

Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 84 Distrito Federal

Relator : Min. Cristiano Zanin
Reqte.(s) : Procuradora-geral da República
Intdo.(a/s) : Congresso Nacional
Proc.(a/s)(es) : Advogado-geral da União

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, arguindo-se a ausência de atuação normativa do Congresso Nacional “na regulação do uso, por órgãos e agentes públicos, de programas de intrusão virtual remota e de ferramentas de monitoramento secreto e invasivo de aparelhos digitais de comunicação pessoal”.

Sustenta a petição inicial:

“[...] É que, a partir dos mais recentes avanços tecnológicos, houve uma proliferação global de ferramentas de intrusão virtual, utilizadas no âmbito de serviços de inteligência e de órgãos de repressão estatais, para a vigilância remota, secreta e invasiva de dispositivos móveis de comunicação digital, sob o pretexto do combate ao terrorismo e ao crime organizado. Tais ferramentas tecnológicas são aptas a interceptar comunicações telefônicas e telemáticas, a partir da “infecção” de dispositivos eletrônicos por um programa espião (*spyware*) e, com isso, possibilitar aos intrusos monitorar conversas, escutar o som ambiente pelo microfone do dispositivo; captar imagens por meio das câmeras frontal e traseira; determinar a localização em tempo real, por meio do sistema de GPS; capturar as imagens da tela e acompanhar em tempo real tudo o que é digitado (*keylogger*) ou visualizado pelo usuário, funcionalidades que podem vir a ser obtidas sem qualquer intervenção do usuário-vítima (“*zero click*”).

Os graves impactos a direitos fundamentais advindos da utilização desregulada e ilegítima desses recursos por parte do poder público foram destacados em relatório elaborado pelo Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o qual aponta a ocorrência não só de violações

à garantia do sigilo de dados e de comunicações, como também às garantias da intimidade, da vida privada e do devido processo legal, e ainda à liberdade de expressão, de manifestação do pensamento e de imprensa:

[...]

O ponto central da controvérsia que a presente ação cinge-se ao uso secreto e abusivo desses softwares e ferramentas, sem autorização judicial, tampouco limites ou salvaguardas, de forma contrária à tutela do interesse público e aos deveres de proteção dos direitos fundamentais, que se impõem em um Estado de direito.

[...]

Ao não estabelecer a disciplina regulamentadora da utilização, por órgãos e agentes públicos, de programas para intrusão virtual remota e de ferramentas de monitoramento secreto e invasivo de aparelhos digitais de comunicação pessoal – *smartphones, tablets* e dispositivos eletrônicos similares – o legislador nacional incide em omissão contrária à exigência imposta no art. 5º, X e XII, da CF, provocando redução arbitrária e injustificada do nível de proteção das garantias fundamentais previstas naquelas normas constitucionais, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em sua dimensão substantiva.

[...]

Desse panorama, entende-se que, ao menos, existem diretrizes e condicionantes relevantes na legislação brasileira de proteção de dados pessoais a serem observadas, incumbindo a esta Suprema Corte consolidar e explicitar, nesta ação direta, as balizas sistêmicas que afastem arbitrariedades no uso, por órgãos e agentes públicos em atividades de inteligência ou investigação criminal, de programas de intrusão virtual remota e/ou de ferramentas de monitoramento secreto e invasivo de aparelhos digitais de comunicação pessoal, como *smartphones, tablets* e dispositivos eletrônicos similares.” (destaquei)

Em despacho inaugural, adotei o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 e determinei a requisição de informações a fim de subsidiar a presente ação

(doc. eletrônico 18).

A Câmara dos Deputados prestou informações e afirmou que o Poder Legislativo “tem feito um intenso debate na proteção estatal da intimidade e da vida privada, e de inviolabilidade do sigilo das comunicações pessoais e de dados, previstos no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, com uma vasta produção legislativa sobre a matéria.” (doc. eletrônico 24). No mérito, alegou a ausência de omissão legislativa no tema.

A Advocacia-Geral da União se manifestou pela improcedência dos pedidos formulados pelo requerente (doc. eletrônico 36).

A Procuradoria-Geral da República arguiu a complexidade técnica e o impacto do tema e pugnou pela oitiva de especialistas a fim de que se obtenham “informações técnicas e avaliações formadas a partir de saberes específicos”. **Requeru o órgão ministerial, ao fim, a conversão da ação em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** (doc. eletrônico 45).

É o sucinto relatório.

Antecipo, de início, reputar oportuna a conversão da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos, inclusive, requeridos pela PGR, autora da ação.

A inércia do legislador ou o comportamento omissivo apenas são aptos a configurar violação específica e individualizada da Constituição em relação a uma norma impositiva de um dever de agir (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 315).

Compreendo que a ação ora proposta possui contornos de natureza plúrima e heterogênea – **envolvendo um conjunto de aquisições e o uso indiscriminado de ferramentas de intrusão virtual** – que se revelam mais adequados ao instrumento processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tal como exposto pela PGR. O tema, aliás, também é objeto de discussão em Cortes Constitucionais, Supremas Cortes e,

ainda, em Tribunais Internacionais.

Verifico, ainda, uma **dúvida aceitável** entre o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no caso em tela, tendo em vista que, embora a própria PGR aponte a ausência de disciplina regulamentadora da utilização de ferramentas de intrusão virtual no âmbito de serviços de inteligência e de órgãos de repressão estatais, **também há referência à suposta violação sistemática de preceitos fundamentais no uso de tais equipamentos para monitorar magistrados, advogados, jornalistas, políticos e defensores de direitos humanos, sem que exista outro meio processual para impugnar esse conjunto de atos e permitir a “antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal”** (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n, 9.868/99*, 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67).

Nessa direção, recorro à consagração, por parte desta Suprema Corte, da fungibilidade entre as ações diretas (ADO 60/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2020; ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 30/4/2010).

Transcrevo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 875:

“Dado que, **no caso de uma omissão parcial, existe uma conduta positiva**, não há como deixar de se reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato.

Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca, fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos - o de controle de normas e o de controle da omissão - acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a **inconstitucionalidade da norma em**

razão de sua incompletude.” (grifei)

Reafirmo, ainda, que a própria PGR, autora da ação, manifestou-se pelo processamento da presente ação na forma da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

“Mais ainda, e dada a necessidade que se percebe de uma visão holística da questão – que não se reduz apenas ao domínio da falta normas, mas também da qualidade das que têm sido pressupostas para as ações de investigação –, a Procuradoria-Geral da República pede que a ação prossiga como arguição de descumprimento de preceito fundamental, certa de que a providência se justifica pelo princípio da fungibilidade processual tantas vezes prestigiado pelo Supremo Tribunal”. (doc. eletrônico 45, destaquei)

Posto isso, ADMITO o presente feito como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Retifique-se o registro.

ADMITO também os pedidos de ingresso como *amicus curiae* das seguintes entidades ou associações: ASSOCIAÇÃO INTERNETLAB DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA (“InternetLab”), ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA (“Data Privacy Brasil”), ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA CRIMINAL (ANACRIM), INSTITUTO DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA DO RECIFE (IP.REC) e UNIÃO NACIONAL DOS PROFISSIONAIS DE INTELIGÊNCIA DE ESTADO DA ABIN (INTELIS), nos termos solicitados nos documentos eletrônicos 27, 39, 47 e 55.

De fato, o artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999, dispõe que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades na condição de amigos da Corte, o que culmina em promover a pluralização do debate constitucional.

No caso, verifico pertinência entre as finalidades institucionais das entidades e o objeto da ação direta, estando preenchidos os requisitos que o

artigo acima demanda.

Nos termos do art. 138, § 2º, do Código de Processo Civil, faculta-se aos interessados a apresentação de informações e de memoriais escritos nos autos, bem como sustentação oral por ocasião do julgamento definitivo do mérito da presente ação direta.

Providencie a Secretaria o cadastro e as autuações pertinentes.

Considerando também que a matéria constitucional em evidência se afigura bastante relevante em termos jurídicos e sociais, encontrando-se em cena, primordialmente, **os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada e a inviolabilidade do sigilo das comunicações pessoais** (art. 5º, X e XII, da Constituição Federal), **determino a convocação de audiência pública** para ouvir o depoimento de autoridades e especialistas sobre o tema em alusão.

A questão trazida ao STF apresenta relevância jurídica e social e envolve valiosos interesses, uma vez que aborda matéria relativa à harmonização de importantes princípios constitucionalmente qualificados.

A realização da **audiência pública** permitirá a oitiva de especialistas e de representantes do poder público e da sociedade civil com vista a subsidiar esta Suprema Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa posta.

No sentido de enaltecer a **importância dos fatos para a jurisdição constitucional**, ensina a doutrina:

“Perceba-se que os fatos gerais são os típicos dos repetitivos ou idênticos, mas os fatos individuais ou específicos do caso concreto são aqueles que, efetivamente, podem render precedentes capazes de colaborar com o desenvolvimento do direito. Como a função das Cortes está muito além daquela que se identifica com a resolução de casos idênticos, não há como deixar de ver que não importam, para a Corte, apenas os fatos gerais ou que podem se repetir com igual formato, mas também os fatos específicos dos casos que podem dar origem a soluções jurídicas relevantes e de

interesse geral.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 57)

Entendo que o ato também possibilitará um acurado exame sobre o uso e o controle das principais ferramentas de intrusão virtual disponíveis no mercado, nos termos mencionados pela PGR na petição inaugural, a saber:

“[...] 1) *spywares*, como o *Pegasus* do *NSO Group*, que intercepta dados ao infectar um dos dispositivos envolvidos na comunicação; 2) *Imsi Catchers*, como o *Pixcell* (*NSO Group*) e o *GI2* (*Cognyte/Verint*), que simulam estações rádio-base capturando dispositivos próximos; 3) dispositivos que rastreiam a localização de um alvo específico através da rede celular, como o *First Mile* (*Cognyte/Verint*) e o *Landmark* (*NSO Group*).”

A audiência será realizada **na modalidade híbrida, com a possibilidade de participações presenciais e pela plataforma Zoom, por videoconferência, nos dias 10 e 11 de junho do corrente ano, com início às 10:00**, com a observância ao disposto no art. 154, III, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Os interessados deverão manifestar seu interesse de participar da audiência e indicar expositor **entre os dias 18 de abril e 3 de maio**, exclusivamente pelo endereço eletrônico **audienciapublica.mcz@stf.jus.br**.

Em suas mensagens, deverão consignar os pontos que pretendem defender e indicar os nomes de seus representantes, bem como a forma de participação, se presencialmente ou *on-line*.

A relação dos inscritos habilitados a participar da audiência pública estará disponível no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal oportunamente, quando serão detalhados os horários e as regras de participação.

Quaisquer documentos referentes à audiência pública poderão ser encaminhados por via eletrônica para o endereço **audienciapublica.mcz@stf.jus.br**.

A audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), assim como pelas demais emissoras que requererem a autorização pertinente. Tal pedido deve ser encaminhado à Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal.

Publique-se o Edital de Convocação.

Expeçam-se convites: aos Excelentíssimos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional, ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Defesa, às Forças Armadas, ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, à Agência Brasileira de Inteligência, à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, às entidades ora admitidas como amigas da corte e às empresas e entidades que fabricam e/ou representam as ferramentas mencionadas na petição inicial, sem prejuízo de outras similares que venham a ser identificadas no curso da ação.

Os demais convites serão expedidos oportunamente, inclusive para que se atenda o amplo escopo de participação de todos os interessados na temática.

Comunique-se à Secretaria-Geral e à Direção-Geral do STF, para a efetivação das providências reputadas necessárias para a realização do ato.

Publique-se.

Brasília, 16 de abril de 2024.

Ministro **CRISTIANO ZANIN**
Relator