

O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: a ilicitude dos mandados de busca e apreensão como práticas de *fishingexpedition*

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF DATA PROTECTION IN THE BRAZILIAN PENAL
PROCEDURE: the illicitness of search and seizure warrants as fishing expedition practices



Recebimento em 22/01/2022
Aceito em 15/05/2023

Pedro de Oliveira Alves¹
<http://orcid.org/0000-0002-6801-4383>
pedro.oalves@ufpe.br

Felipe Gustavo Ramos de Oliveira Filho²
<http://orcid.org/0009-0000-7590-5515>
felipe.oliveirafilho@ufpe.br

RESUMO

Este artigo traz uma análise sobre o direito fundamental de proteção de dados no âmbito do processo penal brasileiro sob a ótica da ilicitude dos mandados de busca e apreensão como práticas de *fishingexpedition*. Para tanto, são discutidos os critérios dogmáticos para a produção de provas consoante as dimensões normativas do direito fundamental de proteção de dados. Ademais, o artigo trata dos mandados de busca e apreensão domiciliar de uma forma detalhada e sistematizada, de modo a evidenciar que estes servem como verdadeiras medidas de *fishingexpedition* no processo penal pátrio. Por fim, conclui-se que o desenvolvimento do direito fundamental da proteção de dados pode auxiliar no controle jurídico da constitucionalidade das medidas probatórias, especialmente no caso dos mandados de busca e apreensão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal; Direito Constitucional; Proteção de dados; Mandados de busca e apreensão; *Fishingexpedition*.

ABSTRACT

This article brings an analysis about the fundamental right of data protection in the Brazilian penal procedure from the perspective of the illicitness of search and seizure warrants as fishing

¹ Universidade federal de Pernambuco

² Universidade Federal de Pernambuco



expedition practices. For that, examine the dogmatic standards of proof production conforming normative dimensions of the fundamental right of data protection. Furthermore, the article analyses the domiciliary search and seizure warrants in a detailed way with the objective to demonstrate how they serve as real fishing expedition instruments in the national penal procedure. Finally, it is concluded that the development of the fundamental right of data protection can help in the legal control of the constitutionality of evidentiary measures, especially in the case of search and seizure warrants.

KEYWORDS: Penal Procedural Law; Constitutional Law; Data protection; Search and seizure warrants; Fishing expedition.

1 INTRODUÇÃO

A temática das provas no Direito Processual Penal está intrinsecamente relacionada a direitos e garantias fundamentais. Muitas vezes, em nome de uma persecução penal eficiente para a proteção de determinados bens jurídicos, põe-se em risco a privacidade, o sigilo e a intimidade daquele que está sofrendo a medida constritiva. Portanto, cada medida probatória adotada no processo penal deverá ser avaliada em conformidade com os direitos fundamentais previstos em Constituições democráticas, cujo conteúdo normativo é dinâmico.

No caso brasileiro, as recentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais em torno do “direito fundamental de proteção de dados pessoais” apontam para a necessidade de uma maior investigação sobre os contornos constitucionais do processo penal brasileiro, especialmente quando se trata da adoção de medidas para a produção de provas.

Um dos casos mais emblemáticos ocorre com as medidas de busca e apreensão domiciliar, mormente os mandados extremamente genéricos expedidos, os quais autorizam uma verdadeira “devassa” na vida de quem está sendo investigado/acusado, bem como de terceiros, que nada têm a ver com os fatos apurados. Uma primeira hipótese levantada é a de que a adoção de medidas desse tipo pode revelar-se como uma violação desproporcional à proteção constitucional dos dados pessoais.

A expressão *fishingexpedition*, presente na literatura sobre direito probatório, pode auxiliar na percepção dos efeitos danosos da coleta genérica e irregular de provas no processo penal. Trata-se, portanto, de temática com repercussões práticas e jurisprudenciais em torno da inadmissibilidade de provas ilícitas em face da proteção constitucional de dados pessoais.



Nesse sentido, o presente artigo busca responder ao seguinte problema: considerando o conteúdo normativo do direito fundamental de proteção de dados pessoais, a adoção de mandados de busca e apreensão genéricos pode ser caracterizada como uma prática ilícita de *fishingexpedition* no ordenamento jurídico brasileiro?

Do ponto de vista metodológico, alguns esclarecimentos devem ser feitos. Por meio de uma abordagem hipotética-dedutiva no sentido popperiano, a pesquisa parte da visualização de um problema prático em torno dos potenciais riscos gerados por mandados genéricos de busca e apreensão.

Além de refletir hipóteses, a pesquisa pressupõe que estas devem ser desafiadas com os argumentos apresentados na doutrina. Ao final, as conclusões representam conjecturas provisórias para contribuição ao permanente debate sobre o aperfeiçoamento do Direito Processual Penal.

De modo mais específico, a pesquisa inicia-se com o desenvolvimento do pressuposto teórico baseado na exigência de conformidade do processo com as normas constitucionais. Isso porque todos os agentes estatais, incluindo legislador, Estado-juiz e autoridade policial, estão vinculados ao dever de promover a proteção dos direitos fundamentais – o que também inclui a proteção dos dados pessoais, conforme será visto.

Estas premissas serão refletidas, na sequência, nos debates em torno das particularidades dos mandados de busca e apreensão no processo penal brasileiro e da proporcionalidade.

Além de auxiliar na visualização do “estado da arte”, as referências à jurisprudência dos Tribunais Superiores neste trabalho não devem ser entendidas como “argumentos de autoridade” ou tentativa de respaldo. Na verdade, ilustram a existência de uma discussão sobre privacidade e proteção de dados no processo penal e a identificação de obstáculos que podem permitir possibilidades de aperfeiçoamento no futuro.

A partir disso, será possível analisar de que forma os mandados de busca e apreensão domiciliar acabam, na maioria das vezes, funcionando como verdadeiros instrumentos de *fishingexpedition*, trazendo maiores ônus do que bônus no âmbito do processo penal, notadamente sob a ótica da parte mais débil. Assim, na medida em que atuam como coletas genéricas de provas, podem servir como instrumentos de relativização desproporcional da proteção jurídica de informações privadas do indivíduo.

Para oferecer uma contribuição significativa à temática, será preciso dividir a pesquisa em três momentos: i) avaliação do conteúdo normativo do direito fundamental de proteção de dados pessoais no processo penal e a incidência de direitos fundamentais na produção de provas; ii) os parâmetros jurídicos dos mandados de busca e apreensão e o exame da possibilidade de caráter



genérico e dos riscos de sua banalização; iii) a ilicitude das práticas conhecidas como *fishingexpedition*, ou “pescaria probatória”, algo que não deve ser admissível em um Estado Democrático de Direito onde vigora uma Constituição que consagrou um sistema processual penal de cariz acusatório – e que foi reforçado, recentemente, com a Lei nº 13.964/2019. Nesse último tópico, também é realizada uma discussão sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores, com o fito de expor um panorama geral sobre como o instituto reverbera no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, para além de uma mera exposição das premissas gerais para o controle de constitucionalidade da produção de provas no processo penal, são apresentados os resultados da discussão em torno da possibilidade de caracterização de mandados de busca e apreensão como práticas de *fishingexpedition* e de sua desproporcionalidade em face do direito fundamental de proteção de dados.

2 PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL EM CONFORMIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

2.1 Dimensões normativas do direito fundamental de proteção de dados e sua aplicabilidade no processo penal brasileiro

A necessidade de conformidade com as normas constitucionais não é, por si, uma novidade no direito brasileiro. Entretanto, são as novas reflexões sobre a prática jurídica que permitem um olhar diferenciado para a dinâmica social.

No início do século passado, Marques (1910, p. 56) já recordava o argumento de que a Constituição era como uma espécie de vértice do sistema jurídico, decorrendo dela todos os demais ramos jurídicos que deveriam observá-la. Ao longo das décadas recentes, porém, a exigência de conformidade constitucional do processo penal ganhou importantes desenvolvimentos a partir da prática jurisdicional brasileira (PRADO, 2005; LOPES JUNIOR, 2019).

De forma mais específica, uma potencial transformação do processo penal brasileiro pode ser visualizada a partir da reformulação do âmbito normativo dos direitos fundamentais relacionados à proteção de dados. Abordar um “direito fundamental de proteção de dados” de forma autônoma não significa pregar uma suposta evolução textual do direito à privacidade (BIONI, 2019, p. 90-95). A questão fundamental é que, para além da privacidade e da autodeterminação de informações, a proteção constitucional da personalidade também reverbera nas discussões penais.



Em sentido similar, Doneda e Mendes (2014, p. 3-4) apontam que muitas foram as transformações jurídicas do direito à proteção de dados nas últimas décadas. Tais alterações decorreram não apenas de reformas legislativas, mas também como resultado da evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção à privacidade. Não se trata, pois, de uma mera reformulação da terminologia.

Em primeiro lugar, cabe observar que o tratamento dogmático da proteção de dados não fica limitado às clássicas discussões sobre o direito fundamental à privacidade e à autodeterminação informativa. Nesse passo, Sarlet e Saavedra (2020, p. 47-53) argumentam que, do ponto de vista da tutela jurídico-constitucional, não pode haver uma presunção de “dados irrelevantes”, porquanto as informações relativas ao indivíduo também fazem parte da proteção de sua personalidade no sistema jurídico. No caso concreto, outros direitos fundamentais também poderão concorrer na proteção do investigado/acusado.

Semelhante à discussão sobre as dimensões normativas da dignidade da pessoa humana, também se poderia formular uma análise preliminar do âmbito de proteção do direito à tutela dos dados pessoais nos seguintes termos: por se tratarem de direitos de proteção dos dados pessoais, há um aspecto histórico-cultural que não pode passar despercebido. Nessa toada, Doneda (2020) e Sarlet (2012) apontam para a necessidade de considerar os novos arranjos tecnológicos e as transformações sociais que também modificam o sentido da proteção jurídica de direitos.

De um ponto de vista pragmático, há um argumento central apresentado por Doneda (2020) uma interpretação jurídica limitada ao direito fundamental de privacidade poderia criar um risco de proteção em menor grau às informações relativas ao indivíduo que não fazem parte de uma comunicação. Desse modo, tal como já argumentado no Supremo Tribunal Federal, poderia abrir caminho para uma argumentação jurídica sustentada na ausência de inviolabilidade de dados pessoais armazenados em computadores. Tal raciocínio poderia legitimar uma série de restrições a informações não comunicadas (sigilo das comunicações), repercutindo de forma intensa na esfera do indivíduo.

Não há dúvidas, na literatura, de que outros direitos fundamentais como o sigilo de comunicações, direito à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informativa são também importantes instrumentos para o controle de interceptações, escutas e diversas outras medidas tomadas por agentes estatais. Não obstante, os contornos dogmáticos do direito fundamental de proteção de dados também servem como um dos parâmetros para uma melhor proteção da personalidade humana na esfera criminal.



Razoável é a argumentação de que o fundamento expresso constitucional para esse direito fundamental estaria presente na “cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana”, que, segundo o desenvolvimento dogmático alemão e brasileiro, é uma condição atrelada ao direito geral de liberdade (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 43). De todo modo, mais do que uma questão teórica, se trata de raciocinar sobre uma necessária proteção constitucionalmente adequada das informações pessoais do indivíduo.

Em razão dessa potencial contribuição, os critérios específicos para o controle da produção de provas penais passam a ser brevemente desenvolvidos no subtópico a seguir.

2.2 Critérios dogmáticos para a produção de provas penais em face da garantia de proteção de dados

Esclarecidos os pressupostos iniciais sobre o conteúdo normativo do direito fundamental de proteção de dados pessoais, resta evidenciar sua aplicação concreta nas discussões probatórias no processo penal. A mera existência de limitações legislativas, administrativas ou judiciais ao direito fundamental não significa necessariamente uma inconstitucionalidade. Assim, são necessárias as reflexões sobre os parâmetros específicos para a verificação de sua proporcionalidade em cada situação.

Consoante Martins (2017, p. 443-444), a dogmática jurídica orienta a função jurisdicional criminal por meio dos direitos fundamentais potencialmente atingidos: i) estudo do alcance normativo do direito fundamental relacionado ao caso; ii) análise da atuação estatal (intervenção jurisdicional, administrativa ou legislativa); iii) análise dos limites ao direito fundamental no caso concreto por meios lícitos e proporcionais.

No plano constitucional, a exigência de conformidade proporcional com os direitos fundamentais implica na observância de três questões: i) licitude do propósito perseguido pelo Poder Público; ii) licitude dos meios empregados pelos agentes estatais; iii) justificação constitucional da proporcionalidade na relação meio-fim. No caso dos dois primeiros, na dogmática do processo penal, a discussão gira em torno da dimensão normativa do princípio da legalidade.

Neste artigo, para contribuir com a discussão sobre o controle jurídico das medidas probatórias em conformidade com os direitos fundamentais, nos propomos a refletir sobre o terceiro item: para que as medidas de busca e apreensão sejam consideradas lícitas conforme o



direito fundamental de proteção de dados pessoais, qual o ônus argumentativo deverá ser exigido com base no critério da proporcionalidade?

Para avaliar a proporcionalidade das medidas probatórias, três subcritérios clássicos podem ser desenvolvidos a partir da literatura: i) idoneidade/adequação das medidas; ii) necessidade/exigibilidade, em face de alternativas possíveis; iii) proporcionalidade em sentido estrito (PEREIRA, 2018, p. 363-380).

De modo sucinto, podemos apontar o seguinte raciocínio:

Em primeiro lugar, a alegação de um propósito válido e vigente no ordenamento jurídico significa que as autoridades competentes deverão demonstrar, no caso concreto, que as medidas probatórias solicitadas são úteis e realmente possuem a capacidade de auxiliar no esclarecimento dos fatos e da autoria das condutas criminosas supostamente cometidas. Logo, a restrição concreta ao direito de proteção de dados deve passar por um crivo jurisdicional rigoroso – que não se limite a uma mera verificação de quebras de sigilos. À luz das circunstâncias potencialmente existentes no caso, é preciso que sejam tomadas medidas de precaução para que sejam evitados abusos no tratamento de informações da pessoa natural.

Em consonância com a literatura constitucional, portanto, o Poder Público apenas poderá se utilizar de meios que limitem direitos fundamentais quando tais medidas forem permitidas pelo ordenamento jurídico (legalidade) com propósito e meios lícitos (permitidos pelo ordenamento jurídico). Além disso, cada uma das medidas, e também quando consideradas em seu conjunto, precisam ser capazes de empiricamente aproximar-se do propósito alegado (adequação dos meios) (BOROWSKI, 2003, p. 130-131). Este critério da adequação, também chamado de idoneidade das medidas probatórias, guarda relação com o estudo fático das circunstâncias e da capacidade dos possíveis resultados da prova.

Em seguida, deverá ser respondida a seguinte questão: para alcançar a mesma finalidade (obtenção de informações pertinentes ao caso para a adequada prestação jurisdicional), outros meios igualmente eficazes poderiam ser adotados de modo a restringir direitos fundamentais em menor grau? Aqui, deverá haver uma profunda reflexão comparativa sobre outras medidas lícitas e adequadas, além dos diferentes cenários que podem ser produzidos, com análise das potenciais consequências práticas e concretas. Não haveria outro caminho mais razoável? Este critério da estrita necessidade da adoção de uma medida no curso do processo penal é central para a fundamentação e legitimidade da atuação policial/administrativa e jurisdicional.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito equivaleria a um dever de argumentação específico sobre as vantagens e desvantagens da intensidade da intervenção e as razões que a



justificam (SILVA, 2021, p. 120-122). No caso da proteção de dados pessoais, há uma possibilidade bastante fértil para a demonstração das eventuais desvantagens à tutela da personalidade humana quando realizadas medidas probatórias genéricas e desarrazoadas.

Em razão de todos os pontos desenvolvidos acima, já é possível analisar o problema específico deste artigo: a adoção de mandados de busca e apreensão genéricos pode ser caracterizada como uma prática ilícita de *fishingexpedition* no ordenamento jurídico brasileiro que ofende o sistema constitucional de garantias e direitos?

3 A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Conceito, natureza jurídica e critérios para sua decretação

Inicialmente, vale ressaltar que, embora sejam tratadas como sendo uma coisa única, os conceitos de busca e apreensão são distintos. Enquanto que a busca é “diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas” (LIMA, 2020, p. 793), a apreensão “deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa” (LIMA, 2020, p. 793).

Assim, nem sempre uma busca gera uma apreensão e nem sempre uma apreensão decorre de uma busca, razão pela qual esses dois conceitos não estão necessariamente imbricados. De forma elucidativa, Pitombo (2005, p. 109) define a busca como sendo o:

ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e integridade física ou mental), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.

Na mesma toada, Pitombo (2005, p. 230) conceitua a apreensão como:

ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas – objetos, papéis ou documentos –, de semoventes e de pessoas, ‘do poder de quem as retém ou detém’; tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo.

Sendo assim, a medida de busca e apreensão apresenta um caráter instrumental, isto é, um meio de obtenção de prova, em que pese esteja localizada no Capítulo XI do Título VII do Código de Processo Penal, que cuida dos meios de prova. Trata-se, pois, de um instrumento que possui



requisitos previstos em lei e busca obter fontes de prova, ou seja, um meio disciplinado legalmente para atingir um determinado fim.

Da mesma forma que os demais meios de obtenção de prova, tais como interceptação telefônica, delação premiada e busca pessoal, direitos e garantias individuais são sacrificados e, no caso da busca domiciliar – foco do presente artigo –, põe-se em xeque o direito fundamental insculpido no art. 5º, XI, da Constituição de 1988, qual seja, a inviolabilidade do domicílio: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Também não se pode perder de vista que a casa constitui a própria extensão da pessoa, lugar onde exerce livremente o seu direito fundamental à intimidade e à vida privada, inseridos na própria concepção de dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e objeto de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu Artigo 11.2.³

Devido a isso, apenas a autoridade judicial pode decretar a medida de busca domiciliar (cláusula de reserva de jurisdição) – durante o dia⁴⁵ –, devendo-se observar sempre o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB) e a excepcionalidade da violação do direito à intimidade (art. 5º, X, da CRFB), demandando, por conseguinte, um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade “no sentido de proibição de excesso de intervenção” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 556). Nessa trilha, Pitombo (2005, p. 2) destaca que:

só pode ocorrer a restrição a direitos fundamentais dentro da estrita legalidade. A hipótese de restrição há que estar prevista em lei ordinária; ter fins legítimos, evidenciar interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; ajustar-se, em sua concretude, à finalidade perquirida. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição da Justiça Pública, para se atingir o fim desejado sem restringir direito assegurado na Lei Maior.

³ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

² Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Com o fito de buscar uma uniformidade em torno do conceito de “dia”, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19) passou a criminalizar, em seu art. 22, § 1º, III, o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h ou antes das 5h. Considera, assim, como “noite” o período compreendido neste intervalo de tempo (21h às 5h) e, *a contrario sensu*, “dia” como sendo o intervalo das 5h às 21h.

⁵ Não se pode olvidar das hipóteses excepcionais e taxativas constitucionalmente que permitem a flexibilização da inviolabilidade domiciliar: flagrante delito, desastre, prestação de socorro e consentimento do morador. Frise-se que tal consentimento deve ser do morador, não do proprietário do imóvel, e que o mesmo deve ser sempre livre e atender às balizas fixadas no julgamento do HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021.



No que diz respeito às fases de seu cabimento, a busca e apreensão pode ser decretada tanto no curso do inquérito policial como durante a ação penal, observando-se, em qualquer caso, a cláusula de reserva de jurisdição e os pressupostos autorizadores da medida. Logo, “somente quando fundadas razões, quanto à urgência e à necessidade da medida, estiverem presentes, é que se poderá conceder a busca e apreensão” (PACELLI, 2021, p. 564).

Até nas hipóteses excepcionais de entrada domiciliar sem mandado judicial, calcadas em fundadas suspeitas/razões, o STF definiu, em sede de repercussão geral (Tema nº 280), a tese de que: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*.”⁶, ressaltando que, mesmo nesses casos, a justificativa deve estar conforme o Direito.

Em relação à iniciativa da decretação da medida, o CPP anuncia, em seu art. 242, que: “A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. Sobre essa atuação judicial *ex officio*, Nucci (2020, p. 953) apregoa que “tal providência faz parte da busca da verdade real, princípio que rege a atuação do magistrado no processo penal, bem como ao impulso oficial, que comporta o procedimento”.

Todavia, a reforma trazida pela Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, fulminou o poder do juiz de decretar medidas cautelares de ofício,⁷notadamente pela nova dicção legal dos arts. 282, § 2º e 311, *caput*, ambos do CPP. Nessa esteira, a consagração do sistema acusatório-constitucional também foi fortalecida pela novel lei, que acrescentou o art. 3º-A ao CPP: “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”⁸.

Por consequência, tendo em conta as referidas alterações legislativas, não se pode conceber como compatível com o sistema constitucional vigente a previsão anunciada no art. 242 do CPP, que permite a decretação da busca *ex officio* pelo juiz. A medida, portanto, só pode ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, assistente de acusação, querelante, defensor ou, se ainda na fase de inquérito, por representação da autoridade policial. Com essa mesma visão, Lopes Jr. (2020, p. 572):

É inconstitucional a busca e apreensão determinada (ou realizada) de ofício pelo juiz. Ademais, tal dispositivo está tacitamente revogado pelo art. 3º-A, que

⁶ RE 603.616/RO, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, DJe 10/05/2016.

⁷ A título de exemplo, no julgamento do HC 188.888/MG, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado 06/10/2020, DJe 15/12/2020, o STF entendeu ser incabível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva.

⁸ Porém, insta ressaltar que, com a concessão de liminar na Medida Cautelar nas ADIN's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux no dia 22 de janeiro de 2020, suspendeu-se, *sine die*, a eficácia do art. 3º-A.



recepcionou expressamente a estrutura acusatória que é incompatível com a atuação de ofício por parte do juiz.

Além dos argumentos levantados, cabe registrar a posição defendida por Maciel (2019, p. 65-91) em sua dissertação acerca da proporcionalidade do mandado de busca e apreensão genérico: apenas em situações muito específicas, quando não seria exigido algum tipo de delimitação.

De toda forma, são casos que precisam ser vistos de forma mais detida, ultrapassando os limites de discussão do presente artigo. Fato é que os mandados de busca e apreensão deverão ser refletidos e argumentados à luz da proporcionalidade em face de direitos fundamentais como a proteção de dados pessoais.

3.2 Objeto

Nesse sentido de meio de obtenção de prova, a busca e apreensão domiciliar pode ser decretada a fim de apreender os objetos listados no art. 240, § 1º, do CPP:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

Como visto, para o deferimento da ordem judicial, o § 1º diz ser necessária a existência de fundadas razões, que, “se baseiam na suspeita grave, séria, confortada pelo o que a autoridade judicial sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio da busca vai ser conhecida” (TORNAGHI, 1991, p. 463). Desse modo, tal como asseveram Távora e Alencar (2017, p. 750), gera-se uma dificuldade de:

precisar o sentido da expressão “fundadas razões”. Tal problema é agregado pela admissão de que tais razões sejam “devidamente justificadas *a posteriori*”. Na prática, abre-se o flanco para que argumentos retóricos apresentados seguidamente à violação de domicílio, com o intuito de mascarar diligências policiais realizadas ao arrepio da Constituição.



Em razão disso, deve o juiz demonstrar, de forma individualizada, motivada, fundamentada e minuciosa, a necessidade da medida de busca e apreensão, sob pena de nulidade, considerando a nova redação do art. 315 do CPP – que repete, em seu § 2º,⁹ o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil – e a inclusão do inciso V ao art. 564 do CPP.¹⁰

Nesse diapasão, seria inconcebível uma decisão que se limite a uma “vazia repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas, reprodutoras, muitas vezes, de um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confiou uma prestação jurisdicional mais qualificada.” (CRUZ, 2021, p. 118). Nas palavras de Pitombo (2005, p. 3), a natureza de *extrema ratio* da medida gera para o juiz o dever de, de forma inequívoca, escrita e fundamentada:

demonstrar, nos “fundados motivos”, que a restrição ao direito individual aflora inafastável, para a persecução penal; evidenciar o interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; estar ajustada, em sua concretude, com a finalidade perseguida. E, mais, patentear sua imprescindibilidade, oportunidade e conveniência.

Nessa perspectiva, as “fundadas razões” não podem ser uma “carta branca” para permitir a devassa da intimidade e privacidade das pessoas. Por essa razão, deveriam ser consideradas a “consciência da gravidade e violência que significa a busca domiciliar” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 556) e a compreensão do nível de exigência que um juiz deve ter ao decidir por uma medida dessa natureza para a obtenção de um meio probatório.

Corroborando essa linha de raciocínio, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça pontuou que não se pode deferir a medida de busca e apreensão domiciliar sem que haja demonstração da sua indispensabilidade frente às particularidades do caso concreto, sendo

⁹ § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁰ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.



insuficiente, dessa maneira, a mera transcrição das hipóteses de cabimento anunciadas no art. 240, § 1º, do CPP¹¹:

HABEAS CORPUS. POSSE DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO AUTORIZADORA DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição da República, em seu art. 93, IX, (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade”), concretizado no plano legislativo pelo art. 489, § 1º, do CPC, demanda a expressa motivação da decisão judicial.

2. Do texto da decisão que deferiu o pedido de busca e apreensão, não há fundamentação idônea a justificar a medida, visto que o Juízo de Direito, além de não particularizar o caso em comento, não demonstrou a indispensabilidade da medida, evidenciando-se, assim, o caráter genérico da decisão. Na verdade, a decisão cingiu-se a um único parágrafo em que o Juízo faz brevíssima menção ao parecer do Parquet (“Ante o parecer favorável do Dr. Promotor de Justiça, defiro o pedido de busca e apreensão domiciliar”). Todavia, como pode-se notar do texto do parecer ministerial, não se trata sequer de fundamentação per relationem, pois a manifestação do Ministério Público é completamente destituída de elementos que possam servir de fundamentação idônea para o pedido contido na representação ministerial.

3. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilegalidade de todos os elementos de informação decorrentes da decisão que determinou a busca e apreensão, devendo tais elementos e os deles decorrentes ser desentranhados dos Autos n. 1510901-32.2019.8.26.0019.

(HC 530.989/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).
(Grifo nosso).

3.3 Conceito de “casa”

Sob a ótica da abrangência da busca e apreensão domiciliar no processo penal, o conceito de casa apresenta-se de forma mais ampla do que o tradicionalmente adotado na seara civil (arts. 70¹² e 72, *caput*,¹³ ambos do Código Civil), tomando-se como base o art. 150, §§ 4º e 5º, do Código Penal, e o art. 246 do Código de Processo Penal, respectivamente:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 4º - A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

¹¹ No mesmo diapasão: HC 497.699/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 26/08/2019.

¹² Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

¹³ Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.



III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão “casa”:

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Nessa lógica, o conceito de casa pode abranger, por exemplo, um quarto de pensão, pousada, hotel, hostel ou motel, barco, trailer, cabine de caminhão, garagem, quintal, depósito, loja, empresa, consultório médico, gabinete, escritório de advocacia – sendo este o local onde mais ocorre a prática do *fishingexpedition*, conforme se verá adiante.

3.4 Mandado de busca e apreensão

No âmbito da busca e apreensão domiciliar, a doutrina brasileira destaca que o juiz:

quando determinar a realização de busca domiciliar deve, efetivamente, motivar a imprescindível necessidade da diligência, demonstrando de forma cabal os motivos justificadores que autorizam a violação daquilo que a própria Constituição Federal chama de ‘asilo inviolável’. (DUTRA, 2007, p. 91).

A partir disso, tal ordem judicial é consubstanciada em um mandado de busca e apreensão domiciliar, que deverá, nos termos do art. 243 do CPP:

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.

Assim, o mandado não pode ser genérico, devendo observar os ditames legais e ser o mais preciso possível, sob o risco de tornar-se uma verdadeira arma contra a intimidade e privacidade das pessoas. Revela-se fulcral a indicação detalhada do endereço onde será realizada a diligência, assim como do motivo e dos fins da diligência, como dispõem os incisos I e II do referido dispositivo.

Desta feita, inadmissível um “mandado incerto, vago ou genérico”, de modo que “a determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da



procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu.” (PITOMBO, 2005, p. 2).

Exemplo típico disso são os mandados expedidos contra as comunidades mais humildes da periferia – as denominadas “favelas” –, de forma indiscriminada e sem quaisquer delimitações, em total afronta ao que prevê o CPP e aos valores previstos na Constituição. Reconhecendo essa ilegalidade, a Sexta Turma do STJ declarou nula a decisão que decretou medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra todos os cidadãos domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator.¹⁴

Assim, em caso de qualquer desvio, excesso ou abuso no cumprimento do mandado, os eventuais objetos apreendidos não poderiam ser considerados como provas, pois contaminados, devendo, automaticamente, serem desentranhados dos autos, nos termos do art. 157, *caput*, do CPP.¹⁵ Nesse toar, se o mandado não especificar o que deve ser apreendido e onde deve ser cumprida a ordem, há uma conduta ilegítima e o material eventualmente apreendido configura prova ilicitamente obtida. Afinal, “não se coaduna com as garantias envolvidas uma ordem global ou genérica, que permita a indiscriminada procura de objetos que não se referirem ao delito” (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2018, p. 478).

Destarte, a hipótese sustentada na doutrina brasileira é a de que o mandado deve sempre estar vinculado “aos limites estabelecidos pelo juiz, não só quanto aos objetos ou pessoas procuradas, como também aos locais susceptíveis de invasão.” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 745). Também a Segunda Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 144.159/PR, com relatoria do Min. Gilmar Mendes, já se posicionou no mesmo sentido de reconhecer a ilicitude da busca e apreensão realizada em desconformidade com a delimitação apresentada no mandado judicial.¹⁶

Somado a isso, os agentes cumpridores dos mandados ilegais podem incorrer nas sanções previstas na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19), mais especificamente a anunciada no *caput* do art. 22,¹⁷ bem como no próprio delito de violação de domicílio constante do art. 150 do CP.¹⁸ Na mesma linha, Nucci (2020, p. 878) pontua:

¹⁴ AgRg no HC 435.934/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 20/11/2019.

¹⁵ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹⁶ HC 144.159/PR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 03/08/2020.

¹⁷ Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹⁸ Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem



Não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados. Trata-se de abuso de autoridade de quem assim concede a ordem e de quem a executa, indiscriminadamente. Note-se que a lei exige fundadas razões para que o domicílio de alguém seja violado e para que a revista pessoal seja feita, não se podendo acolher o mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar.

4 O FENÔMENO DO *FISHING EXPEDITION* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De início, é importante conceituar o fenômeno do *fishingexpedition*, que, na tradução para a língua pátria, pode ser definido como “pescaria probatória”, isto é, a realização de buscas e investigações especulativas para subsidiar uma investigação/acusação, também conhecidas como diligências de prospecção que, caso não resulte em fontes de prova tangíveis, não trará consequências – para além da violação à intimidade e à dignidade humana do investigado/acusado.

Cuida-se, portanto, de uma busca e procura sem quaisquer limites ou balizas pré-fixadas que tem o objetivo de encontrar e apreender todo e qualquer objeto que eventualmente sirva como prova. Nas discussões processuais brasileiras, um ponto de partida interessante é oferecido a partir da definição de Rosa (2021):

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

Denomina-se pescaria (ou expedição) probatória a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas se tem “convicção” (o agente não tem provas, mas tem convicção).

Na doutrina alemã, Schunemann (2005, p. 33) pontua que o *fishingexpedition* gera o chamado “efeito hidra”, consistente na busca permanentemente ampliada (estendida) e, com isso, invasiva, com a finalidade de alcançar vestígios de fatos que inclusive se desconhece. O que se tem, pois, é apenas especulação, amplitude vasta e caráter excessivamente genérico.

Nesse passo, como medida violadora de direitos e garantias individuais, a “pescaria probatória” não encontra supedâneo no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser rechaçada de

de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.



todas as formas. A partir do momento em que se inicia um procedimento fundado em apenas convicções e suspeitas, põe-se em risco a própria lógica do processo penal que é proteger o investigado/acusado das arbitrariedades do Estado, jamais podendo-se desviar da máxima de que, no Direito Processual Penal, “forma é garantia” (GLOECKNER, 2013, p. 457). Compartilhando dessa intelecção, Lima (2020, p. 197):

Se ninguém pode ser submetido indevidamente ao constrangimento ilegal decorrente de um processo criminal leviano e temerário (*strepitusjudicii*), tampouco pode ser desarrazoadamente objeto de investigação indevida (*strepitusinvestigationem*). Com efeito, vedadas que são as denominadas *fishingexpeditions*, não se pode admitir a deflagração de um procedimento investigatório sem um mínimo de indícios acerca da materialidade e/ou autoria de um ilícito.

Nessa senda, decretações de interceptações telefônicas como primeira medida investigativa sem limitação de tempo razoável, quebras de sigilo indiscriminadas – como as que ocorreram na “CPI da Pandemia” recentemente –, buscas pessoais realizadas com base em subjetividades e arbitrariedades policiais, racismo e preconceitos, bem como prisões preventivas e temporárias como meios de forçar uma delação premiada – prática que foi bastante corriqueira na “Operação Lava Jato” – são alguns exemplos de medidas de *fishingexpedition* no processo penal brasileiro.

Ocorre que, rotineiramente, a pescaria probatória se faz presente das mais variadas formas e, muitas vezes, tem o beneplácito dos Tribunais Superiores e de segunda instância, que relativizam o descumprimento da lei valendo-se sempre do brocardo *pas de nullitésansgrief* (“não há nulidade sem prejuízo”). As nulidades processuais, consoante Julio Maier (1980, p. 129), possuem natureza de “sanção processual” e, no caso do processo penal, somente podem ser decretadas quando for demonstrado o efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP.¹⁹ Devido a isso, a jurisprudência se mostra bastante complacente com potenciais ilegalidades praticadas por juízes de primeira instância.

Contudo, em algumas situações, a jurisprudência do Supremo, sem mencionar o termo *fishingexpedition*, vem, paulatinamente, reconhecendo a ilegitimidade de algumas práticas e, por consequência, a ilicitude das provas eventualmente obtidas por meio delas.

¹⁹ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.



Em um caso em que foi ordenada a quebra de sigilo telefônico com base em uma listagem genérica, por exemplo, o STF reconheceu a ilegalidade da medida, aduzindo que a busca deveria ser determinada contra pessoa devidamente individualizada e que esteja no rol de investigados.²⁰

Em outra oportunidade, por ocasião do julgamento do Tema nº 990, que tratou da possibilidade de compartilhamento dos Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) elaborados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal com os órgãos de persecução penal, o relator, Min. Dias Toffoli, observou:

a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIF por encomenda (*fishingexpedition*) contra cidadãos que não estejam sob investigação criminal de qualquer natureza ou em relação aos quais não haja alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados. (...).

(RE 1.055.941/SP, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, DJe 18/03/2021, p. 57 do acórdão).

Em decisão mais recente do STF, não foi acolhido o pedido de elaboração de laudo pericial pelo setor técnico-científico da Polícia Federal sobre os dados informáticos da mídia do celular de Sergio Moro, investigado no âmbito do INQ nº 4.831/DF, bem como de relatório de análise das mensagens de texto e áudio, imagens e vídeos. No entender do Min. Celso de Mello, a medida deveria se limitar apenas aos arquivos que guardassem conexão com os fatos ora investigados, oportunidade em que destacou que:

o motivo de observar-se a existência de conexão com os eventos alegadamente delituosos sob investigação penal reside no fato de que o nosso sistema jurídico, além de amparar o princípio constitucional da intimidade pessoal, repele atividades probatórias que caracterizem verdadeiras e lesivas “*fishingexpeditions*”, vale dizer, o ordenamento positivo brasileiro repudia medidas de obtenção de prova que se traduzam em ilícitas investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

(INQ 4.831/DF, Relator(a): CELSO DE MELLO, julgado em 05/05/2020, DJe 11/09/2020, p. 12-13 da decisão).

Já no âmbito do STJ, vem sendo construído entendimento no sentido de reconhecer a ilegalidade, mesmo com autorização judicial, da conduta de espelhamento via aplicativo

²⁰ INQ 2.245 AgR/MG, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2006, DJ 09/11/2007.



WhatsApp Web, tendo em vista possibilitar o acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação, inclusive as realizadas antes da referida autorização.

Analisando a argumentação jurídica formulada neste posicionamento da Sexta Turma do STJ, é ressaltado o caráter randômico e ilegal da medida em razão de ocasionar uma verdadeira devassa na privacidade do investigado/acusado. Porém, para além da questão da proteção de dados, a principal *ratio* girou em torno da adequação e idoneidade da medida que não garantiria a absoluta recuperação das mensagens para efeitos de prova no processo penal:

(...) 3. Esta Sexta Turma entende que é inválida a prova obtida pelo WhatsApp Web, pois “é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. **Eventual exclusão de mensagem** enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, **não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários**” (RHC 99.735/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018).

4. Agravo regimental parcialmente provido, para declarar nulas as mensagens obtidas por meio do printscreen da tela da ferramenta WhatsApp Web, determinando-se o desentranhamento delas dos autos, mantendo-se as demais provas produzidas após as diligências prévias da polícia realizadas em razão da notícia anônima dos crimes.

(AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021).

(Grifo nosso).

Todas as práticas acima reconhecidas como ilegais pelos Tribunais Superiores são medidas de “pescaria probatória”, haja vista que, embora sejam determinadas originalmente para auxiliar a investigação, na verdade, podem se revelar como instrumentos excessivos. Na análise de Melo e Silva (2017), isso cria a possibilidade de que o juiz crie convicções antes da colheita de provas para somente depois “sair em busca de todo e qualquer material probatório apenas para confirmar a sua versão já preconcebida”, o que terminaria por minar todas as garantias processuais penais tuteladas pela ordem constitucional.

Dessa maneira, dever-se-ia melhor investigar primeiro para, então, embasar a decretação de medidas tão invasivas de direitos e garantias individuais. Afinal, a ilegalidade desses procedimentos investigatórios acaba sendo mascarada pelo resultado do ato, subvertendo a lógica das garantias fundamentais.



5 A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA DE *FISHING EXPEDITION* NO PROCESSO PENAL

Expostas as balizas acima, resta evidente que não é possível vislumbrar, no contexto de uma medida que acarreta a restrição de direitos fundamentais como a busca e apreensão domiciliar, “informalidades, interpretações extensivas ou analogias” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 566), devendo haver, sempre, a estrita observância dos limites legais previstos no art. 243 do CPP como fator legitimante da medida.

Por isso, fica claro que mandados de busca e apreensão domiciliar genéricos, “sem alvo definido, tangível e descrito no mandado” (ROSA, 2021), assim como a apreensão de materiais alheios aos objetivos da diligência determinada, são típicas “pescarias probatórias”, porquanto atentam contra a “estrita jurisdicionalidade” (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

Partindo para uma análise jurisprudencial do *fishingexpedition*, a Segunda Turma do STF declarou ilícitas provas obtidas em busca e apreensão realizadas durante diligências da “Operação Publicano”, deflagrada no Estado do Paraná. No caso analisado, o Juízo competente autorizou o cumprimento de mandado de busca e apreensão no endereço de uma determinada empresa, mas a busca foi feita no endereço de pessoas físicas, justamente os responsáveis/sócios da referida pessoa jurídica.

Dessa forma, os agentes policiais valeram-se de mandado judicial para ir além daquilo que foi delimitado, revelando justamente o que o Min. Celso de Mello apontou no INQ nº 4.831/DF como sendo a frontal “a incompatibilidade dessas medidas de caráter randômico e exploratório com a Constituição”. Nesse tanto, a Segunda Turma do STF consolidou argumentação no sentido de que o local da busca e apreensão não pode ser distinto do que foi previsto no mandado judicial – e que eventual desvio acarretará no reconhecimento da ilicitude da prova.²¹

Com certa similitude fática ao referido caso, o Supremo também determinou a inutilização das provas obtidas durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão expedido contra um andar específico de um prédio sede de uma instituição financeira (no caso concreto, o 28º). Sucede que, durante a diligência, os policiais identificaram um novo local de interesse, fora do âmbito do mandado em cumprimento, qual seja, 15 (quinze) andares abaixo, no 3º andar do mesmo

²¹ HC 163.461/PR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 03/08/2020.



prédio. Em razão disso, o resultado da diligência realizada neste endereço ulterior sem nova autorização judicial foi considerado ilícito.²²

Diante desse cenário, como bem adverte Lopes Jr. (2020, p. 557), a “busca domiciliar não pode ser banalizada, devendo ter uma finalidade clara, bem definida e estar previamente justificada pelos elementos da investigação preliminar”. Contudo, na prática, mediante mandados genéricos, observa-se que juízes, ao determinarem a busca e apreensão de todo e qualquer material que lhe sirva de convicção, sem delimitar o que se quer buscar, impõem uma verdadeira “pescaria probatória”.

Por conseguinte, abre-se “espaço para o substancialismo inquisitorial e o autoritarismo judicial” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 559) a ser delegado à autoridade policial, mais revelando uma diligência que se mostra inútil, “pois o Estado-investigação ou o Estado-acusação nem mesmo sabe o que procurar ou apreender” (NUCCI, 2020, p. 395). Repise-se que “o mandado não pode ser um cheque em branco” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 745), não podendo haver abertura à criatividade dos agentes públicos a partir da “pescaria probatória” que dá azo ao não preenchimento de requisitos legais.

Ademais, até mesmo quando há alguma delimitação, as autoridades responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial acabam cometendo ilegalidades, como as evidenciadas alhures. Nesse contexto, Tucci (1978, p. 223) entende ser imprescindível que a autoridade aja “criteriosamente e com a necessária discricção, de sorte que a medida, realmente violenta, não se degenere, transfundindo-se o ato constritivo num insuportável constrangimento à liberdade de quem deva sofrer os respectivos efeitos”. Esse argumento também aparece na discussão sobre os limites da busca e apreensão em Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para evitar uma atuação discricionária da autoridade policial.²³

Somado à tormentosa realidade dos mandados genéricos, há, ainda, o problema das medidas de busca e apreensão expedidas contra escritórios de advocacia, que gera muita discussão doutrinária e jurisprudencial. O objetivo primordial, claramente, é colher elementos que estejam envolvidos com possíveis crimes praticados por advogados, devendo-se, porém, preservar todo e qualquer material alheio à investigação. Nesse caso, há um desafio jurídico que é a garantia de proteção de dados de clientes e outros terceiros que não possuem qualquer relação com a investigação.

²² HC 106.566/SP, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/03/2015.

²³ MS 23.454-7/DF, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/1999, DJ 23/04/2004.



Sendo ou não considerados “documentos sigilosos” pelo escritório de advocacia, muitas informações podem ser consideradas “dados sensíveis” da pessoa natural, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (art. 5º, II, da Lei nº 13.709/2019): relacionados com “origem racial ou étnica”, “convicção religiosa”, “opinião política”, “filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político”, além de dados referentes à “saúde ou à vida sexual”, “genéticos ou biométricos”.

Há, todavia, um argumento relevante contrário à aplicação da Lei nº 13.709/2019. Isso porque a referida legislação brasileira exclui sua aplicação quando a finalidade da intervenção está relacionada exclusivamente com questões de “segurança pública” e “atividades de investigação e repressão de infrações penais” (art. 4º, III, *a, d*). Segundo a LGPD, uma nova lei específica deveria ser necessária para o tratamento desses dados (art. 4º, § 1º). Seria, de fato, o caso de medidas como a decretação de busca e apreensão.

À luz das discussões realizadas nos primeiros tópicos deste artigo, as autoridades estatais estão impedidas de promover uma proteção insuficiente ao direito fundamental de proteção de dados. Isso significa que, ainda que o legislador não tenha apresentado detalhes da regulamentação do tratamento destes dados, a medida de busca e apreensão poderá ser considerada ilícita.

Tal cenário poderá ocorrer quando sua decretação não atender aos requisitos da proporcionalidade (finalidade lícita, adequação, necessidade e proporcionalidade estrita), posto que, em se tratando de medida cautelar, sempre dotada de caráter excepcional, deve haver o cotejo entre o caso concreto e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como leciona Mendes (2004, p. 49):

Em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Tradicionalmente, também o sigilo profissional e a garantia da inviolabilidade do escritório de advocacia – que, em alguns casos, pode ser a própria residência do advogado –, apresentam-se como fundamentos normativos para rechaçar o mandado genérico de busca e apreensão, exigindo uma maior especificidade no seu objeto em relação àquele mandado expedido para busca em residência. Com essa fundamentação, já se posicionou o STF:

(...) 1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. **O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado,**



pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial.

2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados.

3. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes.

4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do INQ 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.

(HC 91.610/BA, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 22/10/2010). (Grifo nosso).

No mesmo sentido, um julgado recentemente divulgado no Informativo nº 1025 do STF, de 20/08/2021: para a Segunda Turma, novamente com relatoria do Min. Gilmar Mendes, “a deflagração de amplas, inespecíficas e desarrazoadas medidas de busca e apreensão em desfavor de advogados pode evidenciar a prática de ‘fishingexpedition’”, dado que “a jurisprudência do STF confere interpretação estrita e rígida às normas que possibilitam a realização de busca e apreensão, em especial quando direcionadas a advogados no exercício de sua profissão”.²⁴

Mesmo assim, na prática, “determinadas operações policiais ultrapassam os limites do mandado judicial, quando, claro, o mandado impõe limites, que é outro problema.” (RANGEL, 2019, p. 293-294). Logo, o mandado deve ser sempre cumprido e interpretado de forma restrita, não havendo espaço para criatividade por parte da autoridade que cumpre a diligência.

Em um Estado Democrático de Direito, os fins não podem justificar os meios, de modo que qualquer coisa apreendida de forma destoante à autorização judicial não pode ser considerada como prova, sendo, por óbvio, “o preço a se pagar pelo desrespeito à tutela constitucional do domicílio” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 750). Ao mesmo tempo, este cenário demonstra a urgência na discussão sobre o tratamento de dados pessoais na seara criminal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as considerações expostas, e tendo em conta as dimensões normativas do direito fundamental de proteção de dados pessoais, a adoção de mandados de busca e apreensão

²⁴ Rcl 43.479/RJ, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/08/2021, DJe 03/11/2021.



genéricos, de fato, é caracterizada como uma prática ilícita de *fishingexpedition* no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos primeiros tópicos, foi possível refletir sobre as transformações nos parâmetros de controle da validade jurídica da atividade probatória no processo penal. Além da proteção de diversos direitos fundamentais como a autodeterminação informativa e a privacidade, foi possível apontar a possibilidade de adoção de um critério jurídico para a proteção dos dados das pessoas naturais, com base no direito fundamental de proteção de dados. Não obstante, este direito específico ainda merece maior desenvolvimento na jurisprudência criminal, sendo urgente sua reflexão para uma interpretação constitucionalmente adequada.

Ao longo das discussões, critérios dogmáticos da proporcionalidade e do mandado de busca e apreensão foram apresentados e discutidos. Desse modo, os resultados do artigo apontam para os riscos dos mandados de busca e apreensão e de eventuais práticas caracterizadas como *fishingexpedition* – prática ilícita que viola a proteção de dados.

Para além de uma mera exposição sobre o mandado de busca e apreensão no direito brasileiro, a pesquisa colabora para novas reflexões sobre o controle jurídico das medidas probatórias no processo penal a partir dos novos aportes do direito fundamental de proteção de dados. De um ponto de vista pragmático, a utilização de um novo parâmetro reforça a dimensão normativa das garantias constitucionais, orientando a atividade jurisdicional. Tais contribuições, entretanto, não esgotam a temática. Pelo contrário, oferecem a oportunidade de novas discussões, principalmente por se tratar de matéria ainda pouco explorada – mas de imensa repercussão prática.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Data protection in Brazil: new developments and current challenges. In: GURWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul. (org.).



Reloading data protection: multidisciplinary insights and contemporary challenges. Dordrecht: Springer, 2014. p. 3-20.

DUTRA, Luciano. **Busca e apreensão penal:** da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACIEL, Frederico Ernesto Cardoso. **O mandado de busca e apreensão genérico:** análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/4160>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MAIER, Julio. **Función normativa de la nulidad.** Buenos Aires: DePalma, 1980.

MARQUES, Virgínio. Uma leção de direito público: conceito de direito; direito público e privado; direito constitucional. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 18, n. 1, p. 41-56, 1910.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. **Espaço Jurídico**, v. 18, n. 2, p. 433-490, maio/ago. 2017.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishingexpedition: a pesca probatória por provas por parte dos órgãos de investigação. **Empório do Direito**, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. A desfuncionalização da busca e da apreensão. **Boletim IBCCrim**, v. 13, n. 151, p. 2-3, jun. 2005.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. A prática de fishingexpeditionno processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 02 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. E-book.

SARLET, Ingo; SAAVEDRA, Giovani. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista Direito Público**, v. 17, n. 93, p. 33-57, maio/jun. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2021.

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

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Habeas corpus, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

