

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

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
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

ADPF: REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE EQUIVALENTE. ARGUIÇÃO COMO VIA DE EFICÁCIA SINGULAR. ADMISSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR INIBITÓRIA EM ADPF. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL COADJUVADA PELO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DE PROVA NECESSÁRIA À UTILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. LICITUDE DA PROVA COMO QUESTÃO PREJUDICIAL PARA O ACOLHIMENTO OU REJEIÇÃO DO PEDIDO. POSSIBILIDADE DE INSTRUÇÃO DO FEITO CONDUCENTE À VISÃO DE CONJUNTO DA PROVA. VALORAÇÃO QUE RECLAMA O CONHECIMENTO DOS DO ACERVO PROBATÓRIO EM SUA INTEIREZA. DEFERIMENTO DA LIMINAR *AD REFERENDUM* DO PLENÁRIO.

DECISÃO: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de liminar, em face de ato do poder público consistente em alegado mandamento do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e Segurança Pública, consubstanciado em destruir provas apreendidas com hackers presos pela Polícia Federal.

ADPF 605 MC / DF

Narra-se que a Polícia Federal prendeu, aos 23 de julho de 2019, quatro suspeitos de *hackear* os aparelhos celulares de autoridades da República, incluindo o do Excelentíssimo Ministro da Justiça e Segurança Pública, o Senhor Sergio Fernando Moro, na operação *Spoofing*. Em 26 de julho de 2019, o Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e Segurança Pública teria informado que daria início ao descarte das mensagens apreendidas com os suspeitos presos. Sustenta o Requerente que as provas em comento são /essenciais para o deslinde do caso, máxime para fins de confirmar a autenticidade das mensagens publicadas com base nos arquivos do “*Intercept Brasil*”. Por isso, haveria ameaça de afronta ao devido processo legal formal e material (artigo 5º, LIV, da CRFB), os princípios que iluminam a Administração Pública, notadamente os da moralidade e legalidade (artigo 37, *caput*, da CRFB) e o princípio da segurança pública (artigo 144, *caput*, da CRFB).

No que tange ao devido processo legal e à legalidade, argumenta 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, consoante o artigo 9º da Lei nº 9.296/1996. Ademais, a destruição do material prejudicaria sobremodo os investigados de usufruírem plenamente do direito de defesa. Argumenta-se que o Ministro da Justiça incorreria nos tipos penais descritos nos artigos 305 e 319 do Código Penal, bem como impediria que a Polícia Federal cumprisse sua incumbência constitucional de apurar as infrações penais, como exposto no § 1º do artigo 144 da Constituição de 1988.

Requer-se

A concessão de medida cautelar, nos termos do artigo 5º, *caput*, e § 3º, da Lei nº 9.882/1999, para determinar, na modalidade de tutela inibitória (contra o ilícito), que o Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e Segurança Pública se abstenha em destruir as provas colhidas com os hackers

ADPF 605 MC / DF

presos pela Polícia Federal até o julgamento final desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;

É o relatório. Passo a decidir.

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*:

“E M E N T A: 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**

ADPF 605 MC / DF

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 carreadas ao caderno inquisitorial salutareis para o deslinde do caso, máxime para fins de confirmar a*

ADPF 605 MC / DF

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

ADPF 605 MC / DF

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.

Intime-se com urgência, por meio que garanta máxima celeridade, o Exmo. Ministro da Justiça e Segurança Pública para prestar informações no prazo de cinco dias, na forma do art. 5º, § 2º, da Lei n.º 9.882/99. Intime-se, ainda, a Polícia Federal para a remessa das cópias indicadas na presente ordem no mesmo prazo.

Dê-se ciência à Procuradora-Geral da República e à Advocacia-Geral

ADPF 605 MC / DF

da União.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de agosto de 2019.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente