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

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, discute-se no caso a constitucionalidade do **ato do poder público** consistente na alegada **ordem do então Ministro da Justiça e Segurança Pública para a destruição de provas apreendidas com *hackers* presos pela Polícia Federal no âmbito da denominada operação *Spoofing***.

Em síntese, objetiva-se com a presente arguição, em primeiro plano, resguardar o princípio do devido processo legal, bem como zelar pela observância das atribuições constitucionalmente conferidas ao Poder Judiciário e à Polícia Federal, evitando-se ingerências indevidas em suas esferas de atuação por autoridade do Poder Executivo. Em segundo plano, há a necessidade de preservar os elementos de prova colhidos em investigação criminal cuja finalidade principal é a desarticulação de organização criminosa que praticava crimes cibernéticos.

Feitas essas considerações, passo ao exame das questões preliminares suscitadas pela PGR e pela AGU.

Não prospera a alegação formulada pela Procuradoria-Geral da República quanto à **inobservância do requisito da subsidiariedade**.

Consoante leciona o Ministro **Roberto Barroso**, em obra doutrinária,

> "[a] simples possibilidade de propositura de ações de natureza subjetiva ou o cabimento de recursos processuais não é, *de per si*, impedimento à arguição, se aquelas medidas não forem idôneas a produzir **solução imediata e abrangente**, nas

> hipóteses em que o **interesse público relevante** ou a **segurança jurídica** assim o exijam" (**O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 371 – grifos nossos).

Ademais, segundo a própria jurisprudência da Suprema Corte, **a simples existência de processos ordinários, de caráter subjetivo, não basta para excluir a possibilidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mormente se se constata ser necessária "a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia"** (ADPF nºs 33/PA e nº 387/PI, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno – grifos nossos).

Como bem esclareceu o Ministro **Ricardo Lewandowski** em decisão monocrática proferida nos autos da ADPF nº 99,

> "[c]onforme entendimento desta Corte sobre o tema, embora, em princípio, deva-se ter em mente, para efeito de aferição da subsidiariedade, os demais processos objetivos previstos no ordenamento jurídico, **a exigência refere-se, precisamente, à inexistência de outro meio capaz de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata no caso concreto.**
>
> É o que se depreende da leitura de trecho do voto do Relator na ADPF 33-MC, Ministro Gilmar Mendes:
>
> > 'Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema

> constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...)'
>
> **É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata**" (DJ de 22/3/07).

Ainda a respeito do cabimento da presente arguição, destaco, por último, que o caso em exame, nesse ponto, guarda muita semelhança com o debate travado na **ADPF nº 722**, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, em que se questionava a validade constitucional de **ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública amplamente noticiado pela mídia de promoção de "investigação sigilosa sobre grupo de 579 servidores públicos federais e estaduais de segurança identificados como integrantes de 'movimento antifascismo' e professores universitários"**.

Na ocasião, **o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu por atendido o requisito da subsidiariedade**, dada a **proeminência dos princípios constitucionais invocados no sistema positivo nacional** e, ainda, a **possibilidade de sua salvaguarda pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, instrumento idôneo para impedir ou desfazer ato do poder público ameaçador ou lesivo a preceito fundamental.

O julgado foi ementado nos seguintes termos:

> "MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO FUNDAMENTAL. ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. PRODUÇÃO E DISSEMINAÇÃO DE DOSSIÊ COM INFORMAÇÕES DE SERVIDORES FEDERAIS E ESTADUAIS INTEGRANTES DE MOVIMENTO ANTIFASCISMO E DE PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS. DESVIO DE FINALIDADE. LIBERDADES DE EXPRESSÃO, REUNIÃO E ASSOCIAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA" (ADPF nº 722-MC, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, Tribunal Pleno, julgado em 20/8/20, DJe de 22/10/20).

A meu ver, tal como no citado precedente, na hipótese dos autos, estão satisfeitos os mesmos requisitos da proeminência dos princípios constitucionais invocados e da possibilidade de salvaguarda desses princípios pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que se pode inferir pela simples leitura da petição inicial.

Também **não se sustenta a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União** pela perda superveniente do objeto da presente arguição, visto que **a medida liminar deferida, no caso, ostenta caráter satisfativo pleno da pretensão deduzida,** de modo que **sua observância pela(s) autoridade(s) competente(s) não resulta em perda superveniente do objeto da ação, ou em esvaziamento da pretensão inicial, consistindo em puro e simples cumprimento da decisão judicial**.

Conforme bem explicou o Ministro **Luiz Fux**, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 837.877,

> "as medidas liminares de natureza eminentemente satisfativas são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC), por isso que não representam

> pronunciamento definitivo e se sujeitam à modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), reclamando confirmação ou revogação na decisão final" (AI nº 832.877-AgR, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 28/9/11).

Importa consignar, ainda, que **são inaplicáveis ao caso dos autos os precedentes invocados pela AGU**, nos quais houve posterior revogação ou alteração dos atos normativos questionados, com a adoção, por parte do Poder Público, das ações de enfrentamento reclamadas, do que resultou, naquelas hipóteses, o esvaziamento da pretensão deduzida perante a Corte.

No caso em apreço, todavia, o mesmo não ocorre.

Rejeito, pois, as preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, rememoro que o então Relator, Ministro **Luiz Fux**, concedeu medida liminar para determinar a preservação do material probatório colhido na citada operação **Spoofing**, em decisão referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Eis o teor da referida decisão:

> "*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 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 salutares 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 segredo de justiça."

A **questão posta nos autos – *preservação da prova* – pode ser examinada de dois ângulos: o primeiro, referente à necessária preservação da prova para fins de responsabilização criminal de agentes (*hackers*) que cometeram crimes cibernéticos, invadindo dispositivos informáticos; o segundo, referente à necessária preservação da prova para sua utilização em favor de investigados e réus no âmbito da operação lava-jato.**

Como bem assentado pelo Ministro **Luiz Fux** por ocasião da decisão liminar **referendada pelo Plenário**, e cujas razões aqui reafirmo na íntegra, **o dever estatal de garantir a aplicação adequada do direito penal é verdadeiro direito prestacional fundamental.**

Segundo **Robert Alexy**, ao lado dos direitos de defesa, que se destinam a proteger o indivíduo contra intervenções do Poder Público –

e, nesse sentido, são direitos a uma ação negativa (abstenção) do Estado –, existem os direitos a prestações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo), que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos e compreendem prestações fáticas (ou materiais) e prestações normativas (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 433/444).

Entre esses direitos a prestações estatais em sentido amplo, destacam-se os chamados direitos de proteção, entendidos como os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que esse o proteja contra intervenções de terceiros. Eles impõem ao Estado uma obrigação de proteger ou fomentar algo por meio de prestações de natureza jurídica ou fática. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção do ponto de vista dos direitos fundamentais, como a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade (ALEXY, 2012, p. 450-461).

Fala-se, portanto, em dever fundamental de proteção do Estado, que, por meio de lei, ato administrativo ou atuação fática, está obrigado a atuar positivamente para impedir que um indivíduo viole direitos fundamentais de outro (BOROWSKI, Martin. **La estructura de los direitos fundamentais**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 112-115 e 144-145).

A persecução penal se insere nesse dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade, na medida em que é instrumento destinado a dar concreção ao direito penal.

Como anota **Aníbal Bruno**, a finalidade do direito penal é

> "a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a paz pública etc.
>
> (...)
>
> O que se manifesta no exercício da Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo

> pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social" (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tomo I, p. 5-9).

Para **Santiago Mir Puig**, o direito penal, entendido como o conjunto de normas que associam ao delito – como pressuposto – penas ou medidas de segurança – como consequência jurídica –, é um dos instrumentos de controle social mais importantes da sociedade, tendente a evitar determinados comportamentos que se reputam indesejáveis, mediante a ameaça de imposição de distintas sanções. **Vide**:

> "Pode-se discutir qual ou quais são as funções que se atribuem à pena – retribuição, prevenção – mas é inegável que se trata de um mal que se associa ao cometimento de um delito, seja porque se crê que, com tal mal, se faz justiça, seja porque, com sua ameaça, pretende-se dissuadir a prática de delitos" (Puig, Santiago Mir. **Derecho penal**. Parte general. 6. ed. Barcelona: Editorial Repertor, 2002. p. 47-53).

Como lembra **Jeschek**, a missão do direito penal é proteger a convivência humana em sociedade. Como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, ele tem importância fundamental, uma vez que visa assegurar a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal, exercendo uma função repressiva e uma função preventiva (Jeschek, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981. v. I, p. 3).

Assim, a responsabilização penal dos agentes que cometeram crimes cibernéticos, invadindo dispositivos informáticos, pressupõe a preservação do material apreendido a título de corpo de delito, compreendido como o conjunto dos elementos sensíveis que

demonstram a materialidade do crime.

Para **Frederico Marques**,

> "formar o *corpo de delito* nada mais era do que a recomposição dos elementos sensíveis do crime, isto é, daqueles elementos materiais ou físicos de um delito que podem afetar os sentidos. Segundo MALATESTA, 'a figura física do delito - o que representa o seu corpo -, é constituída pelas materialidades permanentes que se acham ligadas à consumação criminosa'. E, a seguir, dizia o citado autor: 'É corpo de delito tudo o que consiste na materialidade do meio imediato, ou do efeito imediato do delito'" (**Elementos de direito processual penal**. v. II. Campinas: BookSeller, 1997. p. 333).

Prossegue o referido jurista:

> "Compõem, portanto, o *corpo de delito*, nesse conceito histórico e tradicional do instituto, os elementos do *corpus criminis* e o *corpus instrumentorum*. Tríplice, assim, é o seu conteúdo, como bem se exprime FLORIAN, visto que abrange: a) os sinais da atividade do delinquente; b) o resultado ou produto da infração; c) o *corpus instrumentorum*, ou meios empregados pelo delinquente" **(op. cit**., p. 333/334).

Ademais, à luz do art. 158-A do Código de Processo Penal, o qual dispõe sobre a cadeia de custódia da prova, "a preservação da higidez dos elementos informativos obtidos nas diligências iniciais da persecução criminal constitui um dever inafastável do Estado-juiz, inclusive para torná-los acessíveis à defesa técnica" (ARE nº 1.343.875-AgR-segundo, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Segunda Turma, DJe de 14/9/22).

Nesse sentido, prelecionam **Eugênio Pacelli** e **Douglas Fischer** que a cadeia de custódia da prova tem por finalidade precípua

> "garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: (a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza (sendo decorrência das denominadas obrigações processuais penais positivas); (b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico" (**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 494).

E não é só.

A determinação do Ministro da Justiça e Segurança Pública **traduziria indevida intromissão no funcionamento do Poder Judiciário e, pois, importaria em violação do princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal)**, uma vez que, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.296/96, a gravação que não interessar à prova será destruída por **decisão judicial**.

É importante observar que toda a conjuntura política verificada no momento em que foi adotado o ato ora impugnado – *e, por conseguinte, a decisão liminar* – levava a crer na na disposição da autoridade reclamada em intervir ilegitimamente no funcionamento da Polícia Judiciária e do próprio Poder Judiciário, o que poderia prejudicar o devido processo legal constitucionalmente assegurado pelo art. 5º, inciso LIV, por obstar que as autoridades competentes, por meio da investigação criminal da violação de dispositivos informáticos, lograssem a reconstrução dos fatos que interessavam à investigação e por impedir a outros investigados o exercício pleno do direito de defesa, pela privação de acesso ao material apreendido que eventualmente poderia ser empregado em seu favor.

Por outro lado, ainda que o material obtido, referente às mensagens trocadas entre o Então Juiz Federal da Décima Terceira Vara Federal de

Curitiba e membros do Ministério Público Federal, **possa ser considerado ilícito para fins de eventual incriminação desses agentes públicos, nada obsta sua utilização *pro reo*, como meio de defesa, por investigados e réus no âmbito daquele juízo**.

Como destaquei na Rcl nº 43.007, de **minha relatoria**,

> "[n]o que se refere ao compartilhamento de dados da 'Operação Spoofing', cumpre salientar que, **em diversas ocasiões, tive a oportunidade de esclarecer que foram deferidos dezenas de compartilhamentos das informações constantes dos autos desta reclamação com órgãos oficiais, tais como o Tribunal de Contas da União, o Superior Tribunal de Justiça, a Advocacia-Geral da União, a Secretaria da Receita Federal, dentre outros, além de também ter sido franqueado o acesso a tais informações para particulares na defesa de suas posições jurídicas e de seus interesses.**
>
> Nesse sentido, trago à colação manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski na referida reclamação, nos seguintes termos:
>
> > '(....) esta reclamação foi proposta por Luiz Inácio Lula da Silva contra decisões proferidas pelo Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, no âmbito da Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000, envolvendo o Acordo de Leniência 5020175-34.2017.4.04.7000, celebrado pela Odebrecht.
> >
> > Segundo o reclamante, tais decisões estariam contrariando a autoridade do Supremo Tribunal Federal por limitarem o seu acesso à totalidade dos documentos que se contém naquele processo, em ofensa à Súmula Vinculante 14 e ao decidido na Rcl 33.543/PR-AgR-AgR-ED-AgR, de relatoria do Ministro Edson Fachin, da qual fui designado redator para o acórdão.

> Por essa razão, **foi-lhe concedido acesso ao material apreendido pela Polícia Federal em poder de hackers, na Operação Spoofing, abrigado na Ação Penal 1015706-59.2019.4.01.3400, em trâmite na 10ª Vara Federal Criminal de Brasília, a fim de que pudesse exercer o direito constitucional de contestar, amplamente, as acusações contra ele deduzidas na mencionada Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000, em curso na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba.**
>
> Embora o objeto desta reclamação esteja limitado à obtenção, por parte do reclamante, de elementos de convicção contidos no material arrecadado na referida operação policial, que possam, eventualmente, subsidiar a sua defesa, nada impede, como já consignei anteriormente, ao decidir pedidos semelhantes ao presente, sejam fornecidas cópias de documentos encartados nestes autos aos interessados, desde que não estejam cobertos pelo segredo de Justiça.
>
> (...)'

No caso dos autos, o compartilhamento buscado por dezenas de requerentes teve por escopo resguardar seus direitos e, eventualmente, requerer-se diligências investigativas, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal, ou acionar-se cível e criminalmente os envolvidos.

Registro, por oportuno, que pedidos no mesmo sentido têm sido deferidos por esta Suprema Corte, **vide**:

> 'AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. OPERAÇÃO *SPOOFING*. RCL 43.007/DF. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. NÃO

VIOLAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Esta Suprema Corte tem assentado importante posicionamento no sentido de assegurar a efetividade da ampla defesa e do contraditório aos réus, garantindo o acesso aos termos em que tenham sido citados e que não haja diligências em curso que possam ser prejudicadas, nos termos da Súmula Vinculante 14 do STF. II - A decisão indicada como paradigma nestes autos foi proferida em um processo de índole subjetiva, no qual o ora agravante não figura como parte. Daí porque tal pleito de acesso direto à íntegra do material arrecadado, indicando, como decisão paradigma, a reclamação ajuizada por terceiro, mostra-se manifestamente incabível, uma vez que não se pode buscar prevalecer a autoridade de uma decisão proferida em processo de natureza subjetiva à parte estranha àquela relação processual. III- Esta Suprema Corte tem entendido não ser legítimo o oferecimento de reclamação constitucional por sujeito que não integrou a relação jurídica processual paradigma, nos casos em que o precedente foi proferido em processo de natureza subjetiva, sem efeitos *erga omnes*. IV – No caso, contudo, devem ser fornecidas cópias de documentos encartados nos autos da referida reclamação ao agravante, naquilo em que foi nominalmente citado nos diálogos, desde que tais documentos não estejam cobertos pelo sigilo e que possam, eventualmente, subsidiar a sua defesa em processos penais ou em cadernos investigatórios. V - Agravo regimental a que se nega provimento.' (Rcl nº 45.762-AgR Segundo/DF, Segunda Turma, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 8/9/21). (Grifos nossos).

'Reclamação. Alegação de descumprimento de decisão desta Corte que concedeu habeas corpus de ofício. Pedido de declaração de suspeição de Procurador da

> República. Não conhecimento. Descumprimento de anterior decisão proferida pelo STF a partir da reutilização de fatos e fundamentos jurídicos já afastados em decisão anterior. Concessão de salvo-conduto para impedir novas prisões com base nos mesmos fatos e fundamentos. Acolhimento. Alegação de incompetência da autoridade coatora e da competência da Justiça Eleitoral. Questão amplamente demonstrada a partir dos elementos carreados aos autos. Concessão de habeas corpus de ofício. Art. 654, §2º, do CPP. Pedido de acesso a dados da operação Spoofing. Demonstração da relação de pertinência. Deferimento condicionado à autorização do Ministro Relator. 1. Não conhecimento de pedido de suspeição/impedimento de Procurador da República. 2. Reclamação julgada procedente para declarar a ilegalidade das prisões dos requerentes e conceder salvo-conduto para que não sejam presos com base nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos já refutados. 3. Concessão de habeas corpus de ofício, para determinar a remessa dos autos à Justiça Eleitoral. 4. Deferimento do pedido de acesso às informações produzidas nos autos da Rcl. 43.007, desde que autorizado pelo Ministro Relator.' (Rcl nº 32.081/PR, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 26/11/21).

Assim, na linha das decisões anteriormente proferidas nos autos desta reclamação e dos precedentes citados, **penso que se deve universalizar o acesso ao referido material a todos os réus processados pelos agentes identificados nos referidos diálogos, em qualquer âmbito ou grau de jurisdição, assegurando-se, com o apoio dos Peritos da Polícia Federal, o acesso integral às mensagens contidas no bojo dos autos nº 1055018-03.2023.4.01.3400, com a devida preservação do conteúdo dos documentos de caráter sigiloso.**

Essa orientação geral já vem sendo observada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região por meio de decisões como a que reproduzo abaixo:

> 'PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO DE PROVA ILÍCITA. MATERIAL ARRECADADO PELA POLÍCIA FEDERAL EM PODER DE HACKERS DA OPERAÇÃO SPOOFING. PROVA ILÍCITA PRODUZIDA EM OUTRO PROCESSO. RELATIVIDADE DA SUA INADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA CONTRA QUEM PRATICOU O CRIME POR ELA COMPROVADO. POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM FAVOR DOS ACUSADOS, AINDA QUANDO SE TRATA DE TERCEIRO QUE NÃO PRATICOU O ILÍCITO. RCL 43007.
>
> 1. Trata-se de mandado de segurança contra ato do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, no bojo do processo nº 1015706-59.2019.4.01.3400, indeferiu o pedido de acesso à íntegra das comunicações acauteladas no Juízo na Operação Spoofing.
>
> 2. Alega, para tanto, que figura como acusado na ação penal nº 5027092- 64.2020.4.04.7000 (doc. 02), em curso na 13ª Vara Federal de Curitiba e decorrente da denominada Operação Lava Jato, fruto de medidas cautelares autorizadas por esse Juízo. Em síntese, a ele são imputados delitos relacionados a suposto pagamento de vantagens ilícitas decorrentes de contratos firmados entre a Confab Industrial, da qual o IMPETRANTE foi Diretor, e a Petróleo Brasileiro S/A.
>
> 3. Afirma que algumas dessas medidas cautelares foram decretadas com base em elementos de prova

fornecidos pelos colaboradores Renato de Souza Duque, ex-Diretor de Serviços da Petrobras, e seu representante, João Antônio Bernardi Filho, indicado pelo Ministério Público Federal como pessoa interposta responsável por organizar o suposto recebimento de vantagens indevidas oferecidas, em tese, pelo PETICIONÁRIO e demais corréus. Conforme noticiado pela imprensa continua, por meio do aplicativo de mensagens Telegram, o ex-Magistrado e os integrantes do Parquet Federal discutiam estratégias a serem adotadas nos processos, a quais procedimentos dar prioridade, rol de testemunhas e informações acerca da produção de provas, inclusive, daquelas apresentadas por colaboradores premiados, como é o caso de Renato de Souza Duque e João Antônio Bernardi Filho. Isso foi revelado no contexto da Operação Spoofing, que culminou na ação penal nº 1015706-59.2019.4.01.3400, em curso na 10ª Vara Federal do Distrito Federal, da qual são réus os hackers que acessaram os dispositivos eletrônicos dos agentes públicos responsáveis pela Operação Lava Jato, angariando centenas de conversas que, a despeito de dizerem respeito ao exercício de cargo público por tais pessoas, seguem protegidas por sigilo determinado pelo d. magistrado que hoje conduz a persecução penal.

4. Sustenta o Impetrante que possui direito líquido e certo de acessar as conversas obtidas pelos réus da ação em trâmite na 10ª Vara Federal, vez que constituem prova que pode se revelar essencial ao pleno exercício de sua ampla defesa.

5. O pedido liminar foi indeferido à ID 122712038, entendendo a relatora da época que o que requer o impetrante são as informações obtidas a partir da interceptação alegadamente ilegal de comunicações telemáticas do aplicativo TELEGRAM, que resultou na

instauração de investigação policial para apurar as invasões às contas de TELEGRAM de autoridades brasileiras e de pessoas relacionadas à Operação Lava Jato (Operação Spoofing). Segundo afirmou o MM. Juiz "a quo", tais informações foram obtidas de forma ilegal e não podem ser compartilhadas, pois eivadas do vício de nulidade.

6. A autoridade coatora apresentou informações às fls. 104/106 da rolagem única processual arguindo que A Operação Spoofing ainda tramita em sigilo exatamente para resguardar as provas ali produzidas. Os arquivos pleiteados pelos requerentes referem-se a mensagens particulares hackeadas das vítimas que não foram utilizadas pelo Ministério Público Federal para embasar a denúncia, tampouco fazem parte do conjunto probatório que será submetido ao contraditório e ampla defesa da instrução criminal. Os requerentes não são vítimas dos delitos praticados pela organização criminosa investigada na Operação Spoofing e não tiveram seus aparelhos celulares invadidos.

7. O MPF opinou pela denegação da segurança.

8. A garantia da não utilização da prova ilícita está posta em favor dos acusados, de modo que não tem caráter absoluto. Ou seja, a prova obtida por meio ilícito é garantia em favor de quem praticou o delito que seria comprovado pela prova ilícita, mas isso não significa dizer que ela não possa ser utilizada em favor dos acusados para prova sua inocência ou anular processos. Esse direito mais se justifica quando se trata de terceiro que não praticou ilícito algum com relação à prova tida como tal. **Os diálogos travados pelas autoridades públicas que tiverem suas conversas hackeadas são tidas como provas ilícitas e, como tal, não podem ser utilizadas como**

elemento de prova em qualquer procedimento investigatório. De modo diverso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes em consignar que, embora as provas ilícitas não possam ser empregadas pela acusação, é facultado aos acusados lançar mão delas para tentarem provar a sua inocência (RCL 43007 AgR - Segundo/DF).

9. Assentou o STF, na oportunidade do julgamento da RCL 43007 AgR - Segundo/DF, que 'após uma cognição exauriente dos autos, concluo que a determinação acima exarada deve estender-se a todos elementos probatórios e demais informações que se encontrem em expedientes conexos à Ação Penal e ao Acordo de Leniência acima referidos, digam eles respeito à Odebrecht ou a outras pessoas jurídicas de direito público ou privado, ainda que envolvam autoridades estrangeiras, desde que tais dados tenham sido ou possam ser empregados pela acusação contra o reclamante ou tenham a aptidão de contribuir para a comprovação de sua inocência'.

10. Em tal julgamento emblemático, o STF facultou ao outrora Reclamante da ação constitucional o acesso ao material apreendido na operação Spoofing, abrigado na ação penal nº 1015706- 59.2019.4.01.3400, salvo quanto a informações e imagens que dissessem respeito à vida privada de terceiras pessoas, as quais deveriam permanecer sob rigoroso sigilo.

11. **Afirmou o Ministro, na oportunidade, que tal medida se fez necessária para que o reclamante pudesse exercer o seu direito constitucional de contestar amplamente as acusações contra ele deduzidas na mencionada ação penal. Assentou a Suprema Corte, ainda, que não obstante o fato de haverem sido destruídos os diálogos que o ex-magistrado condutor das**

ações penais em trâmite na 13ª Vara Federal de Curitiba entreteve com os procuradores que integravam a força tarefa Lava Jato, impressiona deveras o desabrido conluio registrado entre a acusação e o órgão judicial contra o reclamante da RCL 43007, e mesmo em desfavor de outros réus, o qual veio a lume a partir de mensagens aportadas àqueles autos.

12. Entendeu a Suprema Corte que clareia-se sobremaneira o quadro de nulidades no processo penal, permitindo-se visualizar a nulidade da própria peça acusatória quando oferecida por órgão do parquet que não seja titular das atribuições constitucionais acusatórias.

13. Muito embora o Supremo tenha traçado tal linha de entendimento em demanda específica na qual estava sendo obstado o acesso daquele reclamante aos elementos de prova já produzidos no inquérito e ação penal consequente, é cediço que as razões de decidir podem ser estendidas a todos os réus que estão sendo acusados ou denunciados com fulcro em elementos de prova contaminados decorrentes de inegável conluio entre o órgão de persecução penal e o outrora magistrado condutor da ação penal em trâmite na 13ª Vara Federal de Curitiba.

14. A fim de garantir o pleno exercício do direito de defesa do Impetrante, necessário permitir-lhe o acesso restrito às mensagens informais trocadas no âmbito da Força-Tarefa Lava Jato e que lhe digam respeito, encontráveis nos arquivos arrecadados ao longo da Operação Spoofing.

15. Não há que falar em proteção à intimidade contra quem praticou algum delito comprovado em conversa gravada ilicitamente, salvo aquilo que se refere à sua vida privada e não ser processado com base nessa prova. Daí

dizer que essa prova não possa servir para prova em favor de terceiro acusado em processo penal é exagero.

16. **Segurança concedida para determinar à autoridade coatora que assegure ao Impetrante, com o apoio de peritos da Polícia Federal, dentro do prazo de até 10 (dez) dias, o compartilhamento das mensagens arrecadadas pela Operação Spoofing que lhe digam respeito, direta ou indiretamente, bem assim as que tenham relação com investigações e ações penais contra ele movidas na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba ou em qualquer outra jurisdição, ainda que estrangeira, desde que as eventuais menções ao nome do Impetrante sejam úteis à sua defesa quanto ao mérito e ou a eventual nulidade processua**l. (MS 1018341-57.2021.4.01.0000, Desembargador Federal Wilson Alves de Souza, TRF1 – Segunda Seção, PJe 13/03/2023)'

Nesse diapasão, destaco, ainda, a belíssima decisão monocrática proferida pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no Recurso em **Habeas Copus** nº 173.639/DF:

'De uma leitura atenta dos excertos acima transcritos, consta que a discussão trazida nos presentes autos se refere à possibilidade de acesso a conversas obtidas de forma ilícita, com fundamento no princípio da ampla defesa que, na hipótese, conflita com o direito à intimidade das vítimas da 'Operação Spoofing'.

Segundo a doutrina, a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos é uma limitação ao direito de punir do Estado, não havendo óbice à sua utilização em benefício do acusado, haja vista o princípio da proporcionalidade.

Por oportuno:

> 'Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos.' (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 642)

Ao ponderar os princípios em confronto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 43.007/DF, assentou que as decisões proferidas naqueles autos, 'apenas autorizaram, fundadas no direito constitucional - em verdade, universal – à ampla defesa e ao contraditório, o acesso a conteúdos apreendidos na Operação Spoofing; relacionados, direta ou indiretamente, ao reclamante'.

A propósito:

> 'As decisões contra as quais se insurgem os peticionantes apenas autorizaram, fundadas no direito constitucional – em verdade, universal - à ampla defesa e ao contraditório, o acesso a conteúdos apreendidos na Operação Spoofing relacionados, direta ou indiretamente, ao reclamante, sob rigoroso acompanhamento da Polícia Federal, que detém a sua custódia, com evidente exclusão de conversas

> privadas. Já a questão relativa à autenticidade ou ao valor probatório de elementos colhidos pela defesa é tema a ser resolvido no bojo dos processos nos quais venham a ser juntados, mas não nesta reclamação, sabidamente de estreitos limites, como, de resto, há pouco decidi nos presentes autos' (documento eletrônico 198).

Dito isso, ressalto, mais, que não há falar, na espécie, da figura do 'terceiro interessado', pois aqui **o inconformismo veiculado pelos peticionantes não se refere a conversas privadas, mas, ao revés, a diálogos travados por membros do Ministério Público Federal entre si e com um certo magistrado acerca de investigações e ações penais, em pleno exercício das respectivas atribuições, e em razão delas, dos quais alguns trechos, de evidente interesse da defesa do reclamante, foram por ela recuperados e juntados nesta reclamação.** E, convém insistir, os excertos que vieram a lume não veicularam quaisquer comunicações de natureza pessoal ou familiar, nem expuseram a vida privada ou a intimidade de nenhum dos interlocutores. Em outras palavras, t**odo o material até agora exposto refere-se única e exclusivamente a conciliábulos de agentes do Estado, umbilicalmente ligados ao múnus público que exercem, versando, dentre outros assuntos de cunho institucional, sobre teses acusatórias, prisões preventivas, colaborações premiadas e acordos de leniência.**

Cumpre salientar, por oportuno, que conversas mantidas por agentes estatais ou mesmo entre estes e particulares concernentes a serviços públicos, no contexto sob exame, relativos a inquéritos e processos

judiciais, mesmo quando entretidas à margem dos canais formais - mormente se tiverem o condão de caracterizar conduta ilícita - não estão cobertas pelo sigilo, conforme apontam inúmeras decisões pretorianas. Neste passo vale recordar que a Constituição da República, consagrou, expressamente, em seu art. 93, IX, o princípio da publicidade dos atos judiciais, explicitando que o direito à intimidade de interessados no sigilo somente subsistirá caso 'não prejudique o interesse público à informação.' A publicidade, pois, traduz um vetor intrínseco à atuação judicial, que deve ser observado com absoluta prioridade pelos magistrados na realização de audiências, sessões de julgamento e na tramitação dos processos, de maneira a garantir à sociedade o pleno acesso à informação.

(...).

Ademais, como se viu, **a pequena amostra do material coligido até agora já se afigura apta a evidenciar, ao menos em tese, uma parceria indevida entre o órgão julgador e a acusação, além de trazer a lume tratativas internacionais, que ensejaram a presença de inúmeras autoridades estrangeiras em solo brasileiro, as quais, segundo consta, intervieram em investigações, aparentemente à revelia dos trâmites legais (documento eletrônico 173), de modo especial naquelas referentes à Odebrecht, objeto específico desta reclamação, com possível prejuízo ao reclamante.** Ainda no bojo da Reclamação n. 43.007/DF, o Supremo Tribunal Federal também autorizou o acesso da defesa do Senador Renan Calheiros às mensagens trocadas, e, na Reclamação n. 45.762/DF, autorizou-se o acesso da defesa de Eduardo Cosentino da Cunha aos mencionados diálogos, desde que não estejam sob sigilo e façam 'menção (nominal) expressa ao reclamante'.

O eminente Desembargador Néviton Guedes, ao discordar do Relator do acórdão ora recorrido, bem explicitou as circunstâncias que levaram o Supremo Tribunal Federal a autorizar o acesso da defesa aos diálogos da 'Operação Spoofing', destacando, ademais, que os ora recorrentes fariam jus ao mesmo acesso.

Não se pode descurar, outrossim, que o próprio Supremo Tribunal Federal deixou consignado que 'a extrema gravidade dos acontecimentos perpetrados exige que se confira à defesa o direito de impugnar eventuais ilegalidades processuais que se projetam como reflexo da atuação coordenada entre acusação e magistrado'.

(...)

A meu ver, **revelam-se irretocáveis as ponderações feitas pelo eminente Desembargador Néviton Guedes em seu voto vencido, porquanto fiéis ao precedente firmado no julgamento da Reclamação n. 43.007/DF, e coerentes com a melhor doutrina que, de fato, autoriza a utilização da prova ilícita, desde que em benefício do réu, o que é exatamente a hipótese tratada nos presentes autos.**

De fato, os recorrentes foram condenados na denominada Operação Lava-Jato e buscam ter acesso às mensagens trocadas informalmente no âmbito da força tarefa da mencionada operação, as quais podem, eventualmente, auxiliar no exercício da ampla defesa e do contraditório.

Justificam a necessidade de acesso aos mencionados diálogos em razão de terem tomado conhecimento, informalmente, da existência de graves ilegalidades na condução e celebração de acordos de colaboração premiadas, que teriam sido manipulados para

instrumentalizar acusações e amparar condenações judiciais contra os recorrentes.

No voto vencido proferido na origem, registrou-se não ser possível 'negar que eventual confirmação da tese, no sentido da existência de graves ilegalidades na condução e celebração de tais acordos, poderia ser útil como instrumento de defesa em favor dos ora pacientes'.

Destacou-se, ademais, que não se poderia exigir da defesa a comprovação de que o acesso às mencionadas provas lhe seria benéfico, porquanto é exatamente este o objetivo da impetração, ter acesso às mensagens que digam respeito aos recorrentes e às suas empresas, para então aferir o efetivo benefício à defesa.

Não se pode descurar, outrossim, que o próprio Supremo Tribunal Federal deixou consignado que 'a extrema gravidade dos acontecimentos perpetrados exige que se confira à defesa o direito de impugnar eventuais ilegalidades processuais que se projetam como reflexo da atuação coordenada entre acusação e magistrado'.

Dessa forma, é imperativo que se franqueie à defesa o acesso ao material constante da denominada 'Operação Spoofing', que diga respeito, direta ou indiretamente, aos recorrentes e às suas empresas Akyzo Assessoria e Negócios Ltda. e Liderrol Indústria e Comércio de Suportes Estruturais Ltda.

Lado outro, conforme bem destacado pelo eminente Desembargador Néviton Guedes, em seu voto vencido, não há como se autorizar a pesquisa com base nas inúmeras palavras-chaves indicadas pelos recorrentes, sob pena de se autorizar o acesso a diálogos que não guardam relação com a primazia da ampla defesa dos ora recorrentes, em detrimento da intimidade dos

interlocutores ou mesmo de terceiros.

De fato, o acesso e compartilhamento das mensagens da 'Operação Spoofing' deve se limitar àquelas que digam respeito, direta ou indireta, aos recorrentes e às pessoas jurídicas cujo quadro societário compõem, e tenham relação com investigações e ações penais movidas contra os recorrentes.

Por fim, registro que foi recentemente noticiado, em 13/5/2023, que o próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região autorizou o acesso aos diálogos da Operação Spoofing, registrando que 'a garantia de não utilização de prova ilícita visa a beneficiar os acusados. Diálogos travados por autoridades públicas que tiveram suas conversas hackeadas não podem ser empregados pela acusação, mas podem ser usados pela defesa para tentar provar a inocência do réu'. <https://www.conjur.com.br/2023-mai13/defesa-acusada-acessar-dialogos-vaza-jato-decide-trf>. Acesso em 5/6/2023.

Foi igualmente noticiado, em 22/5/2023, que o próprio Magistrado da 10ª Vara Federal de Brasília, autorizou o ex-ministro da Fazenda e da Casa Civil Antonio Palocci a obter 'acesso a todos os diálogos entre procuradores da 'lava jato' e o ex-juiz Sergio Moro, atualmente senador, captados por hackers e apreendidos pela Polícia Federal no curso da chamada operação Spoofing <https://www.conjur.com.br/2023-mai-22/juizconcede-acesso-dialogos-vaza-jato-envolvem-palocci>. Acesso em 5/6/2023.

Feitas essas considerações, considero ser o caso de acolher o pedido subsidiário formulado pela defesa, de acesso às mensagens arrecadadas pela 'Operação Spoofing', 'nos limites estabelecidos pelo voto vencido

> proferido pelo eminente Desembargador Federal Néviton Guedes'.
>
> Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso em habeas corpus, acolhendo o pedido subsidiário formulado pela defesa.'

> De fato, **diante da extrema gravidade dos acontecimentos perpetrados, exige-se que se confira aos réus ao menos o direito de impugnar eventuais ilegalidades processuais que se projetam como reflexo da atuação coordenada entre acusação e magistrado, tal como revelado pelos diálogos contidos na 'Operação Spoofing.'"**

Quanto à utilização da prova ilícita em favor do réu, como destacado pelo Ministro **Gilmar Mendes** no voto condutor do acórdão proferido no julgamento do HC nº 164.493/PR, Pleno, DJe de 4/6/21,

> "[o] Supremo Tribunal Federal já assentou que o interesse de proteção às liberdades do réu pode justificar relativização à ilicitude da prova. Cite-se, por exemplo, a assentada possibilidade de que a gravação feita por um dos interlocutores seja utilizada:
>
> 'O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes,

> justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009'. (RG na QO no RE 583.937/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009, DJe 17.12.2009).
>
> Sobre a questão, no caso *Scheichelbauer vs. Áustria*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos consignou que a gravação ilícita de um coacusado poderia ser incorporada ao processo penal, tendo em vista o direito de defesa do réu, para sustentar seu álibi. A doutrina brasileira aceita a possibilidade de utilização de prova ilícita pró-réu, a partir do princípio da proporcionalidade, considerando o direito de defesa (GRINOVER, SCARANCE e FERNANDES, *Nulidades no processo penal*. 7ª ed. RT, 2001. p. 137).
>
> Isso porque:
>
> 'É natural que no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência este último deve prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; (...)'. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010, p. 409)."

Nesse contexto, a inutilização do material apreendido na operação **Spoofing** também importaria em **violação do princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, na medida em**

que privaria réus e investigados no âmbito da operação Lava a Jato do direito de utilizá-lo em seu favor, ainda que consistisse em prova ilicitamente obtida.

Ante o exposto, **julgo procedente o pedido** formulado na inicial e torno definitiva a decisão liminar em que se determinou a preservação do material probatório apreendido no âmbito da operação **Spoofing** e em procedimentos correlatos.

É como voto.