

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CAMPUS GOVERNADOR VALADARES
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Maria Isabel de Farias Pessoa

**Processo penal contemporâneo e a quebra do sigilo de dados telemáticos: ausência de
critérios protetivos e (in) existência de pescaria probatória**

2025
Governador Valadares

Maria Isabel de Farias Pessoa

Processo penal contemporâneo e a quebra do sigilo de dados telemáticos: ausência de critérios protetivos e (in) existência de pescaria probatória

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - *Campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Nascimento Duarte.

2025

Governador Valadares

Maria Isabel de Farias Pessoa

Processo penal contemporâneo e a quebra do sigilo de dados telemáticos: ausência de critérios protetivos e (in) existência de pescaria probatória

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - *Campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Orientador: Prof. Dr. Daniel Nascimento Duarte.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Daniel Nascimento Duarte.
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Prof. Dr. João Guilherme Leal Roorda
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Prof. Dr. Renato Santos Gonçalves
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

“Estai, pois, firmes, cingindo-vos com a verdade e vestindo-vos da couraça da justiça.” Ef 6:14

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a conjuntura do reconhecimento ou não das chamadas pescarias probatórias nas quebras de sigilo dos dados telemáticos via Jurisprudência do STJ . Parte-se do reconhecimento e afirmação do processo penal acusatório enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, bem como da defesa dos dados pessoais como extensão da personalidade humana e, portanto, merecedores da mesma proteção conferida à intimidade e à vida privada em suas outras facetas. Sob essa perspectiva, realizada a pesquisa jurisprudencial do STJ, busca-se evidenciar os impactos da ausência de uma legislação específica e a declaração (ou não) das chamadas "fishing expedition" frente aos questionamentos da defesa. Percebe-se, por fim, que há uma convalidação das práticas - abusivas - de pescaria probatória devido a mera existência de decisão judicial prévia à quebra do sigilo. Ademais, fica claro que ao invés de cumprir com seu papel garantidor, às Cortes Superiores têm contribuído para a legitimação dessas práticas de devassa da intimidade sem qualquer critério objetivo, e em busca de uma celeridade que visa o desejo de punir acima do devido processo. Diante disso, reforça-se a urgência de critérios claros e rigorosos para a admissibilidade dos dados telemáticos como meio de prova, de forma a se obter maiores meios de preservação dos pilares do modelo acusatório e do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo penal acusatório. Quebra do sigilo de dados telemáticos. Pescaria Probatória. *Fishing expedition*. Intimidade e Vida Privada. Jurisprudência STJ.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. PROCESSO PENAL E - NOVAS - GARANTIAS FUNDAMENTAIS: PROTEÇÃO EM UMA ERA TECNOLÓGICA?.....	8
1.1. Devido processo penal e Estado Democrático de Direito: o processo penal na era digital.....	8
1.2. Direitos e garantias fundamentais, processo penal e proteção de dados.....	10
2. A AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DA ESFERA PRIVADA DIGITAL DO INDIVÍDUO E A PESCARIA PROBATÓRIA.....	14
2.1. Conceito de dados telemáticos.....	14
2.2. Os requisitos legitimadores da busca e a omissão legislativa quanto à sua ausência de delimitações nos dados telemáticos.....	16
2.3. Sigilo dos dados telemáticos e a(s) prática(s) de pescaria probatória.....	20
3. JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR E A DEVASSA DA PRIVACIDADE DE DADOS: A CONVALIDAÇÃO DAS PESCARIAS PROBATÓRIAS.....	23
3.1. Jurisprudência do STJ.....	23
3.2. Jurisprudência do STF: obstáculos ao reconhecimento da pescaria probatória na preservação do sigilo de dados telemáticos.....	26
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	31

INTRODUÇÃO

A sociedade nas últimas décadas radicalmente se infundiu no meio digital, o que tornou os indivíduos cada vez mais dependentes e interligados aos meios tecnológicos. Estes, ante a própria capacidade de armazenamento e caráter facilitador da vida humana, passou a resguardar informações íntimas, pessoais e até incriminadoras dos seus usuários, o que, em última instância, ganhou uma característica extensionista da própria personalidade do sujeito de modo que deve receber igual amparo e proteção judicial contra as investidas autoritárias do Estado.

Em contrapartida, a legislação não possui capacidade adaptativa equivalente às mudanças sociais e tecnológicas, de modo específico, a norma processual penal não abarca as novas formas e possibilidades que o Estado possui para infringir na vida particular e os novos modos pelos quais essa se manifesta, o que torna as previsões regulamentares genéricas e manipuláveis pelo julgador que passa a atuar para suprir as lacunas legais e acaba por atingir direitos da personalidade ante a ausência de empecilhos para sua discricionariedade.

Assim, este artigo tem como objetivo analisar, através de metodologia de análise jurisprudencial e técnica de revisão bibliográfica, o modo que a ausência de regulação normativa específica sobre as quebras de sigilo dos dados telemáticos permite a maculação das garantias constitucionais do indivíduo e o próprio processo penal.

No primeiro capítulo é explanado os conceitos tradicionais e modernos da área processual penal frente a uma era digital ainda muito desconhecida que tem se adentrado aos procedimentos judiciais.

No segundo capítulo, se define semanticamente os termos próprios de uma era informatizada, bem como uma análise sobre a legislação vigente - e sua vacância - que não consegue acompanhar as inovações tecnológicas na sociedade frente às novas formas e possibilidades dos institutos de busca e produção probatória e como esse descompasso tem permitido arbitrariedades.

No terceiro capítulo, sob uma análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do recente Tema 977 do Supremo Tribunal Federal, é questionada a aplicabilidade e reconhecimento da pescaria probatória nas quebras de sigilo de dados telemáticos, bem como os parâmetros utilizados e o resguardo dos direitos individuais.

Ao final, é apresentada a conclusão sobre como a ausência de previsão normativa específica, bem como a inobservância dos princípios constitucionais, tem permitido que a

jurisprudência pátria normalize, convalide e tematize práticas de *fishing expedition* nas quebras de sigilo de dados telemáticos.

1. PROCESSO PENAL E - NOVAS - GARANTIAS FUNDAMENTAIS: PROTEÇÃO EM UMA ERA TECNOLÓGICA?

1.1. Devido processo penal e Estado Democrático de Direito: o processo penal na era digital

Toda a análise a ser feita neste trabalho possui como premissa o reconhecimento e dever de obediência do Processo Penal ao Sistema Acusatório, conforme determinado pela Constituição Federal Cidadã e previsto no Art 3-A do CPP¹. Por consequência, a observância e eficácia do Estado Democrático de Direito² por exsurgir deste³ apesar do julgamento do STF nas ADIns nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305⁴ onde há a criação de uma figura *sui generis* do processo penal acusatório brasileiro ao legitimar a produção probatória pelo juiz.

Entende-se por Devido Processo Penal, com fulcro à Constituição e ao Princípio Acusatório, a estrutura de um sistema que separa em pessoas e funções a acusação e a defesa, estas com iguais condições e tratamento. O julgamento proferido por um juiz imparcial, alheio a produção probatória e distantes das partes. Respalda pelo contraditório e possibilidade de resistência (defesa) e direito de insurgência das decisões em duplo grau de jurisdição. Bem como, enxerga o réu como um sujeito de direitos, com todas as garantias constitucionais a si asseguradas, como a presunção de inocência, direito ao silêncio, integridade física, entre outras. Ressalta-se que neste Sistema, não prevalece a busca pela verdade real a todo e qualquer custo, e sim a busca pela verdade mediante as provas legalmente produzidas no procedimento sob o crivo do contraditório e ampla defesa.⁵

¹ Art. 3º-A. 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.

² “noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal.” PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal - 19. ED. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p 32.

³ JR., Aury L. Fundamentos do Processo Penal - 10ª Edição 2024. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.5.

⁴“O Tribunal, nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: 1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; (...).” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasil. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 24/08/2023.

⁵ JR., Aury L. Fundamentos do Processo Penal - 10ª Edição 2024. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.14.

É importante ressaltar que é apenas dessa forma, pela observância rigorosa do Processo Democrático⁶, que é assegurada a concretização do Estado Democrático de Direito, com garantia do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos frente ao poder punitivo estatal. Assim, preserva-se a supremacia da Constituição e a força normativa de seus preceitos vinculantes, com impedimento de que a exceção se torne regra e direitos fundamentais sejam relativizados sob o pretexto da persecução penal.

Sem as premissas do devido processo, o Estado perde legitimidade para exercer sua função punitiva. Sem Estado Democrático de Direito, não há garantias nem liberdade. Como corrobora Lopes Jr., o desafio da Persecução Penal é punir dentro das ‘regras do jogo’⁷.

Entretanto, esta concepção basilar do procedimento penal tem sido preterida em um cenário de rápida mudança tecnológica social e por conseguinte no procedimento judicial, devido ao autoritarismo ainda permeado na conjectura atual. Assim, na mesma proporcionalidade que as relações se complexificam e ganham outras formas, o processo e as provas correm para o mesmo sentido, o que faz com que a morosidade legislativa e resquícios autoritários criem uma problemática a cada dia e dê azo as abusividades.

Este avanço tecnológico incontrolável salta aos olhos quando a legislação penal, enraizada no princípio da legalidade, não consegue andar lado a lado e, paralelamente, se tem uma prática jurídica de agentes forjados por uma sistemática ultrapassada e viciados nos mesmos problemas das investigações, como a concentração de poderes e ânsia desenfreada para investigar de maneira direcionada e punir.

Deste modo, mediante a crescente e indiscriminada inserção das tecnologia no Processo Penal e nas investigações criminais, torna-se necessário a reafirmação dos pilares de um Estado Democrático de Direito, e por conseguinte, do devido Processo Penal Acusatório como forma de garantir legalidade e legitimidade dos atos, sem macular direitos humanos e os avanços já obtidos na esfera processual e social mas, também, sem frear as inovações tecnológicas no procedimento.

Nesse contexto, haja vista as falsas facilidades das tecnologias e mídias, o Processo Penal não pode (voltar) a se submeter a uma lógica de busca pela verdade real. Os princípios fundamentais e balizas do Sistema Acusatório exigem que a atuação estatal, mesmo quando debruçada sobre a repressão criminal, observe estritamente os limites impostos pela legalidade, proporcionalidade e necessidade.

⁶ “tendo por fundo o cenário de respeito aos direitos e garantias humanas fundamentais.”. NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal - 17ª Edição 2020. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 85

⁷ JR., Aury L. Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p.1. ISBN 9788553625673. p. 1

Logo, reforçar o modelo acusatório no cenário digital é uma necessidade prática diante do potencial de abusos proporcionado pelo manejo das novas tecnologias, bem como da ausência de previsão legal específica. A preservação das garantias do réu, a regularidade do procedimento e o controle efetivo da produção probatória constituem barreiras indispensáveis contra um retrocesso autoritário que a modernidade, paradoxalmente, pode facilitar.

1.2. Direitos e garantias fundamentais, processo penal e proteção de dados

Na atual conjuntura democrática e novas formas de sociabilidade, a proteção aos dados é um desdobramento inevitável ante a garantia da inviolabilidade da dignidade humana e das suas decorrências da privacidade.

Com a garantia ao indivíduo de uma vida digna e o resguardo de suas particularidades, como disposto no próprio artigo 5º da Constituição da República, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece um compromisso permanente e obrigatório para com a proteção da pessoa humana. Este, porém, não é estático e taxativo para com as hipóteses previstas na norma da Carta Magna, pois mediante as mudanças sociais, impõe-se a necessidade de reinterpretação normativa para adequado enquadramento de novos fatos.⁸

Assim, ante a evidência de que a proteção da privacidade não incide apenas para o domicílio, ao corpo físico-humano (concepções tradicionais de intimidade) e as comunicações em trâmite. Nesse sentido, em 2022, através da Emenda Constitucional n.º 115/2022, foi inserido no rol de direitos fundamentais, art. 5º, em seu inciso LXXIX,⁹ a proteção de dados pessoais, inclusive os digitais, em manifesto reconhecimento da relevância identitária dos elementos imateriais e digitais pois integram a esfera pessoal/privativa e merecem igual tutela jurídica.

Em um contexto capitalista, a propriedade (direito também assegurado - art 5º. XXII e XXIII, CR) torna-se uma extensão do indivíduo e forma de manifestação e expressão de sua personalidade. De igual modo, devem ser respeitadas e resguardadas todas as produções e

⁸ “Com o avanço da tecnologia, a proteção da privacidade exige novos contornos, distintos daqueles que eram assegurados pela simples inviolabilidade do domicílio.”. BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. p. 53

⁹ 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: LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

decorrências que surgem mediante o emaranhado das relações sociais complexas atuais, mesmo que não expressamente previstas no texto da norma.

Nesta afirmativa, surgem os dados produzidos na interação, e suas formas, entre indivíduo-indivíduo e em uma máquina armazenada, bem como da interação indivíduo-máquina e nesta armazenada.

Russel W. Belk, em seu artigo “Possessions and the Extended Self”¹⁰ define que o ser, pessoa, é apresentado tanto pelo ‘eu’ como pelo ‘estendido’. Ou seja, além do que é humana e fisicamente intrínseco ao ser, como corpo, ideias e gestos, tudo o que temos, possuímos e entendemos como nosso se integra a nossa personalidade e identidade, ao ‘self expandido’ e, conseqüentemente, ao próprio indivíduo.

Esta concepção, compreende e abrange o contexto capitalista em que vivemos mas também abarca as nuances das coisas materiais - não humanas - e a relação dos indivíduos com estas. De forma engenhosa percebe que muito além de meros objetos tangíveis ou não, infungíveis ou não, eles passaram a compreender a personalidade das pessoas, as relações de apego, identidade e simbolismo. Em decorrência disto, em última instância, urge a incidência da mesma proteção constitucional e processual contra os abusos externos, do Estado ou de terceiros, a tudo que pertence e manifesta o indivíduo.

Tal afirmativa já é percebida no direito, especialmente material penal, ao tratar destes direitos como bens jurídicos, a exemplo dos crimes contra a propriedade privada imaterial e supressão de documentos.

Porém, o resguardo penal contra os dados frente às investidas estatais, mesmo diante da clara transposição da liberdade individual e privacidade, não ocorre do mesmo modo e carece de normas específicas e tratamento jurisprudencial igualitário.

Nesse cenário, em que o avanço tecnológico desafia os contornos tradicionais da legislação insuficiente, torna-se fundamental compreender o papel dos princípios frente à atividade estatal no processo penal.

Princípios, na concepção de Alexy são definidos como “mandamentos de otimização”¹¹, “comandos *prima facie*”¹², o que inclui permissões e proibições, e exigem

¹⁰ BELK, Russell W. Possessions and the extended self. *Journal of Consumer Research*, v. 15, n. 2, p. 139–168, set. 1988. Disponível em: *The Science of Ownership* - <https://thescienceofownership.org/wp-content/uploads/2014/10/possessions-and-the-extended-self.pdf> . Acesso em: 22 jul. 2025.

¹¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

¹² ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni G.; SALIBA, Aziz T. Coleção Fora de Série - Princípios Formais - 2ª Edição 2018. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. p.24.

“que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”¹³.

Ou seja, são um conjunto normativo que funcionam como preceitos impositivos na interpretação e aplicação das normas com vistas a proteger o indivíduo (investigado ou acusado) frente às arbitrariedades e, apenas assim, legitimar a atuação estatal, de modo que a ofensa a um desses princípios retira qualquer legitimidade e eficácia do ato ou elemento, o tornando incabível no processo penal.

No contexto constitucional brasileiro, o processo penal deve observar, de forma rigorosa, o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações, e o direito fundamental à privacidade manifestado pelo direito à intimidade e à vida privada.

Princípio da Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações, encontra-se tutelado no art. 5º, inciso XII da CR e garante a inviolabilidade das correspondências e das comunicações telegráficas, bem como de dados e telefônicas. Cumpre mencionar que tais diferenciações serão realizadas no próximo capítulo, neste, cumpre trazer à memória os predicados deste axioma.

Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada são consagrados no inciso X do art. 5º da CR, e, apesar de possuírem grande similitude, apresentam singulares diferenças. Em “Comentários à Constituição do Brasil” são diferenciados como: direito à vida privada enquanto “(...) compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade, (...)”¹⁴ relacionado às opções de convivência¹⁵; já o direito à intimidade “se apresenta como direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado (...) a partir de suas múltiplas ligações com princípios e regras constitucionais”, são os dados íntimos (expressões de auto estima e pudor) que moldam a personalidade do agente¹⁶, primeira manifestação da privacidade, e dentro destas estão o sigilo das comunicações, dos dados, autodeterminação informativa, inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, entre outros.¹⁷

¹³ ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni G.; SALIBA, Aziz T. Coleção Fora de Série - Princípios Formais - 2ª Edição 2018. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. p.24.

¹⁴ CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, INGO W.; STRECK, Lenio L. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p 276

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993, p. 439-459. p. 449

¹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993, p. 439-459. p. 448

¹⁷ CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, INGO W.; STRECK, Lenio L. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 281 e 282

Canotilho ressalta que estes princípios nada mais são que o ‘Direito a Liberdade’, deste, acrescenta, que diversos princípios constitucionais são manifestados enquanto mera decorrência, a exemplo do sigilo das comunicações, inviolabilidade domiciliar, inadmissibilidade de provas ilícitas, entre outros¹⁸. E arremata de forma ilustre:

“Afirmar que o ser humano é livre exige, não como seu pressuposto, mas como consectário, reconhecer seu domínio ou controle sobre os *inputs* e *outputs* de informação. Esse sentido natural de liberdade se traduz, no mundo jurídico, na liberdade “informativa”, próxima ao que o Tribunal Constitucional Federal alemão chamou de *Informationelle Selbstbestimmung*, ou autodeterminação em matéria de informação, que conjuga o aspecto negativo de não impedimento ao positivo, de controle. Em seu conteúdo está o controle de informações emitidas e recebidas, juridicamente relevantes, (...)”¹⁹

Deste modo, se percebe que ao sujeito é garantido o controle e a liberdade de determinar e controlar as informações que lhe dizem respeito, interessam ou envolvem, logo, “excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente”²⁰. Fica claro, então, que a violação deste princípio acontece quando inobservados os “mecanismos para a flexibilização dos direitos e garantias que a Constituição assegura no processo penal”²¹ e afetam, em *prima face*, a intimidade da pessoa e sua liberdade informacional, por conseguinte, a sua restrição e legitimidade carece de necessidades fáticas e excepcionais.

Porém, há uma insuficiência de balizas normativas no tocante aos dados pessoais²² que ficam ainda mais evidentes quando se observa a forma com que o sistema jurídico nacional trata os dados telemáticos, o que demonstra uma fragilidade protetiva do processo penal contemporâneo — tema explorado nos capítulos seguintes.

2. A AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DA ESFERA PRIVADA DIGITAL DO INDIVÍDUO E A PESCARIA PROBATÓRIA

2.1. Conceito de dados telemáticos.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book. p.293 e 294.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. E-book. p.293 e 294.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993, p. 439-459. p. 439

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 94

²² SAAD GIMENES, Marta C.; ROSSI, Helena C.; PARTATA, Pedro H. A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, e1071, set.-dez. 2024. DOI: 10.22197/rbdpp.v10i3.1071. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/s94cLkSsHMDKmg5kf4YCKHk/>. p. 9

Com o avançar da modernidade e das formas de comunicação e informação presente na vida da sociedade, o processo penal contemporâneo passou a lidar com uma nova gama de elementos probatórios oriundos do ambiente digital, bem como de novas formas de se proceder à busca por provas. A obtenção e utilização destas ainda é pouca tratada legalmente haja vista seu caráter inovador, o que faz surgir a necessidade de uma análise jurídica e um arcabouço jurisprudencial acurado sob a perspectiva da constitucionalidade, legalidade e proporcionalidade de modo que não haja maculação do devido processo, e ofensa aos direitos fundamentais ante o conflito oriundo das novas técnicas e formas de investigação..²³

No presente trabalho cumpre destacar especialmente os dados telemáticos, mas cumpre diferenciá-lo, inicialmente, dos telefônicos e da interceptação telefônica.

A interceptação telefônica, regulamentada pela Lei 9.296/96, capta a comunicação em curso entre dois indivíduos. Essa cautelar processual incide sobre qualquer comunicação, como se compreende a partir do caput do art. 1^o²⁴ da mencionada norma, e é realizada independente de sua natureza, quer informática ou telemática, como denotado pelo parágrafo único do referido artigo.

Diferentemente do meio de busca acima, o meio de prova que visa violar o segredo do conteúdo já armazenado é a quebra do sigilo de dados.

Para a definição do conceito de dados, enquanto gênero, busca-se ressaltar a definição trazida na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, em que pese este não ser imediatamente aplicável no Brasil (RGPD). A mencionada norma brasileira, em seu artigo 5^o, inciso I, define dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;” e acrescenta no inciso II que caso este dado detenha conteúdo relacionado a origem racial, convicções políticas, religiosas, filosóficas, biológicas e etc, ganham o caráter de sensibilidade;²⁵ ao fim são sempre relacionados à pessoa física natural, e abarca inclusive histórico de compras.²⁶ Já

²³ MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Acesso aos celulares dos presos pelos policiais: da licitude a ilicitude. Revista conteúdo jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-02/tribuna-defensoria-acesso-aos-celularespresos-pelos-policiais-licitude-ilicitude>. Acesso em: 18/07/2025.

²⁴ Art. 1^o A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

²⁵ Art. 5^o, LGPD. Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

²⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 - LGPD. Editora Saraiva, 2020, p. 19.

a mencionada norma estrangeira, expõe que dado é toda informação relacionada a alguém e cabível de identificação, em tradução livre.²⁷

Por Dados Telefônicos, entende-se a referência às informações relacionadas às ligações efetuadas e recebidas, como número de origem e destino, data, horário, duração da chamada e localização da antena que captou o sinal, sem, contudo, abranger o conteúdo das comunicações.

Já os Dados Telemáticos, temática central deste trabalho, compreendem as informações associadas à navegação na internet, como registros de acesso, troca de mensagens por e-mail ou aplicativos, imagens, mídias no geral e incluem, especialmente, o conteúdo das comunicações digitais pretéritas, não em fluxo. Em que pese caráter intrusivo e revelador da vida privada do indivíduo, sua obtenção está condicionada à mera autorização judicial sem parâmetros, pois o art.5, inciso LXXIX, da CF, prediz pela reserva legal, normatização esta inexistente; o art. 7º, inciso III da Lei 12.965/2014²⁸ (Marco Civil da Internet) e o art. 3º, da Lei n. 9.472/97²⁹ excetua o sigilo das comunicações de dados, salvo por ordem judicial ou condições previstas legalmente apesar que na LGPD há norma expressa quanto a sua inaplicabilidade à persecução penal no art. 4, inciso III, alínea ‘d’.

Ao fim, se denota que mediante a natureza distinta dos meios de provas obtidos através das quebras de sigilo (e privacidade) há uma demanda por tratamento normativo específico e condizente ao seu potencial invasivo e ofensivo à privacidade. A ausência de legislação que estipule critérios rigorosos e detalhados para sua obtenção é desproporcional e coloca em risco o equilíbrio entre a obtenção de resultados da investigação e a preservação dos direitos fundamentais.

2.2. Os requisitos legitimadores da busca e a omissão legislativa quanto à sua ausência de delimitações nos dados telemáticos

²⁷“For the purposes of this Regulation: 1 ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’);” Tradução livre: Para efeitos do presente regulamento: 1 «dados pessoais» significa qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»). UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – GDPR). Disponível em: <https://gdpr.eu/article-4-definitions/>. Acesso em: 22 jul. 2025.

²⁸ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

²⁹ Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

Importante frisar que a distinção entre os tipos de dados e a forma de sua obtenção tem implicações diretas na validade da prova digital no processo penal. O acesso indevido, sem observância dos limites disposto nos arts. 2º e 3º da Lei 9.296/96³⁰ acarreta em imediata nulidade na prova obtida pela Interceptação Telefônica, a título de exemplo. Por outro lado, a mera existência de decisão judicial, em que pese seu caráter genérico, sem qualquer análise de proporcionalidade estrita, requisitos de fundamentação concreta e exigência de viés limitador da busca por dados telemáticos, quanto a datas não acarreta no mesmo efeito jurídico e material haja vista a única exigência de reserva de jurisdição.

O que se observa, ainda, é um descompasso entre as cautelares que acarretam na busca por prova física e digital. Ou seja, não há uma compatibilização necessária entre a efetividade da persecução penal na esfera tecnológica e a salvaguarda dos direitos fundamentais do investigado ou acusado que se estendam aos seus dados, especialmente os presentes em dispositivos móveis.

A título de comparação, o art. 243 do CPP³¹, junto ao art. 315 do mesmo diploma, exigem a devida fundamentação e parâmetros na decisão que defere ordem de busca e apreensão, bem como o conteúdo do mandado. Junto a isto, a jurisprudência pátria já está consolidada no reconhecimento de que decisões e mandados genéricos, esquadrinhamento infundado em domicílio por busca e apreensão e, também, busca pessoal infundada acarreta na nulidade do ato, com a posterior declaração da ilicitude da prova mediante a ofensa aos direitos fundamentais e a norma processual, respectivamente, vejamos:

³⁰ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: 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. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

³¹ Art. 243. O mandado de busca deverá:

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

II – mencionar o motivo e os fins da diligência;

III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

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

Entendimento pela ilicitude da prova obtida de busca e apreensão sem delimitação do objeto configura pescaria probatória: **“5. A busca e apreensão genérica, sem delimitação específica, caracteriza fishing expedition, violando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. 6. As provas obtidas de forma ilícita devem ser desentranhadas dos autos, conforme o artigo 157 do Código de Processo Penal, para garantir a higidez do processo penal.”** (AgRg no RHC n. 195.496/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, relator para acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 8/4/2025, DJEN de 24/4/2025.) [sem grifos no original]

Caracterização da fishing expedition em busca domiciliar com desvio de finalidade: **“6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. (...) 7. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. (...) (HC n. 663.055/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022.)** [sem grifos no original]

Reconhecimento da pescaria probatória em busca pessoal ante a ausência de fundada suspeita:

“2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. (...) 5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. (...) (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.) [sem grifos no original]

Por outro lado, as decisões que decretam a quebra de sigilo de dados estáticos não possuem expresso o dever de observar, sequer, a (in)existência de outros meios, ou a própria abrangência, apesar de seu alto potencial lesivo ao proprietário e terceiros. Veremos no próximo capítulo como a jurisprudência do STJ e do STF tem considerado válida a quebra do sigilo de dados desde que haja indícios de autoria e, de forma dispensável, delimitação temporal.

Nesse contexto, é imprescindível reafirmar que a quebra do sigilo de dados digitais possui natureza cautelar, e, como tal, exige a demonstração concreta da imprescindibilidade da medida, bem como a observância dos pressupostos legais da necessidade e da proporcionalidade entre a gravidade do fato apurado e o direito fundamental a ser limitado.

Essa análise deve ir além da simples presença do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, mas de conformar estritamente com os requisitos previstos no art. 282, I e II, do CPP³². Sem isso, a medida excepcional torna-se instrumento de maculação dos direitos fundamentais pois “Não havendo o limite da lei, o juiz pode, quando e por aquilo que bem entender, decretar essas medidas.”³³

Além dessa demonstração, urge o detalhamento nas decisões de modo que haja limitação objetiva que deve ser obedecida e seja capaz de proteger a vida privada frente às investidas das autoridades públicas³⁴ pois a reserva de jurisdição visa evitar a discricionariedade do agente policial³⁵. Frisa-se que a especificidade deve ser anterior pois acarreta na restrição de direitos, além de por meio dessa, observar-se a existência de justa causa, especialidade da prova e assim o seu desvio, caso ocorra, bem como as sanções cabíveis e desentranhamento do material dos autos.³⁶

Ou seja, o acesso ao universo que a tecnologia móvel e a insuscetibilidade de separação da vida privada, urge autorizações jurídicas distintas - e devidamente fundamentadas - para acesso a cada área/aplicativo/mídia dos dispositivos, bem como devem incluir em sua argumentação que confere a medida “(i) os vestígios digitais de um determinado crime encontram-se, de fato, em um sistema informático e (ii) que esses vestígios serão úteis e necessários para os fins da investigação.”³⁷

Deste modo, se observa, na prática jurídica, uma distinção e sopesamento entre as esferas da vida privada - física ou digital, sem que tal diferenciação encontre respaldo

³² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

³³ BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. p. 58

³⁴ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; FELIX, Yuri . Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 197. ano 31. p. 215-247. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.504] p. 224.

³⁵ BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. p. 58

³⁶ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; FELIX, Yuri . Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 197. ano 31. p. 215-247. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.504] p. 224.

³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 156, p. 353–393, jun. 2019.

normativo e fático, especialmente com a simetria de proteção aos direitos de vida privada/privacidade e pela alta interligação e dependência dos meios tecnológicos.

Mediante a isto, ressalta-se a coerente e oportuna ressalva realizada no artigo “*A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma análise constitucional*”, no qual os autores destacam que um dispositivo móvel pode conter mais informações sensíveis sobre o indivíduo do que o próprio domicílio.³⁸ E, ainda, importa frisar o lembrete da capacidade dos dispositivos de hoje arguida por Gustavo Badaró quando diz:

“Diante da diversidade de funcionalidades e da enorme capacidade de armazenamento de dados, a invasão do aparelho de telefone celular (...) é muito mais gravosa. Um aparelho de telefone celular hoje tem muito mais informações e dados pessoais armazenados do que se constava antigamente, nós diários íntimos, escritos em papel, no qual cada pessoa anotava lá os acontecimentos especiais de sua vida. Um smartphone, se apreendido e examinado o seu conteúdo, permitirá que se faça uma reconstrução detalhadíssima de quase tudo que aconteceu no dia a dia de seu usuário.”³⁹

É imprescindível, portanto, uma reinterpretação das normas processuais penais à luz da proteção integral da esfera privada digital, sob pena de permitir que a tecnologia se transforme em atalho para a violação de garantias individuais. Para além de uma equiparação das cautelares digitais às tradicionais, deve ocorrer maior regramento em forma e substância daquelas ante o maior grau de invasividade na esfera privada⁴⁰, assegurando-se que qualquer intrusão nos dados pessoais seja precedida de motivação concreta, estritamente necessária e delimitada, sob o crivo da legalidade estrita e da jurisdição.

Essa fragilidade normativa e jurisprudencial, como veremos, marcada pela ausência de critérios rigorosos e delimitadores para a quebra de sigilo de dados telemáticos, claramente ilícitos, mas travestidos de legalidade, tem dado margem para que as provas alcançadas por meio desses procedimentos abusivos, continuem no procedimento e sejam valoradas bem como utilizadas como notícia crime.

³⁸ SAAD GIMENES, Marta C.; ROSSI, Helena C.; PARTATA, Pedro H. A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, e1071, set.–dez. 2024. p. 19

³⁹ BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. p. 61 e 62

⁴⁰ SAAD GIMENES, Marta C.; ROSSI, Helena C.; PARTATA, Pedro H. A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, e1071, set.–dez. 2024. p. 19

2.3. Sigilo dos dados telemáticos e a(s) prática(s) de pescaria probatória.

Em que pese o parecer Constitucional para com a excepcionalidade da quebra do sigilo de uma faceta da vida privada (os dados telemáticos), vale ressaltar que apresenta um tratamento inconsistente, quiçá, superficial, o que torna terreno fértil para as buscas indiscriminadas por elementos probatórios.

Fishing Expedition, também chamada de ‘pescaria probatória’, são as práticas especulativas, generalistas e de esquadramento com vistas a descobrir algum elemento probatório incriminador do sujeito. Não à toa, Moraes da Rosa comparou *fishing expedition* como uma rede de pesca, “investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação”⁴¹ e, ante a clara desvinculação causal da cautelar probatória realizada pelo agente policial à uma decisão proferida de forma fundamentada o elemento encontrado se torna ilícito desde a sua descoberta.

A análise a ser realizada a partir da quebra de sigilos dos dados telemáticos, não pode se esquivar do Princípio da Especialidade da Prova. De acordo com Lopes Jr.,⁴² a excepcionalidade da exceção de infringência de um direito fundamental faz com que haja uma vinculação consequencial de todo essa medida probatória/cautelar, em outras palavras, a decisão fica adstrita ao pedido proferido pela parte/órgão/autoridade, conseqüentemente, a própria atividade policial ou pericial está limitada pelo corpo da decisão e mandado e, por óbvio, a própria análise do resultado obtido com este procedimento. Percebe-se que, “É uma vinculação causal da prova.”⁴³

Uma das formas do *fishing expedition* incidir é quando há uma desvinculação deste elemento probatório alcançado para fora do processo que originou a medida excepcional, ou seja, há uma quebra deste nexos causal entre elemento probatório e o fato específico que foi analisado de modo a viabilizar esta exceção. Essa desvinculação demonstra um resquício inquisitorial e autoritário por ficar a parte da legalidade e limitação de poder.

O outro modo de devassa da privacidade, com vistas a encontrar elementos incriminadores, se revela na margem de liberdade que a legislação oferece ao não exigir uma conexão rigorosa entre a medida cautelar pretendida e a decisão judicial que a autoriza, bem como às características necessárias e legitimantes desta. Esse vácuo normativo favorece

⁴¹ SILVA, Viviani Ghizoni da; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal*. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 50

⁴² JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p. 508

⁴³ JR., Aury L. *Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025*. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p. 508

intervenções invasivas, como no caso dos dados telemáticos, em que a autorização judicial genérica acaba permitindo devassas diretas e desproporcionais a quaisquer pessoas, em diversos crimes, materiais ou imateriais, e independente do quantum e tipo de pena.⁴⁴

Esta, mediante a pesquisa a ser tratada, é a faceta da pescaria probatória que mais queda-se inerte em ser reconhecida e, por conseguinte, a ilicitude da prova colhida, pois são acobertadas por uma prévia decisão judicial ausente fundamentação concreta, delimitação de parâmetros e análise fatídica da excepcionalidade da medida e sua necessidade para o caso discutido.

A validade de uma prova incidentalmente obtida depende da sua conexão com a finalidade originária da diligência e da ausência de desvio de finalidade por parte da autoridade investigadora. Do contrário, corre-se o risco de transformar o processo penal em instrumento de prospecção indiscriminada de condutas, incompatível com o paradigma acusatório e com as garantias constitucionais.

A ausência de critérios rigorosos e delimitadores para a decretação de medidas cautelares voltadas à obtenção de dados digitais incriminadores têm aberto espaço para essa prática incompatível com o Estado de Direito. Trata-se de uma investigação, como acima já abordado, especulativa e generalizada, em que se acessa um vasto universo de informações pessoais, sem um objeto claro ou conexo ao fato investigado, logo, sem causa provável suficiente para aquela busca,⁴⁵ na esperança de encontrar algum dado incriminador para a investigação/processo em curso, ou uma nova notícia de fato. Essa prática, embora vedada pelo ordenamento jurídico por violar os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade, tem sido, na prática forense, legitimada de forma dissimulada pelos Tribunais Superiores, conforme abaixo se ilustrará.

É límpido a afronta ao devido Processo Penal e ao próprio Estado Democrático de Direito ocasionada por esta concepção e conjectura aceita, do distanciamento do objeto da medida ou mandado ao corpo da decisão e, conseqüentemente, ao objeto inicial do processo penal em que foi proferida a referida exceção de direito fundamental. Concomitantemente a essa naturalização, cresce a tolerância com medidas investigativas imprecisas que têm, na prática, promovido a infringência deliberada das garantias individuais, principalmente no que

⁴⁴ (...) embora se exija prévia autorização judicial, como a reserva de jurisdição não é complementada pela necessária reserva de lei, há possibilidade praticamente ilimitada de restrição do direito fundamental.” BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. p. 57.

⁴⁵ TJSP. Habeas Corpus: HC 0073182-68.2013.8.26.0000. Rel: Des. Alberto Leme Cavalheiro. Julgado em: 16.07.2013, publicado em: 13.08.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6924983&cdForo=0>>.

tange à privacidade digital, fragilmente protegida, como já visto.⁴⁶ A quebra do sigilo dos dados telemáticos, que deveria ser uma exceção justificável, tornou-se a regra tácita de atuação da polícia judiciária e acusação na fase de investigação, reflexo de um sistema penal com marcas inquisitórias, autoritárias, e que não respeitam a necessidade de justa causa como condição da ação penal.

Salta aos olhos a indiferença frente às impugnações defensivas — por meio de habeas corpus, recursos ordinários e especial — quanto à ilicitude das provas obtidas dessa forma, pois os tribunais têm, com frequência, mantido sua validade com base na mera precedência de decisão judicial.

Urge, assim, a necessidade de revisão dos critérios de admissibilidade dos dados telemáticos como meios de prova digital no processo penal. Através da instituição de balizas normativas que impeçam/difícultem o uso da tecnologia como atalho para práticas autoritárias e violadora das garantias⁴⁷, com o devido regramento de forma de obtenção, admissão, produção e valoração,⁴⁸ bem como uma reforma jurisprudencial que tem como mandado de otimização os princípios constitucionais. Nas palavras de Morais da Rosa, isso acontecerá, de forma semelhante (mas mais gravosa) como acontece nas cautelares físicas, quando:

“Assim, mostra-se imperioso que a investigação defina antecipadamente o seu objeto, de modo que, tanto a diligência, quanto o pedido, bem como e a decisão judicial devem responder expressamente: *quem, quando, como, onde, por e para quem, o que e qual* a sua motivação concreta. Do contrário, não preenche os requisitos legais e há nulidade do ato (CPP, art. 243 e art. 315, §2º)”⁴⁹

Lado outro, o risco de se legitimar, ou prosseguir com a legitimação, de um sistema em que a intimidade do cidadão é a exceção por meio de medidas genéricas e desproporcionais é incompatível com os pilares do devido processo legal e o próprio estado democrático de direito.

⁴⁶ “(...) o acesso ao telefone celular, mediante uma autorização genérica, poderia consistir em um “atalho” que facilitaria, mediante apenas um pedido e uma decisão, acesso a múltiplas dimensões da privacidade, (...)” GLOECKNER, Ricardo; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156/2019, 2019. p. 05.

⁴⁷ MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; FELIX, Yuri . Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 215-247. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.DOI: [https://doi.org/10.54415/rbcrim.v197i197.504] p. 224.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaina Roland; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). *Direito probatório*. Londrina: Editora Toth, 2023, p. 174-175 e 180.

⁴⁹SILVA, Viviani Ghizoni da; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal*. 2. ed. Florianópolis: Ematis, 2022. p.51

3. JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR E A DEVASSA DA PRIVACIDADE DE DADOS: A CONVALIDAÇÃO DAS PESCARIAS PROBATÓRIAS

3.1. Jurisprudência do STJ

Este capítulo tem por finalidade apresentar, de forma sintética, uma análise crítica das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tocante à (i)legitimidade das provas digitais provenientes da quebra de sigilo de dados telemáticos. O recorte adotado pretende evidenciar as afirmativas até aqui proferidas sob como a proteção jurídica conferida a essas informações pessoais, logo, a essa faceta da vida privada, que ainda se revela imprecisa e insuficiente, o que abre espaço para esquadramento da intimidade e torna a exceção aos direitos fundamentais como regra.

Busca-se, então, a partir da pesquisa jurisprudencial, demonstrar como tem sido o tratamento dado mediante as alegações de pesca probatória em situações de ocorrência da quebra de sigilo de dados armazenados, especialmente em um contexto onde inexistem parâmetros legais determinados.

Para a realização deste levantamento, utilizou-se uma metodologia de análise jurisprudencial, com pesquisa qualitativa de julgados extraídos da base de dados oficial na plataforma do STJ⁵⁰, por meio dos seguintes termos de pesquisa: “*dados telemáticos pescaria probatória, dados telemáticos fishing expedition, dados armazenados fishing expedition, dados armazenados pescaria probatória, quebra sigilo dados telemáticos fishing expedition, dados telemáticos investigação especulativa, pescaria probatória de sigilo de dados do aparelho celular, fishing expedition sigilo de dados do aparelho celular, dados celular fishing expedition*”.

Em cada busca pelos termos acima pesquisados, na aba de “pesquisa avançada”, utilizou-se do filtro temporal em “data de julgamento”, o período de 01/01/2020 a 01/07/2025. Esta delimitação de datas foi escolhida mediante a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (Pacote anticrime) no início do ano de 2020, a qual de forma expressa inseriu na norma processual penal a sistemática acusatória via art. 3-A do CPP, bem como o marco inicial do empreendimento neste capítulo abordado. Desta pesquisa jurisprudencial resultou

⁵⁰ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

na análise de 19 acórdãos⁵¹ distintos, proferidos pelas Quinta e Sexta Turmas Criminais do Tribunal.

A análise dos julgados está organizada a partir de dois eixos centrais: (i) os fundamentos utilizados para analisar a legitimidade das medidas invasivas na esfera privada no âmbito dos dados telemáticos; (ii) os requisitos exigidos para a validade dessas diligências.

Constatou-se, que a mera existência de uma decisão judicial, mesmo genérica e desprovida de rigor argumentativo, tem sido suficiente para legitimar o acesso indiscriminado aos dados telemáticos. Basicamente, afirmam como satisfatório: a mera decisão judicial, sem delimitação do período temporal a serem extraídos os dados e utilização de termos genéricos como “indícios de autoria e materialidade”, “decisão fundamentada” e “necessidade”. Para fins exemplificativos, veja-se alguns dos trechos dos votos e acórdãos abaixo:

- “A decisão que determinou a quebra de sigilo telemático foi devidamente fundamentada, com indicação da indispensabilidade da medida para a investigação criminal, não se configurando como “expedição de pesca” nem violando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.” (AgRg no RHC n. 211.691/SP, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 22/4/2025, DJEN de 28/4/2025.)
- “O acesso aos dados telemáticos não configurou fishing expedition, pois houve delimitação do objeto investigado e autorização judicial, não sendo necessária a especificação de um marco temporal para dados estáticos. (...) “A medida se mostra, além de proporcional, adequada e necessária para o

⁵¹ Foram analisados os seguintes julgados: AgRg no RHC n. 211.691/SP, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 22/4/2025, DJEN de 28/4/2025. / RHC n. 201.718/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/7/2025, DJEN de 7/7/2025. / RHC n. 200.318/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 30/4/2025, DJEN de 7/5/2025. / AgRg no RHC n. 209.040/PR, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 28/3/2025. / AgRg no HC n. 869.756/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/2/2025, DJEN de 5/3/2025. / AgRg no HC n. 746.463/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023. / RHC n. 157.143/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022. / AgRg na CauInomCrim n. 69/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 1/6/2022, DJe de 3/6/2022. / AgRg no RHC n. 215.014/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/5/2025, DJEN de 28/5/2025. / AgRg no RHC n. 189.011/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 21/3/2024. / AgRg no RHC n. 178.615/MT, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024. / AgRg no RHC n. 205.203/RJ, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 4/6/2025, DJEN de 11/6/2025. / HC n. 732.490/PA, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022. / AgRg no RHC n. 167.634/PA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023. / Inq n. 1.475/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 15/5/2024, DJe de 28/5/2024. / AgRg no HC n. 949.317/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 24/2/2025 / AgRg no RHC n. 158.643/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 18/10/2022. / RHC n. 182.231/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/3/2025, DJEN de 27/3/2025. / AgRg no REsp n. 1.958.937/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 31/3/2025.

esclarecimento dos fatos." (RHC n. 200.318/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 30/4/2025, DJEN de 7/5/2025.)

- "não se verificou qualquer ilegalidade nas provas obtidas mediante a quebra dos sigilos dos dados telemáticos nos aparelhos celulares apreendidos, tendo em vista que houve prévia autorização judicial, após requerimento da autoridade policial, para o acesso." (AgRg no HC n. 746.463/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.)
- "O acesso a dados de celular com autorização judicial não configura prova ilícita. (...) fora autorizado, judicialmente, o manuseio e extração de dados objetivando efetivar as investigações encetadas, de modo que não há falar em ilicitude. (...) o fato de os policiais terem visualizado mensagens no aparelho no momento do flagrante não torna ilícitas as informações obtidas posteriormente, com a autorização judicial." (AgRg no HC n. 949.317/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 24/2/2025)
- "Tese de julgamento: "1. A decisão que autoriza o acesso a dados de celulares deve ser fundamentada, demonstrando a necessidade e pertinência da medida para a investigação criminal. 2. O direito à intimidade pode ser restringido em casos de investigação criminal, desde que a medida seja proporcional e adequada. 3. A fundamentação concisa, mas adequada, legitima a medida cautelar de acesso a dados de celulares no contexto de investigação criminal" // Não procede, portanto, a alegação de que se trata de pescaria probatória ou investigação especulativa. Há um contexto fático concreto e definido a ser investigado – o auxílio prestado a pessoa foragida que fazia uso de documento falso – bem como indícios suficientes da participação dos recorrentes nesses fatos, o que legitima a medida cautelar deferida." (RHC n. 182.231/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/3/2025, DJEN de 27/3/2025.)

Apesar da inutilização do próprio reconhecimento da prática de pescaria probatória no âmbito judicial, esta, além de estar presente, tem se tornado convalidada pela própria facilidade de se obter a quebra de sigilo de dados telemáticos.

Na pesquisa realizada, com tratamento próprio quanto a quebra de sigilo dos dados telemáticos, não houve o encontro de um acórdão que entendeu pela prática do *fishing expedition* mediante a atuação dos agentes policiais na extração de dados ou na decisão genérica que defere sua quebra, frente às irresignação da defesa. Os dois acórdãos encontrados mediante a pesquisa realizada (AgRg no HC 869.756 / SP e HC 732.490 / PA) e que entenderam pela ilicitude da prova devido a pescaria, se deu por mera decorrência da ilegalidade da prática de busca e apreensão do aparelho em si, esta sim compreendida como prática de *fishing*, conseqüentemente, a decisão da quebra de sigilo e as provas obtidas. Vejamos:

- "(...) verifico que a paciente não estava sendo presa, não havia mandado de busca e apreensão e nem motivos para busca pessoal ou condução coercitiva para a delegacia. Desse modo, declaro ilícita a apreensão do celular e as provas derivadas (...) o que realmente ocorreu, fora a apreensão ilegal do objeto (aparelho celular), ocorrendo verdadeira *fishing expedition*, com a quebra de sigilo telemático" (AgRg

no HC n. 869.756/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/2/2025, DJEN de 5/3/2025.)

- “Desse modo, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, inclusive a apreensão das drogas e a subsequente quebra de sigilo de dados do aparelho celular, nos termos do art. 157, caput, e § 1º, do CPP, impondo-se a absolvição do paciente e da corré, nos termos do art. 386, II, do CPP.” (HC n. 732.490/PA, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.)

Fica claro, então, como a Corte Superior em que pese não se debruçar na análise fática e poder realizar um juízo de valoração quanto à necessidade e proporcionalidade da medida para com o fato alvejado, queda inerte em: não reconhecer essa lacuna legislativa que culmina em uma grande margem de discricionariedade dado ao julgador⁵², entender pela ofensa ao bem da vida privada que é proporcionado e, ainda, ao não fixar parâmetros objetivos, sequer, de forma analógica às outras cautelares já existentes e com maior rigor processual.

3.2. Jurisprudência do STF: obstáculos ao reconhecimento da pescaria probatória na preservação do sigilo de dados telemáticos.

Neste contexto, que já apresenta tamanha dificuldade de reconhecimento da pescaria probatória, recentemente o STF julgou o ARE 1042075, com repercussão geral que ocasionou no Tema 977, e fixou-se as seguintes teses:

1. A mera apreensão do aparelho celular, nos termos do art. 6º do CPP ou em flagrante delito, não está sujeita à reserva de jurisdição. Contudo, o acesso aos dados nele contidos deve observar as seguintes condicionantes: 1.1 Nas hipóteses de encontro fortuito de aparelho celular, o acesso aos respectivos dados para o fim exclusivo de esclarecer a autoria do fato supostamente criminoso, ou de quem seja o seu proprietário, não depende de consentimento ou de prévia decisão judicial, desde que justificada posteriormente a adoção da medida. 1.2. Em se tratando de aparelho celular apreendido na forma do art. 6º do CPP ou por ocasião da prisão em flagrante, o acesso aos respectivos dados será condicionado ao consentimento expresso e livre do titular dos dados ou de prévia decisão judicial (cf. art. 7º, inciso III, e art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/2014) que justifique, com base em elementos concretos, a proporcionalidade da medida e delimite sua abrangência à luz de direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, inclusive nos meios digitais (art. 5º, X e LXXIX, CRFB/88). Nesses casos, a celeridade se impõe, devendo a Autoridade Policial

⁵² BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. Disponível em: https://congresso.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/08/InternetLab04_Miolo.pdf p. 58.

atuar com a maior rapidez e eficiência possíveis e o Poder Judiciário conferir tramitação e apreciação prioritárias aos pedidos dessa natureza, inclusive em regime de plantão. 2. A autoridade policial poderá adotar as providências necessárias para a preservação dos dados e metadados contidos no aparelho celular apreendido, antes da autorização judicial, justificando, posteriormente, as razões de referido acesso. 3. As teses acima enunciadas só produzirão efeitos prospectivos, ressalvados os pedidos eventualmente formulados por defesas até a data do encerramento do presente julgamento.

Devido ao caráter corrente deste Recurso Extraordinário, por ter sido julgado pelo Tribunal Pleno no dia 25/06/2025, resta indisponível o inteiro teor dos votos. Porém, com vistas à própria fixação das Teses acima, é cabível concluir pela legitimação da pescaria probatória pela Suprema Corte apesar de não se utilizar este termo em si.

Embora esse julgado represente um marco sobre a temática devido ao caráter vinculante e vanguardista, percebe-se seu caráter negativo sob os olhos das garantias constitucionais da privacidade, proteção de dados e sigilo das comunicações. Sua leitura revela a legitimação de práticas de ampliação desmedida do poder investigativo em detrimento dos direitos individuais mencionados ao invés de adaptar os novos meios cautelares de prova para com o sistema processual adotado e ao Estado Democrático de Direito. A possibilidade de justificar posteriormente o acesso, mesmo sem prévia decisão judicial, cria um perigoso precedente para investigações abusivas e generalizadas.

Para além da fragilidade percebida nas decisões do STJ que dispõe apenas da exigência de decisão judicial com o mero deferimento da quebra de sigilo de dados, o STF, em situações de flagrante delito para fins de ciência da autoria, dispensa a própria reserva de jurisdição apesar do objeto já estar acautelado com os agentes públicos. Na prática, é um incentivo e abono institucional para que se acesse indiscriminadamente dados armazenados em dispositivos pessoais com a expectativa de, eventualmente, encontrar algo que se torne prova. É uma manifestação da busca pela verdade real, de modo que a busca por crimes e a posterior punição dos indivíduos justificam o enfraquecimento das normas que visam proteger o acusado e investigado frente ao poder de punir do Estado.

Nos próprios termos da Corte Superior, percebe-se a prevalência da celeridade frente a todas as garantias constitucionais, especialmente da vida privada e não auto incriminação. Nota-se, ainda, uma tendência ao relativizar o direito à privacidade e à autodeterminação informativa frente ao interesse meramente punitivo da persecução penal, e legítima, em última instância, práticas que se classificam como pescaria probatória.

O aparelho celular ou dispositivo qualquer que contenha os dados telemáticos, enquanto meio de prova e sua análise conferir em uma cautelar probatória, resta-se afastado todos os requisitos exigidos pela norma, bem como pela própria análise da proporcionalidade.

Há uma falta de barreira interpretativa sólida para se denotar o que é o achado fortuito e a busca especulativa, o que naturaliza e institucionaliza a infringência da vida privada e relativiza garantias fundamentais.

Ao favorecer o resultado da investigação em detrimento do modo como as provas são obtidas, mesmo que apenas a suposta autoria do delito, fortalece-se uma lógica funcionalista e autoritária, incompatível com o modelo acusatório e com a centralidade do indivíduo no Estado Democrático de Direito. Assim, longe de garantir a proteção do sigilo de dados telemáticos, a jurisprudência atual a fragiliza e transforma a exceção investigativa em regra processual sem qualquer pressuposto.

Diante disso, é inevitável se concluir que a modernização social com as consequentes aberturas inevitáveis do procedimento para as tecnológicas têm sido um grande propulsor para o crescimento das práticas inquisitórias e autoritárias ainda permeantes no procedimento legal.

CONCLUSÃO

A análise jurisprudencial empreendida neste trabalho demonstra que a ausência de lei/norma própria com relação a quebra do sigilo de dados telemáticos tem dado ampla margem para infringência de direitos e abusividades em nome de uma busca por elementos incriminadores no processo penal.

A ausência desses critérios, consolidada pela própria jurisprudência das Cortes Superiores, tem permitido que haja uma naturalização da pescaria probatória e naturalização das exceções sem os devidos freios processuais e democráticos.

Essa dinâmica representa não apenas um déficit de proteção dos direitos individuais, mas também um esvaziamento do papel do Judiciário como garantidor do devido processo penal, das garantias individuais e figura central no Estado Democrático de Direito e que este, em última medida, é enfraquecido.

O avanço da tecnologia e mudanças sociais não conseguem ser acompanhadas pela mudança legislativa, porém, o viés principiológico e paradigmático permanece o mesmo e deve ser aplicado, inclusive pelas Cortes Superiores

O objetivo final deste trabalho é trazer luz sob uma *-nova-* forma de se afetar direitos pelo poder de punir e investigar do Estado. Os dados, na atual conjuntura social, são uma extensão da personalidade humana, e por serem externos aos indivíduos e muitas vezes dispostos fora do próprio acesso de seus proprietários, são banalizados. Mas, por captarem basicamente toda a vida dos seus usuários e entregarem condutas particulares dos sujeitos, são o primeiro alvo da investigação atual, para muitos crimes e sem qualquer limite objetivo.

A discussão presente não buscou debater o *como/modus* da extração de dados em si pode representar uma pescaria probatória, mas como as Cortes Superiores e a lacuna legislativa tem tratado e colaborado para a legitimação das práticas de pescaria probatória, haja vista:

(i) aceitarem e confiarem na legalidade da decisão judicial de piso por exigir apenas a sua existência, sem qualquer imposição de requisitos objetivos determinados ou analisarem a devida fundamentação das mesmas;

(ii) dispensarem a imposição de limitação temporal dos dados telemáticos a serem extraídos, um dos poucos mecanismos de controle prévio que a inteligência de coleta de dados aceita;

(iii) utilizarem e se ampararem em termos abstratos, genéricos e vazios como ‘proporcionalidade’, ‘indícios de autoria e materialidade’ e ‘adequação’ para afastarem a hipótese de reforma da decisão, sem maiores justificativas, uma verdadeira inconsistência de fundamentos;

(iv) defenderem a prevalência da busca por suspeitos, encontro de elementos incriminadores e necessidade de obter provas ‘complementares’ para confirmar as teses de autoria e materialidade em troca da devassa da vida privada - e considerarem isto, ‘proporcional’

(v) dispensarem, sequer, da exigência de subsidiariedade desta medida frente às outras hipóteses de meio de prova

(vi) ao fim, se percebe a eliminação da produção de provas na fase instrutória do processo, pois essas quebras de sigilo são, em sua maioria, realizadas na fase investigativa, onde não há contraditório nem participação ativa da defesa na produção probatória, o que resulta, muitas vezes, em condenações baseadas em elementos obtidos em sede de Inquérito permeado por meio dessas medidas invasivas.⁵³

⁵³ BADARÓ, Gustavo. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69. p. 64.

Apesar do percebido, o modelo acusatório pressupõe a observância estrita aos princípios diretivos, especialmente quando se trata de medidas invasivas da esfera privada. No entanto, o que se verifica é a inversão dessa lógica, com a flexibilização dos critérios jurídicos em nome de uma suposta obtenção de elementos na fase processual. Esse fenômeno sinaliza a preterição indevida do paradigma garantista por um viés autoritário, em que a tutela penal justifica a erosão de direitos fundamentais, sobretudo quando se trata de dados telemáticos.

Fica claro, portanto, a necessidade de reforço das bases constitucionais de direitos fundamentais frente a qualquer infringência na esfera privada, em todas as suas facetas. Somente a partir do fortalecimento do paradigma garantista e da revisão dos parâmetros obtidos pela jurisprudência que legitima práticas investigativas abusivas será possível assegurar que o processo penal atue como instrumento de contenção do poder, e não de sua ampliação, até que haja expressa previsão legal de regulamentação da quebra de sigilo de dados telemáticos de modo a conferir maiores parâmetros, fundamentos e análise objetivas de possíveis extrapolações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Alexy, Robert; Trivisonno, Alexandre Travessoni G.; Saliba, Aziz T. **Princípios Formais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Badaró, Gustavo. **A cadeia de custódia da prova digital**. In: Osna, Gustavo; Sarlet, Ingo Wolfgang; Matida, Janaína Roland; Reichelt, Luis Alberto; Jobim, Marco Félix; Ramos, Vitor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Editora Toth, 2023, p. 174-175 e 180.

Badaró, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

Badaró, Gustavo. **O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil**. In: Brito Cruz, Francisco; Simão, Bárbara (org.). **Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate**. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 50-69.

Belk, Russell W. **Possessions and the extended self**. *Journal of Consumer Research*, v. 15, n. 2, p. 139–168, set. 1988. Disponível em: <https://thescienceofownership.org/wp-content/uploads/2014/10/possessions-and-the-extended-self.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2025.

Brasil. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasil. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regula a interceptação telefônica.

Brasil. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet.

Canotilho, José Joaquim G.; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018.

Costa Rossi, Helena Regina Lobo da; Partata, Pedro Henrique; Saad, Marta Rodríguez de Assis Machado. **A desmedida dimensão da exceção: análise empírica sobre decisões**

judiciais que flexibilizam garantias constitucionais na quebra de sigilo de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1565–1606, set./dez. 2021.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993, p. 439-459.

Gloeckner, Ricardo Jacobsen; Eilberg, Daniela Dora. **Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, p. 353–393, jun. 2019.

Jr., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

Jr., Aury Lopes. **Fundamentos do Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

Mendes, Carlos Hélder Carvalho Furtado; Felix, Yuri. **Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 197, ano 31, p. 215-247. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.

Mirabete, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Morais da Rosa, Alexandre. **Jurisdição e processo penal: entre autoritarismo e garantismo.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 252, p. 14-16, maio 2014.

Morais da Rosa, Alexandre. **Serendipidade no processo penal: o problema da prova imprevista no mundo digital.** *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, p. 1-28, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/s94cLkSsHMDKmg5kf4YCkHk>. Acesso em: 22 jul. 2025.

Muniz, Gina Ribeiro Gonçalves. **Acesso aos celulares dos presos pelos policiais: da licitude à ilicitude.** *Revista Conteúdo Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-02/tribuna-defensoria-acesso-aos-celularespresos-pelos-policiais-licitude-ilicitude>. Acesso em: 18 jul. 2025.

Nucci, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal – 17ª Edição 2020**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Pacelli, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Pinheiro, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 – LGPD**. Editora Saraiva, 2020, p. 19.

Saad Gimenes, Marta C.; Rossi, Helena C.; Partata, Pedro H. **A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, e1071, set.–dez. 2024.

Silva, Viviani Ghizoni da; Melo e Silva, Philipe Benoni; Moraes da Rosa, Alexandre. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasil. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 24/08/2023.

TJSP. **Habeas Corpus: HC 0073182-68.2013.8.26.0000**. Relator: Des. Alberto Leme Cavalleiro. Julgado em: 16.07.2013, publicado em: 13.08.2013.

União Europeia. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – GDPR). Disponível em: <https://gdpr.eu/article-4-definitions/>. Acesso em: 22 jul. 2025.