

13/06/2023

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 605 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: WALBER DE MOURA AGRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

Referendo de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ato do poder público. Ministro da Justiça e Segurança Pública. Ordem de destruição de provas apreendidas com *hackers* presos pela Polícia Federal na operação *Spoofing*. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Medida cautelar concedida e referendada.

1. A dissipação de provas pode frustrar a efetividade da prestação jurisdicional, em contrariedade a preceitos fundamentais da Constituição, como o Estado de Direito (art. 1º, **caput**) e a segurança jurídica (art. 5º, **caput**).

2. A formação do convencimento do Plenário da Suprema Corte quanto à licitude dos meios para a obtenção dos elementos de prova exige a adequada valoração de todo o conjunto probatório. Somente após o exercício aprofundado da cognição pelo colegiado será eventualmente possível a inutilização da prova por decisão judicial (art. 157, § 3º, do CPP).

3. Deve-se reconhecer o **periculum in mora**, visto que a demora na efetivação da cautelar requerida podia gerar a perda irreparável de peças essenciais ao acervo probatório da Operação **Spoofing** e outros procedimentos correlatos.

4. Cuida-se de manifesta hipótese de aplicação do art. 5º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, segundo o qual, em “caso de extrema urgência ou perigo de

ADPF 605 MC-REF / DF

lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, **ad referendum** do Tribunal Pleno”.

5. Medida cautelar concedida e referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 2 a 12/6/23, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, por unanimidade de votos, em referendar a decisão liminar.

Brasília, 13 de junho de 2023.

Ministro Dias Toffoli
Relator

13/06/2023

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 605 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: WALBER DE MOURA AGRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo **PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA (PDT)**, com pedido de liminar, contra **ato do poder público** consistente na **suposta ordem** do então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sr. Sérgio Fernando Moro, para a destruição de provas apreendidas com hackers presos pela Polícia Federal.

Segundo o relato da petição inicial, a Polícia Federal prendeu, em 23 de julho de 2019, quatro suspeitos de **hackear** os aparelhos celulares de autoridades da República, incluindo o do então Ministro da Justiça e Segurança Pública, e essa autoridade, em 26 de julho de 2019, teria informado que daria início ao descarte do material apreendido na ocasião.

Alega o requerente que as provas em comento são essenciais para o deslinde do caso, máxime para confirmar a autenticidade das mensagens publicadas com base nos arquivos do **Intercept Brasil**, razão pela qual sustenta que o ato impugnado afronta o devido processo legal formal e material (art. 5º, inciso LIV, da CRFB); os princípios que iluminam a Administração Pública, notadamente os da moralidade e da legalidade (art. 37, **caput**, da CF/88); e o princípio da segurança pública (art. 144, **caput**, da CF/88).

Especificamente quanto ao devido processo legal e à legalidade,

ADPF 605 MC-REF / DF

argumenta o requerente que a medida de aniquilamento de provas colhidas no contexto de uma investigação não pode ser tomada pelo Ministro da Justiça, autoridade do Poder Executivo. Defende, outrossim, que a destruição do material prejudicaria sobretudo os investigados, impedindo-os de exercerem plenamente o direito de defesa.

Pondera, por fim, que o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, ao assim proceder, teria incorrido nos tipos penais descritos nos arts. 305 e 319 do Código Penal, bem como estaria a impedir que a Polícia Federal cumprisse sua incumbência constitucional de apurar as infrações penais, conforme determina o § 1º do art. 144 da Constituição de 1988.

Ao final, requer a concessão de medida cautelar, nos termos do art. 5º, **caput** e § 3º, da Lei nº 9.882/99, para determinar que “o Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e Segurança Pública se abstenha em destruir as provas colhidas com os **hackers** presos pela Polícia Federal até o julgamento final”. No mérito, o requerente pugna pela procedência do pedido para que, “reconhecida a lesão aos preceitos fundamentais indicados, seja declarado nulo e inconstitucional o ato objeto dessa impugnação” (fl. 23, eDoc. 1).

Em 1º de agosto de 2019, o eminente Ministro **Luiz Fux**, então Relator do caso, **concedeu a liminar, ad referendum do Plenário**, para “determinar a preservação do material probatório já colhido no bojo da Operação Spoofing e eventuais procedimentos correlatos até o julgamento final desta ADPF”.

Na mesma ocasião, foi determinada a remessa da “cópia do inteiro teor do inquérito relativo à referida operação, incluindo-se as provas acostadas, as já produzidas e todos os atos subsequentes que venham a ser praticados” (fl. 6, eDoc. 12).

Foram prestadas informações pela autoridade requerida (eDoc. 20), pelo Juízo da 10ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal (eDoc. 32) e pela Polícia Federal, **a qual juntou aos autos mídia contendo o inteiro teor do inquérito policial correlato** (eDoc. 37).

Instados (eDoc. 39), o **Procurador-Geral da República** e o **Advogado-Geral da União**, nessa ordem, opinaram pela negativa de

ADPF 605 MC-REF / DF

seguimento da presente arguição.

O primeiro sustenta o não cabimento da arguição com o argumento de que “eventuais lesões individuais concretas verificadas no âmbito da Operação **Spoofing** devem ser objeto de impugnação pela via processual pertinente” (eDoc. 44, fl. 20), enquanto o segundo alega a prejudicialidade da ação, por perda superveniente de seu objeto, tendo em vista “o atendimento da pretensão material à preservação dos elementos de prova sob exame” (eDoc. 46, fl. 4).

É o relatório.

13/06/2023

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 605 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, discute-se a constitucionalidade do **ato do poder público** consistente na suposta ordem do então Ministro da Justiça e Segurança Pública visando à destruição das provas apreendidas com **hackers** presos pela Polícia Federal na operação **Spoofing**.

Conforme relatado, o então Relator, Ministro **Luiz Fux**, concedeu a liminar para determinar a preservação do material probatório já colhido no bojo da Operação **Spoofing**, nos termos da decisão monocrática a seguir transcrita, cujos fundamentos **submeto a referendo deste Plenário**:

“(…)

Ab initio, consigno, em grau perfunctório de cognição, a admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Há, no caso vertente, questionamento dirigido a ato do poder público, consoante exigido pelo art. 1º da Lei n.º 9.882/99. No que diz respeito ao requisito da subsidiariedade, apresenta-se a ADPF como o meio processual mais eficaz para sanar a lesividade alegada de maneira célere e com eficácia geral. A propósito, é elucidativo o seguinte precedente do Plenário desta Corte, **verbis**:

'ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) – AÇÃO
ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL –
PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99,
ART. 4º, § 1º) – EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A
NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE
ALEGADAMENTE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS
– INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE

ADPF 605 MC-REF / DF

DESCUMPRIMENTO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes. **A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse 'writ' constitucional.** – A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.' (ADPF 237 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014).

Em sentido análogo: ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015.

Relativamente ao requerimento cautelar, entendo

ADPF 605 MC-REF / DF

presentes os pressupostos necessários à sua concessão.

No que diz respeito ao **fumus boni iuris**, verifica-se efetiva probabilidade de ofensa a preceitos fundamentais da Carta Magna, em especial a segurança jurídica (art. 5º, **caput**) e a garantia da operacionalidade da justiça penal.

A ação constitucional em apreço se destina a preservar elementos de prova relativos a invasões de dispositivos eletrônicos de autoridades públicas, sendo que dados supostamente obtidos por esse meio foram divulgados na imprensa. Consoante narra a exordial, *'ainda há uma investigação em andamento, sendo todos os atos e provas carregadas ao caderno inquisitorial salutare para o deslinde do caso, máxime para fins de confirmar a autenticidade das mensagens publicadas com base nos arquivos do 'Intercept Brasil'.* A salvaguarda do acervo probatório é essencial para a adequada elucidação de todos os fatos relevantes, mormente porque a eliminação definitiva de elementos de informação reclama decisão judicial, **ex vi** do art. 9º da Lei nº 9.296/1996 e do art. 120, § 1º, do CPP.

Consoante reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (**Bundesverfassungsgericht**), quando a Lei Fundamental atribui ao Estado a proteção de diversos bens jurídicos, encarta de forma implícita o denominado 'princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal'. Destacou aquela Corte a existência de um interesse público em garantir o funcionamento efetivo da justiça criminal (**'das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege'**), pois o Estado de Direito só pode se concretizar caso seja assegurada a sua aplicação prática (**'Der Rechtsstaat kann nur verwirklicht werden, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden'**) (BVerfGE 51, 324 (345)). Como ensina o jurista alemão Robert Alexy, o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal é verdadeiro direito prestacional fundamental, um direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra

ADPF 605 MC-REF / DF

intervenções de terceiros (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94, 114 e 442-451).

In casu, há fundado receio de que a dissipação de provas possa frustrar a efetividade da prestação jurisdicional, em contrariedade a preceitos fundamentais da Constituição, como o Estado de Direito (art. 1º, **caput**) e a segurança jurídica (art. 5º, *caput*). Em acréscimo, a formação do convencimento do Plenário desta Corte quanto à licitude dos meios para a obtenção desses elementos de prova exige a adequada valoração de todo o seu conjunto. Somente após o exercício aprofundado da cognição pelo colegiado será eventualmente possível a inutilização da prova por decisão judicial, consoante determina o art. 157, § 3º, do CPP (*'Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente'*).

Estabelecida a presença do **fumus boni iuris**, reconheço também o **periculum in mora**, consistente na circunstância de que a demora na efetivação da cautelar requerida pode gerar a perda irreparável de peças essenciais ao acervo probatório da Operação *Spoofing* e outros procedimentos correlatos. Inexiste, ainda, **periculum in mora inverso**, porquanto eventual revogação da cautelar não gerará qualquer prejuízo aos envolvidos. Cuida-se de manifesta hipótese de aplicação do art. 5º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, segundo o qual, em *'caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.'*

Ex positis, defiro a liminar, *ad referendum* do Plenário, com fulcro no art. 5º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, nos exatos termos requeridos na inicial, para determinar a preservação do material probatório já colhido no bojo da Operação *Spoofing* e eventuais procedimentos correlatos até o julgamento final desta ADPF. Determino, outrossim, seja remetida a este Relator cópia do inteiro teor do inquérito relativo à referida operação,

ADPF 605 MC-REF / DF

incluindo-se as provas acostadas, as já produzidas e todos os atos subsequentes que venham a ser praticados. Todos esses elementos deverão ser acostados aos autos em apenso, que tramitará sob segredo de justiça.”

Ante o exposto, reafirmo os fundamentos apresentados pelo então Relator e **voto pelo referendo da decisão liminar.**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 605

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA

ADV.(A/S) : WALBER DE MOURA AGRA (00757/PE) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a decisão que deferiu a liminar, nos exatos termos requeridos na inicial, para determinar a preservação do material probatório já colhido no bojo da Operação *Spoofing* e eventuais procedimentos correlatos até o julgamento final desta ADPF, com determinação de remessa ao Relator de cópia do inteiro teor do inquérito relativo à referida operação, incluindo-se as provas acostadas, as já produzidas e todos os atos subsequentes que venham a ser praticados, devendo todos esses elementos ser acostados aos autos em apenso, que tramitará sob sigilo de justiça, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 2.6.2023 a 12.6.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário