

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 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 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 n.º 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 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, 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 sigilo de justiça”.

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/06/2023 00:00