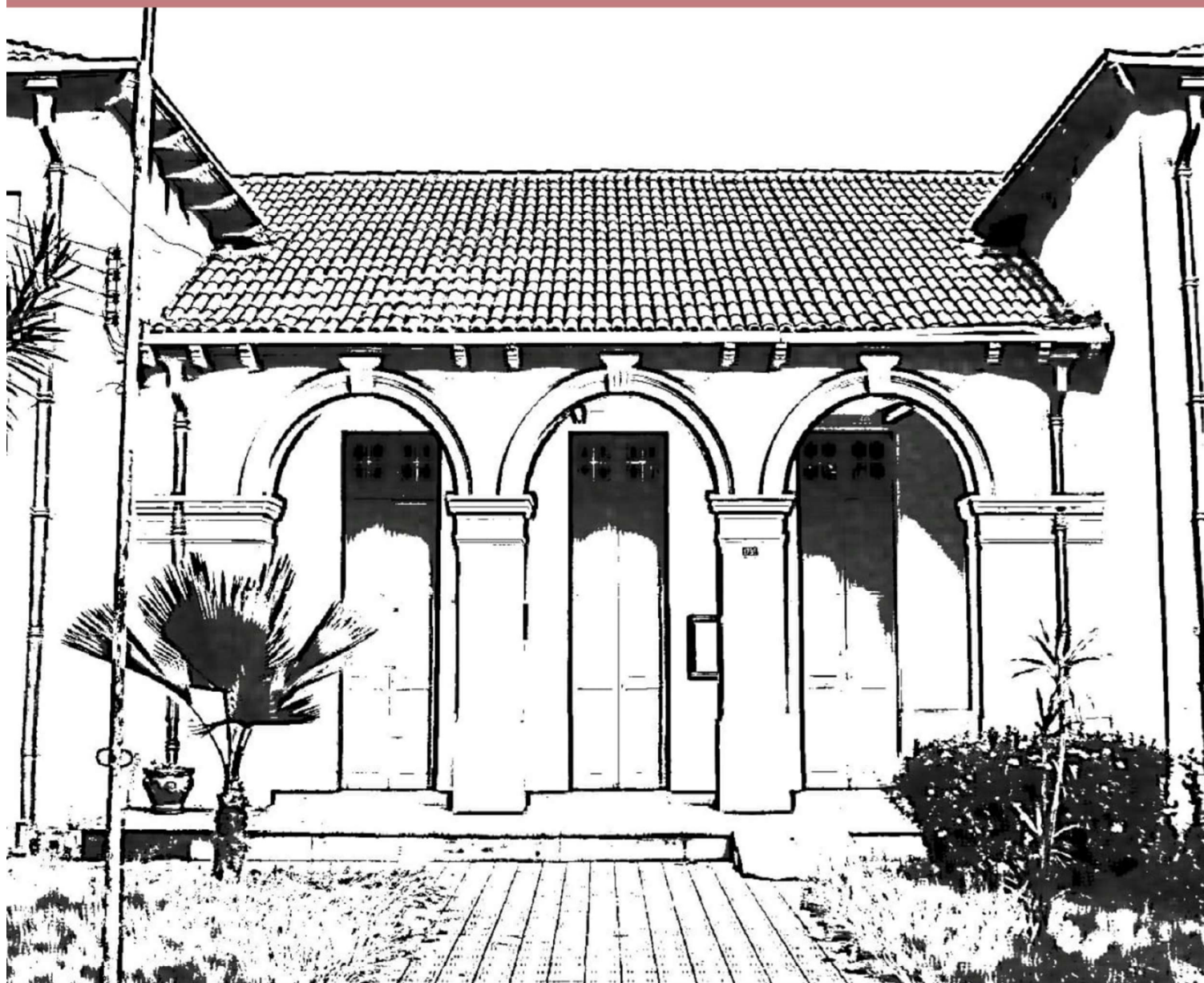


ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 10, N. 2
JUL/DEZ2023

QUALIS
B2

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

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar).

Luís Gustavo Candido e Silva

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar) com período sanduíche na Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo (UAEH); Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar).

Resumo: O presente trabalho busca estudar o fenômeno da pescaria probatória no processo penal, delimitando sua análise aos mandados de busca e apreensão genéricos expedidos em razão de profissionais da área de contabilidade. Desta forma, apresenta como escopo, refletir a medida à luz dos direitos de personalidade, levando-se em consideração especificamente o direito à intimidade e ao sigilo profissional do(a) contador(a). Como problema de pesquisa, procura-se indicar a possibilidade ou não da pescaria probatória, utilizada por intermédio de mandados genéricos de busca e apreensão, ser um instrumento de tutela ou violação dos direitos personalíssimos do(a) contador(a) no exercício de sua profissão, ou até mesmo fora dela. Como método de abordagem, fora utilizado o hipotético-dedutivo, sendo que, valendo-se de técnicas de procedimento diversas, o desenvolvimento do trabalho se pautou em análises bibliográficas, documentais, doutrinárias, jurisprudenciais, descritivas e exploratórias. Nestes termos, o artigo conclui que, os mandados de busca e apreensão genéricos são capazes de se apresentarem como verdadeiros instrumentos de legitimação do fenômeno conhecido como pescaria probatória e, se expedidos em desfavor dos(as) contadores(as), podem acabar violando os seus direitos de personalidade relacionados à intimidade e ao sigilo profissional.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Processo Penal. Intimidade. Sigilo Profissional. Pescaria Probatória.

Submetido em 1º de novembro de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de estudar o fenômeno da pescaria probatória, também conhecida como *fishing expedition*. Trata-se de conceito desenvolvido pelos norte-americanos para retratar a prática policial consistente em exceder a linha investigativa com aparência de legalidade, ou seja, proceder a investigação para além dos limites estabelecidos pelos meios tradicionais de obtenção de prova.

Procura-se inicialmente, formular uma breve análise sobre os avanços do processo penal anglo-saxão e suas projeções para além das fronteiras dos países de tradição *common law*, o que se fará a partir da tese de americanização do processo penal construída por autores de direito comparado. Posteriormente, procura-se apresentar uma reflexão sobre a (in)compatibilidade muitos institutos jurídicos que tentam ser importados, abordando-se de forma específica o fenômeno da pescaria probatória em relação aos direitos de personalidade dos investigados ou processados. Para tanto, com o fim de se delimitar a pesquisa, procura-se analisar a prática da pescaria probatória em desfavor dos profissionais de contabilidade, verificando-se a possível violação dos direitos personalíssimos à privacidade dos mesmos.

Como método de abordagem, utiliza-se o hipotético-dedutivo, sendo que, a pesquisa com técnicas de procedimentos de revisão bibliográfica, exploratória e documental, procura-se desenvolver a presente pesquisa.

A premissa menor será de que a tradução da referida prática em âmbito nacional possa ter o potencial de deturpar a ordem constitucional do processo, entendido, aqui, como um instrumento de legitimação do poder punitivo.

Em outras palavras, o que se fará é, analisar se o referido instituto revela uma prática afrontadora de garantias ínsitas ao *due process of law*, violando direitos da personalidade que são expressivamente caros ao sistema de justiça criminal, como a inviolabilidade da vida privada, traduzidas nesse artigo pelo recorte, intimidade e sigilo profissional.

Com o fim de se delimitar a pesquisa, optou-se por analisar a prática do *fishing expedition* nas situações específicas que podem envolver os profissionais contábeis, conquanto notadamente são alvos reiterados na busca por provas atinentes às operações que se autointitulam de: anticorrupção.

Em suma, a pretensão do trabalho é verificar a (i)legitimidade da prática da pescaria probatória, caso for encartada pela agencias policiais no ordenamento jurídico brasileiro, com base nos direitos da personalidade correlatos ao devido processo penal, analisando-se mais

especificamente a questão dos envolvimento de profissionais contábeis e o indispensável sigilo profissional e resguardo da intimidade.

Destaca-se por fim que, a presente análise não procura relatar a presença de casos de pescaria probatória no Brasil, ou tampouco analisar um caso específico, mas tão somente compreender o referido fenômeno e verificar sua compatibilidade com os direitos personalíssimos relacionados à intimidade e ao sigilo profissional do contador no exercício de suas funções.

2. O FENÔMENO DA PESCARIA PROBATÓRIA E OS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICOS

Goldschmidt afirmou que o processo é o termômetro democrático de uma civilização (GOLDSCHMIDT, 2018, p.67). Se destaca que se pode saber muito sobre um país ao se analisar a dinâmica de seus processos criminais. Aliás, não é à toa que parte da história humana tenha se constituído entre tribos e tribunais.

Antes de trabalhar com o fenômeno da pescaria probatória propriamente dito, algumas reflexões sobre a função do processo penal devem ser abordadas. A propósito, a prudência recomenda sempre uma dose de reflexão sobre o sistema de justiça criminal.

Os americanos intitulam o fenômeno processual de forma bastante simples: *fair-trial*¹. Parece bastante óbvio que a sensação que se tenha diante da figura de um procedimento em contraditório, perante uma autoridade judicial, seja de justiça. Mais que isso, a tradição cultural fez com que os tribunais fossem conhecidos como “palácios da justiça”.² Não se olvida, no entanto, que por vezes o que acontece dentro dos tribunais não guarde qualquer pertinência com conceitos variados sobre o que se entende por justo. Não é incomum, para usar a expressão mais correta, que muitos julgamentos sejam percebidos como injustos.³

¹ Julgamento justo, em tradução livre, é a expressão utilizada no contexto norte americano para definir o sistema de justiça, lembrando-se que lá se trata de um sistema adversarial, cujo julgamento se dá por pares, semelhante ao sistema de júri. Para uma análise do procedimento criminal americano, ver LANGBEIN, John Harriss. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford studies in modern legal history, 2003.

² Aliás, vários dos tribunais pátrios são assim prenomiados, ou, ao menos, já tiveram a expressão como prenome em algum momento da história.

³ Há que se ter em mente, antes de tudo, que esse citado sentimento de injustiça por vezes não passa de mera percepção, pois, na mais das vezes, aquele que *perde* crê fielmente em sua razão e, portanto, a sentença que lhe vem desfavorável é tida por si como um produto injusto. Em outros termos, o que se quer acreditar e que apenas em quantidade ínfima dos casos as partes usam o processo para alcançar objetivos até mesmos ilícitos, seja alterando a verdade dos fatos, agindo de forma temerária, etc.

Seria no mínimo imprudente, entretanto, identificar de forma sistemática e sem critérios objetivos as razões que levam à afirmação de que, por vezes, os processos¹ são injustos. Não é, inclusive, essa a pretensão do presente trabalho. O que se quer, por oportuno, é demonstrar que o procedimento pode ser manipulado pelos atores jurídicos ao intuito de obedecer a seus próprios critérios decisórios. Ademais, o próprio *fair-trial* norte-americano, muitas vezes invocado para expressar um sistema de julgamento mais transparente, não é imune a tal crítica, notadamente porque se assemelha muito com o espetáculo teatral (TARUFFO, 2016), programado para dar a vitória ao mais astuto e não necessariamente àquele que detenha a razão (SCHÜNERMANN, 2016, p. 240-261). Neste sentido, observa-se o que apresenta Calamandrei, ao indicar que é feliz a coincidência quando o melhor preparado também carrega consigo a razão da questão enfrentada, porque assim, permite-se que o processo se converta na realização da justiça. (CALAMANDREI, 2003, p. 227)

Outra realidade é verificada quando se cogita de partes diametralmente opostas, onde o duelo não se dá por pares, mas pela astúcia de um em detrimento da ingenuidade de outro. Com efeito, de um instrumento de justiça, o processo pode muito bem ser palco dos objetivos mais egoístas e mesquinhos de uma das partes. A propósito, se desconhece qualquer trabalho que vise abolir remédios processuais que, de uma maneira ou de outra, visem exatamente a retratar casos em que isso possa ter ocorrido, como seria o caso da ação rescisória ou a revisão criminal.²

Essas percepções hodiernas que se tem em relação ao processo penal norte-americano não são inexpressivas para se analisar o contexto do sistema de justiça criminal brasileiro, e muito menos a prática da pescaria probatória, notadamente porque a tese da americanização do processo penal é uma realidade que paulatinamente vem se instaurando e ganhando corpo na doutrina pátria. (LANGER, 2017)

Isso é bastante claro quando se vê que alguns casos já são resolvidos com critérios de uma análise econômica do direito,³ ou técnicas de procedimento abreviado. Especial crédito à

¹ Neste momento, a expressão processo está sendo empregada não como o procedimento em contraditório que se dá perante o órgão julgador, mas como um conglomerado de ações, que delimitam a persecução penal, desde a fase inquisitiva à fase procedimental acusatória.

² Na essência, ambas as ações têm o propósito de corrigir erros de julgamento, cf MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado da ação rescisória**: das sentenças e de outras decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³ O discurso nasceu na década de 1960 na escola de Chicago e, embora tenha algumas diferentes vertentes, a mais expressiva foi certamente aquela encabeçada pelo precursor Richard A. Posner, e seu famoso trabalho *the law and economics*. Muito se discute sobre a força dessa nova corrente, chegando-se a afirmar até mesmo que a própria emenda constitucional n. 45 de 2004 não foi nada além de uma imposição do banco mundial e a edição de seu documento técnico n. 319, que justamente cuidava nos interesses do capital afetos ao grande problema da morosidade judicial na América-latina. Sobre o tema, a propósito, pode-se observar a contribuição de Moraes da Rosa e Junior Marcelino (MORAIS DA ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2015, p. 18).

transnacionalização do processo penal norte-americano é devido à ampliação dos espaços de consenso,¹ considerados aqui desde aqueles procedimentos de crimes de menor potencial ofensivo, que seguem o procedimento simplificado dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/90), até mesmo as esparsas e diversas legislações que tentaram regulamentar o instituto da colaboração premiada. Isso ainda sem mencionar a tentativa de se trabalhar com o instituto da *plea bargaining* por intermédio da figura da delação premiada (INOCENTE, 2021, pp. 21-24). Ainda sobre os acordos de delação, percebe-se que se chegou ao ponto de evidenciar-se que a existência do mesmo, nos moldes tratados nas grandes operações midiáticas, equivaleria ao reconhecimento de um novo modelo de justiça penal não epistêmico (MOURA; BOTTINI, 2017, p. 136).

Todas essas tentativas de importação de teorias jurídicas, se não se apresentam como uma inflexão natural do sistema de justiça, mas sim, como uma opção de atuação dos próprios órgãos julgadores (MORAIS DA ROSA, 2019, p. 269). Daí porque diz-se que os interesses dos atores jurídicos as vezes sobressaem ao interesse da justiça (CALAMANDREI, 2003, p. 226).

Com efeito, dentro de tudo o que se disse até então sobre a manipulação do procedimento com vistas aos interesses dos próprios atores processuais, há agora um campo de discussão sobre um novo modelo de tática aplicada ao jogo processual, importada diretamente do sistema *common law*², qual seja: o fenômeno da pescaria probatória, concernente à atuação ampla e (in)direcionada dos atores processuais nas investigações criminais.

O Brasil, nas últimas décadas, vem passando por grandes operações que tem como objetivos declarados o “combate à corrupção” (ZAFFARONI, 2012, p. 303). Destaca-se que em tais operações, muito vem se abordando sobre a (in)existência de mandados de busca e apreensão genéricos, capazes de fornecerem subsídios para investigações, denúncias ou até mesmo condenações criminais. O que se tem percebido é que a aceleração desenfreada tanto do processo como dos procedimentos persecutórios tem revelado um desprezo à técnica e ascensão de métodos menos coesos de investigação (MORAIS DA ROSA; JUNIOR, 2015). Na prática, os meios de obtenção de prova têm apresentado vícios que não são capazes de legitimar seu emprego, seja porque despidos de conteúdo (genéricos) ou mesmo porque deflagrados em momentos inoportunos.

¹ Sobre o tema é bastante eloquente as conclusões sobre a potencial expansão dos espaços de consenso no processo penal feitas por Vinícius Gomes de Vasconcellos (VASCONCELLOS, 2015).

² Direito comum, em tradução livre, pode ser definido como o macrocosmo de onde se origina a cultura jurídica anglo-saxã, da qual deriva a tradição norte-americana. É diametralmente oposto à cultura jurídica continental (europeia), da qual deriva a brasileira.

É justamente nesse contexto que surge a prática do *fishing expedition*, ou, como ficou conhecida no Brasil: da pescaria probatória. Em linhas gerais e bastante simplistas, a prática consiste no oportunismo das agências policiais em atuar com ou até mesmo sem ordem judicial, invadindo, com status de aparente legalidade, esferas privadas com base em pequenos ou poucos indícios, mas com a pretensão de localizar provas suficientes para legitimar as investigações ou uma possível criminalização (ZAFFARONI, 1981). Tais fenômenos apresentam-se pela existência de possíveis mandados de busca e apreensão abertos, não específicos e aptos a legitimarem qualquer tipo de atuação por parte do órgão policial.¹ Pontuando-se sempre que, como característica principal do instituto, tem-se o fator do excesso, ilegal ou que extrapola os limites da investigação delineada.

A prática reveste-se de “ares” de legalidade, conquanto normalmente encartada por intermédio de mandados de busca e apreensão genéricos, a documentos ou quaisquer outros instrumentos que estão para além da investigação, ingressando-se de forma ilegal nas esferas da vida privada de cada sujeito que, por algum motivo, encontra-se submetido ou faz parte do processo penal. Ou seja, é exatamente o que Cordeiro definiu como sendo o primado das hipóteses sobre os fatos: decide-se primeiro, depois buscam-se os elementos de confirmação. (CORDEIRO, 2000, p. 59)

Deturpa-se, por conseguinte, o sistema de justiça porque necessariamente atropelam-se garantias ínsitas ao Estado Democrático de Direitos (FERRAJOLI, 2011, p. 551). Não se tem, e é isso que se insiste, um processo com vistas à retrospectção dos fatos, mas um procedimento que verdadeiramente constitui fatos de acordo com suas expectativas (LOPES JUNIOR, 2017, p. 341)

3. O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO CONTADOR E A SUA RELAÇÃO COM DEMANDAS PROCESSUAIS PENAIIS

A atuação do(a) contador(a), ainda pouco analisada sob a ótica do sigilo e da proteção da sua intimidade no momento do exercício profissional, vem ganhando relevo no cenário atual. Por se trabalhar com dados e questões financeiras extremamente secretas, confidenciais pelos clientes somente por razões de confiança plena, entende-se que aspectos relacionados ao segredo das informações trabalhadas e a proteção dos dados ali tratados, garantindo-se que serão resguardados, devem ser estudados com maior cautela. No entanto, para se compreender a referida garantia, primeiro se faz necessário analisar como estão se apresentando as

¹ É parte de um fenômeno ainda mais complexo consistente na ausência de fundamentação das decisões judiciais.

regulamentações referentes à tutela do sigilo profissional e da intimidade desses profissionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A regulamentação da profissão ficou à cargo, inicialmente, da lei 9.295, de 27 de maio de 1946, alterada posteriormente pela lei 12.249, de 11 de junho de 2010. No entanto, com uma análise pormenorizada, se percebe que as referidas legislações não abordam de forma específica normativas relacionadas à proteção do sigilo ou da intimidade do profissional durante o exercício de sua função. Assim, tem-se que referência específica à uma tutela dos direitos ora estudados, poderá ser encontrada inicialmente somente na resolução 806, de 10 de outubro de 1996, expedida pelo Conselho Federal de Contabilidade e que apresenta o Código de Ética e Disciplina da profissão.

Em que pese já encontrar-se revogada e não apresentar uma seção específica para se tratar do sigilo e da intimidade do contador no exercício da profissão, o Código de Ética apontava uma seleção de direitos e deveres do profissional que poderiam, de uma certa forma, atuar como um norte interpretativo no que diz respeito às questões relativas ao sigilo.¹

A Norma Brasileira de Contabilidade, de 07 de fevereiro de 2019, revogando o antigo Código de Ética e Disciplina, estabelece novas normativas sobre o dever ético e disciplinar no exercício da profissão, deixando, por sua vez, de trazer especificações sobre a temática do sigilo e da intimidade. Assim, tem-se que as normativas referentes ao sigilo profissional existentes no código de ética revogado são mantidas em seu inteiro teor.

São a partir de tais normativas que se inicia o processo de construção das ideias relativas ao sigilo profissional e a intimidade do contador no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, de acordo com Oliveira e Alvarega, a ausência de legislação ampla sobre a questão não pode ser motivo capaz de se concluir pela inexistência de tutela dos referidos direitos, conforme se analisa com trecho da obra a seguir apresentado:

Pela redação dessas normas deontológicas fica claro que a cláusula de sigilo é bastante restrita, uma vez que o CEPC admite a revelação do segredo em ressalvas previstas na

¹ Art. 2º: São deveres do profissional da contabilidade:

II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade;

VI – renunciar às funções que exerce, logo que se positive falta de confiança por parte do cliente ou empregador, a quem deverá notificar com trinta dias de antecedência, zelando, contudo, para que os interesses dos mesmos não sejam prejudicados, evitando declarações públicas sobre os motivos da renúncia;

Art. 3º: No desempenho de suas funções, é vedado ao Profissional de Contabilidade:

X – revelar negociação confidenciada pelo cliente ou empregador para acordo ou transação que, comprovadamente, tenha tido conhecimento;

XVI – emitir referência que identifique o cliente ou empregador, com quebra de sigilo profissional, em publicação em que haja menção a trabalho que tenha realizado ou orientado, salvo quando autorizado por eles;

lei, bem como por mera solicitação de autoridade competente e inclui os Conselhos Regionais de Contabilidade.

A proteção das normas deontológicas não dá tratamento adequado ao tema, mas isso não é empecilho para o reconhecimento do sigilo profissional, como já ressaltado anteriormente. Na realidade, para que o contador possa bem desempenhar sua função e, até mesmo, para reparar práticas anteriores indevidas, deve conhecer a fundo toda a movimentação da empresa, sendo necessária a revelação de segredos por parte do cliente. (OLIVEIRA; ALVARENGA, 2018, p. 283)

Com isso, nota-se que é inerente ao próprio exercício da atividade desenvolvida que o sigilo e a intimidade sejam direitos resguardados e tutelados de forma efetiva, fazendo com que, para além daquelas hipóteses presentes nas leis e resoluções próprias da profissão, seja o exercício da atividade contábil interpretado conjuntamente com as demais normativas que dispõem sobre o sigilo e a intimidade no exercício profissional de maneira ampla, com o fim de se garantir uma maior abrangência e efetivação dos referidos direitos, protegendo-se de forma integral o profissional no momento do exercício de sua atividade.¹ Sendo que, com esse objetivo, passa-se a analisar demais espécies normativas que podem compreender a tutela da intimidade e do sigilo, expandido sua aplicação ao profissional da contabilidade.

A Constituição Federal apresenta uma série de dispositivos destinados à proteção da intimidade e do sigilo, conforme se observa com a análise do art. 5º, incisos X e XIV², garantindo, dentre outras medidas, a inviolabilidade da intimidade e o sigilo das fontes no exercício de atividade profissional. Ainda, como o trabalho se propõe a estudar o sigilo e a intimidade do(a) contadora(a) no âmbito do processo penal, deve-se passar a estudar as normativas referentes à esfera do direito material e processual penal, o dever de sigilo profissional e a devida proteção da intimidade do(a) profissional.

Em relação à legislação infraconstitucional penal, se observa que a principal sistemática acerca dos direitos em análise encontra-se inserida no art. 207, do Código de Processo Penal³ e no art. 154 do Código Penal.⁴ Com a análise dos dispositivos, percebe-se que o sigilo profissional

¹ Deve-se indicar que a tutela do sigilo e da intimidade do(a) contador(a) podem ter reflexos em outros direitos e afetar terceiros, porém, destaca-se que o foco e o recorte da presente análise estão no sentido de restringir o estudo aos dois direitos em comento e à figura do profissional de contabilidade no exercício de sua função.

² Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

³ Art. 207 do CPP: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

⁴ Art. 154 do CP: Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

e a intimidade ganham outra perspectiva, uma vez que a sua violação, sem motivo justificante, pode levar, inclusive, à prática delitiva.

Com o exposto, compreende-se que, por mais que o sigilo e a intimidade dos contabilistas não sejam resguardados por uma normativa específica, capaz de definir hipóteses e apresentar causas e medidas de proteção, apresentam-se tutelados de forma ampla e esparsa pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo essas normativas, ao serem correlacionadas, servirem como um norte interpretativo para tutelarem o sigilo e a intimidade dos contadores no momento do desenvolvimento de suas atividades.

4. A INTIMIDADE E O SIGILO PROFISSIONAL COMO DIREITOS PERSONALÍSSIMOS A SEREM TUTELADOS

Como se conclui das análises formuladas até então que, o sigilo profissional e a intimidade dos profissionais de contabilidade encontram-se resguardados pelo ordenamento jurídico interno de forma ampla, sendo que, para o presente estudo, procura-se delimitar qual a correlação dos referidos direitos com os direitos da personalidade e se definir o que os direitos em estudo procuram tutelar.

Para Félix e Ávila, esses direitos assim se apresentam:

Como consequência, estes direitos acabam por ser tão ínsitos ao indivíduo, em razão de sua própria estruturação substancial – em caráter físico, mental e moral –, que chegam a confundir-se com a próprio indivíduo, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, se antepondo como limites das relações do Estado, entre os particulares, e, inclusive, à própria ação do titular, o qual não pode dispô-los por ato de vontade. (FÉLIX; ÁVILA, 2021, 695)

Os direitos da personalidade podem ser compreendidos como aqueles direitos capazes de proteger as esferas mais íntimas do ser humano, resguardando não só aquelas características essenciais da pessoa humana, mas também o livre desenvolvimento da personalidade de cada sujeito, de forma autônoma e consciente, sendo que a tutela desses direitos pode se dar de forma geral ou fracionada em cada ordenamento jurídico. Nesse sentido, dispõe Adriano de Cupis:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, as pessoas não existiriam como tal. São esses os chamados "direitos essenciais", com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da

personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade. (DE CUPIS, 2008, p. 24)

Ainda sobre a forma que são dispostos e protegidos, nota-se que a tutela geral dos direitos de personalidade ocorre quando, por intermédio de uma cláusula geral de proteção inserida na legislação vigente, passa-se a proteger os direitos de personalidade de forma ampla. Já em relação à tutela fracionada ou específica dos direitos da personalidade, se mostra quando, por intermédio de normativas próprias, cada direito de personalidade passa a ser especificado e a ter vida própria no ordenamento.

O ordenamento brasileiro, como já fora possível analisar, possui normativas próprias para tratar dos direitos da personalidade. No entanto, segue-se o proposto por Elimar Szaniawski, de que o sistema de proteção aos direitos de personalidade adotado a partir Constituição Brasileira de 1988, passa a ser caracterizado como misto, visto que, por mais que não exista uma cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade, além dos direitos tipificados de forma fracionada, percebe-se a existência de um sistema geral de proteção à pessoa humana desenhado no texto constitucional a partir da definição da dignidade da pessoa humana como princípio norteador das relações jurídicas. (SZANIAWISKI, 2005, p. 295)

É partindo da fórmula da dignidade da pessoa humana, compreendida como a capacidade de se levar em consideração o valor intrínseco de todos os seres humano, a autonomia de cada indivíduo e os valores comunitários que, passam a serem analisados os direitos da personalidade a partir de então (BARROSO, 2013). Assim, busca-se compreender que, todos aqueles direitos inerentes ao pleno desenvolvimento do ser humano e de sua personalidade, em consonância com a dignidade da pessoa humana, podem ser concebidos como direitos da personalidade e serem, pelo ordenamento, assim tratados. Desta forma, devem-se iniciar as análises sobre os direitos que vem sendo estudados.

Os dois direitos abordados no presente artigo são extremamente correlatos, pois acabam por abordar aspectos relacionados à vida privada dos indivíduos. Para tanto, nota-se que, a proteção da privacidade ou da vida privada foi concebida por Adriano de Cupis em duas dimensões, sendo elas: a do direito ao resguardo e a do direito ao segredo (DE CUPIS, 2008). Enquanto o direito ao resguardo se refere à tutela do próprio agir do sujeito e às características próprias das suas ações, garantindo que as mesmas fiquem restritas somente ao próprio indivíduo; o segredo, visto com uma parte específica do direito de resguardo, é relativo àquelas manifestações personalíssimas que devem estar completamente afastadas do acesso público.

Assim, compreende-se que tanto a intimidade como o sigilo podem ser abordados como direitos específicos, emanados do direito de personalidade referente à privacidade. Como bem disciplina Szaniawski, a doutrina que subdivide o direito à privacidade ou à vida privada, acaba por compreender a intimidade e o direito ao segredo como expressões distintas da privacidade, indicando, inclusive, que podem ocorrer violações específicas em relação à cada uma das espécies jurídicas em questão. Para essa corrente, a intimidade se refere ao direito da pessoa se proteger dos demais, mostrando ao mundo exterior somente o que lhe pareça oportuno, enquanto que o segredo se refere ao direito de não divulgação de fatos da vida de uma pessoa obtidos, em regra, de forma ilegal (SZANIAWSKI, 2005, p. 300).

Tanto a intimidade como o segredo podem ter inúmeras acepções, pois são direitos que capazes de serem abordados a partir de delimitações que advêm de situações concretas, como é o caso da intimidade e do segredo em ambientes e no desenvolvimento de atividades profissionais, sendo que são para esses direitos que o presente artigo volta os olhos.

Em relação ao segredo, nota-se que de Cupis, mostra-se totalmente possível o direito ao sigilo atingir posições que não são meramente pessoais, mas também patrimoniais. Assim, no caso dos contabilistas, nota-se que os dados patrimoniais que lhe são confiados no exercício da profissão devem ser resguardados pelo sigilo tanto quanto qualquer outra informação. Nesse sentido, se observa:

Faz parte do segredo profissional tudo aquilo que tem caráter pessoal. Mas também as entidades patrimoniais podem ser compreendidas no segredo profissional. Assim, as notícias reservadas acerca da fortuna, confiadas a um profissional, não devem, por este, ser reveladas a pessoa alguma (DE CUPIS, 2008, p. 171).

Em relação à intimidade, nota-se que, não importa em qual esfera da vida do sujeito, pessoal ou profissional, em que ele compreenda que possa vir a existir uma contribuição ou um atributo seu que não merece ser levado a público, deve-se manter-se ser respeitada a sua vontade e resguardada sua intimidade. Assim, observa-se o exposto por de Cupis:

Além disto, a pessoa tem direito a conservar a discrição mesmo em torno dos acontecimentos e do desenvolvimento de sua vida. Experiências, lutas, paixões pessoais, estão-lhe intimamente ligadas, não podendo, por isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público. Aquele que deixou uma parte de si mesmo em certos acontecimentos, é naturalmente levado a considerá-los incluídos na sua esfera de reserva pessoal, e a não tolerar indiscrições alheias (DE CUPIS, 2008, p. 156).

Os direitos da personalidade, desta forma, também compreendem as relações profissionais dos sujeitos, pois, não poderia ser diferente, uma vez que o trabalho é uma grande

ferramenta de desenvolvimento individual e coletiva e a pessoa humana possui grande capacidade de desenvolver sua personalidade no ambiente laboral. Desta forma, a intimidade e o sigilo em ambiente profissional continuam sendo direitos personalíssimos do contador(a) e, qualquer possibilidade de colocá-los em risco deve ser impedida.

Assim, se observa que atividades dos profissionais de contabilidade, à luz dos direitos da personalidade positivados na Constituição Federal e na legislação extravagante, e em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, compreendido como uma cláusula geral de tutela dos direitos personalíssimos, devem ser resguardadas, visando a efetivação dos direitos relativos à vida privada dos profissionais, especificamente no que diz respeito à intimidade e o sigilo profissional no desempenho de suas funções.

6. CONCLUSÃO

O fenômeno da pescaria probatória, também conhecido como *fishing expedition*, vem ganhando espaço nas discussões jurídicas atuais, consistindo em excessos praticados durante investigações criminais com o fim de se buscar provas que ultrapassam os limites da investigação ou das determinações judiciais.

Buscou-se analisar que, uma das formas de se praticar a pescaria probatória pode ser por intermédio de mandados de busca e apreensão genéricos, que não especificam e tampouco delimitam os limites da investigação.

Nota-se que, estudada no presente artigo à luz dos direitos personalíssimos à intimidade e a vida privada, a prática da pescaria probatória, especificamente quando realizada por intermédio de mandados de busca e apreensão genérica, apresenta-se como um instrumento capaz de violar direitos personalíssimos da pessoa humana, especificamente, como ficara delimitado, do contador no exercício de sua profissão.

Em inúmeros processos ou inquéritos criminais os profissionais de contabilidade podem ser foco de investigação, no entanto, percebeu-se com a presente pesquisa que, mesmo com uma aparente omissão legislativa, encontra-se o(a) contador(a), no exercício de suas atividades, protegidos pelo manto da privacidade, especificamente no que diz respeito à intimidade e ao sigilo profissional.

Assim, conclui-se que, a pescaria probatória realizada por intermédio de mandados genéricos de busca e apreensão, pode se demonstrar como um instrumento capaz de violar os

direitos personalíssimos dos profissionais de contabilidade, especialmente em razão dos direitos personalíssimos relacionados à intimidade e ao sigilo profissional.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmico. /n: MOURA, Maria Tereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração premiada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Lei 12.249, de 11 de junho de 2010. Altera a lei 9.295/46 e dá outras providências. Disponível em: <https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/lei_12249.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- BRASIL. Lei 9.925 de 27 de maio de 1946. Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9295.htm> Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Norma Brasileira de Contabilidade, de 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=374819>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Resolução 803, de 10 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina do Contador. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95805>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- CALAMANDREI, Pierro. O processo como jogo. /n: CALAMANDREI, Pierro. Instituições de direito processual civil. v. 3. 2. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 227.
- CORDEIRO, Franco. Procedimiento penal. t. 2. Bogotá: Temis, 2000, p. 54.
- DAMASKA, Mirjan. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process. Yale: 1986.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008 .
- DE OLIVEIRA, Edson Roberto Baptista; SECO DE ALVAREGNA, Fernando Henrique. Prova penal e sigilo profissional: análise comparativa e casuística de algumas profissões. Revista da Defensoria Pública da União, v. 1, n. 08, 7 dez. 2018.
- FÉLIX, Diogo; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Crítica à teoria geral dos direitos da personalidade: uma reflexão a partir do positivismo jurídico e do estado de exceção. Revista Jurídica Luso-Brasileira. n. 5, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia*. t. 2. Bogotá: Temis, 2011

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal: conferências realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

INOCENTE, Luiz Antonio. A delação premiada como um cavalo de Tróia do plea bargaining: uma sumária análise dos riscos inerentes às traduções jurídicas. *Boletim IBCCrim*, ano 28, n. 329, pp. 21-24, abril/2021.

LANGBEIN, John Harriss. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford studies in modern legal history, 2003.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese de americanização do processo penal. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul-dez, pp. 19-115, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SCHÜNERMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de derecho penal: parte general. t. 1. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 1981.

