

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (REVISOR):** Senhora Presidente, Senhores Ministros, inicialmente, cumprimento o eminente ministro Alexandre de Moraes pelo percuciente relatório, pelo trabalho e pelo voto apresentado.

Cuida-se de denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República na qual se imputa à parte ré, com fundamento nas apurações realizadas no Inq 4.922, a prática dos delitos previstos nos arts. 288, parágrafo único (associação criminosa armada), 359-L (abolição violenta do Estado democrático de direito), 359-M (golpe de Estado), 163, parágrafo único, I, II, III e IV (dano qualificado por violência e grave ameaça, com emprego de substância inflamável, contra o patrimônio da União e com considerável prejuízo para a vítima), todos do Código Penal, e no art. 62, I, da Lei n. 9.605 /1998 (deterioração de patrimônio tombado), observadas as regras dos arts. 29, *caput* (concurso de pessoas), e 69, *caput* (concurso material), do Código Penal.

Regularmente notificada, a parte denunciada apresentou resposta prévia à denúncia.

A peça acusatória foi recebida pelo Plenário, vencido parcialmente o eminente ministro André Mendonça, quanto à preliminar de incompetência desta Suprema Corte, e vencido este revisor em maior extensão, que reconheceu a incompetência do Supremo para o exercício de admissibilidade da acusação, bem como a ausência de justa causa para a ação penal em relação aos crimes dos arts. 288, parágrafo único (associação criminosa armada), e 359-M, ambos do Código Penal.

A parte ré foi citada e apresentou defesa prévia.

O Relator requisitou o envio de certidões de antecedentes criminais da ré.

Em audiência de instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação.

O Relator determinou à Polícia Federal a juntada das imagens de vídeo relativas às condutas específicas da parte ré desta ação penal, bem como das informações acerca da localização obtida a partir do seu aparelho celular, caso tivesse sido apreendido, acompanhadas dos respectivos laudos técnicos das imagens e do reconhecimento facial.

Foi determinada, ainda, a juntada aos autos dos vídeos encaminhados pela Polícia Federal no Inq. 4.922.

Em audiência de instrução designada em continuação à anterior, foi realizado o interrogatório da ré.

Instadas as partes em audiência ao requerimento de diligências (CPP, art. 402, Lei n. 8.038/1990, art. 10), não foram apresentados pedidos pela acusação ou pela defesa.

Em alegações finais, a Procuradoria-Geral da República requereu a procedência do pedido formulado na ação penal para condenar a parte ré pela prática de todos os crimes que lhe foram atribuídos na denúncia.

A defesa apresentou alegações finais, nas quais arguiu, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, sustentou, em síntese, não ter praticado nenhuma das condutas delituosas que lhe foram imputadas, além de alegar a caracterização do estado de necessidade (art. 23, II, do Código Penal), a ocorrência de desistência voluntária, de erro de tipo, de erro de proibição, a ocorrência de resultado diverso do pretendido e crime impossível.

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos do art. 21, X, do Regimento Interno do Supremo.

É o relato do essencial. **Passo ao voto** .

## 1. Da incompetência do Supremo para o processamento e julgamento da ação penal

Embora a tese da incompetência do Supremo Tribunal Federal para o exercício do juízo de admissibilidade das denúncias não tenha sido acolhida nos julgamentos realizados no âmbito do Plenário Virtual, penso que a questão não precluiu e merece reflexão, debate e enfrentamento aprofundados neste Colegiado, tendo em vista a orientação jurisprudencial sedimentada em sentido oposto.

Nos votos que proferi por ocasião do exercício dos juízos de admissibilidade das denúncias apresentadas em razão dos fatos ocorridos no dia 8 de janeiro de 2023, sustento que o direito ao juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, de nossa Lei Maior, constitui garantia fundamental de que a parte responda perante o juiz competente, limitados os poderes do Estado, que não instituirá juízo ou tribunal de exceção.

Trata-se de garantia fundamental sedimentada nos Estados democráticos de direito ao longo dos últimos séculos.

O juiz natural é aquele regular, prévia e legitimamente investido de jurisdição *in concreto* para o julgamento de determinada demanda, conforme as regras de definição de competência estabelecidas no sistema do direito positivo.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O mesmo artigo, além de vedar a designação de juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII), versa, nos termos de seu inciso LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, prevê, no art. 8º, que todo indivíduo tem o direito de ser ouvido por um “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei”.

Nessa linha, o Texto Constitucional confere a determinadas autoridades prerrogativa de foro para o processo penal ou o processo de responsabilidade (arts. 53, § 1º; 86, *caput*; e 102, I, “a” e “c”).

Cumpra assegurar aos acusados o direito de responder o processo diante da autoridade regularmente investida de jurisdição, de acordo com as regras de competência previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional. É vedada, em consequência, a instituição de juízo posterior ao fato em investigação, **bem assim de juízo universal perante esta Corte Suprema em relação a determinadas classes de crimes e de investigados e réus, por mais graves que sejam as práticas ilícitas.**

No plano infraconstitucional, o principal critério para a fixação de competência no processo penal é o do foro do lugar em que a infração houver sido consumada, ou, no caso dos crimes tentados, o do local em que praticado o último ato de execução.

A conexão e a continência – critérios de modificação de competência – e o estabelecimento do juízo preventivo para concentração da jurisdição penal revelam exceções à regra geral de fixação de competência, de sorte que as regras atinentes a esses institutos processuais devem ser interpretadas de forma estrita, não comportando ampliação.

A competência por prerrogativa de função, por sua vez, é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, **mas alcança apenas as pessoas que devam responder perante tais órgãos por crimes comuns e de responsabilidade** (CPP, art. 84).

Nessa perspectiva, o Supremo, debruçando-se sobre o tema, fixou critérios objetivos que vêm sendo adotados para a definição da competência nos processos relativos à denominada Operação Lava Jato, consoante se infere da orientação fixada nos precedentes firmados nos inquéritos de n. 4.130, 4.244, 4.327 e 4.483, no HC 193.726 (em que fiquei vencido) e nas petições de n. 6.863, 6.727 e 8.090. Entre tais critérios, merecem realce os seguintes, extraídos da ementa do acórdão prolatado no Inq 4.130 QO, Plenário, ministro Dias Toffoli, *DJe* de 3 de fevereiro de 2016 – com meus grifos:

(i) “A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, **mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência**, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*”;

(ii) “A prevenção, nos termos do art. 78, II, “c”, do Código de Processo Penal, constitui **critério residual de aferição da competência**”;

(iii) “ **Não haverá prorrogação da competência do juiz processante – alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente –, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal**”; e

(iv) “ **Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal** de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência”.

Como se vê, a Corte **tem seguido, de forma sistemática, a linha de afastar a tendência de concentração de processos em uma mesma unidade jurisdicional, evitando assim dar força atrativa ao foro por prerrogativa de função.**

Pois bem. O eminente Relator concluiu pela competência do Supremo para o exercício do juízo de admissibilidade das denúncias oferecidas no Inq 4.922, bem como para o processamento e julgamento das ações penais oriundas das inúmeras denúncias, considerado o critério residual da conexão, com os seguintes fundamentos: **(i)** todas as investigações se referem aos mesmos atos criminosos relacionados à invasão e depredação, em 8 de janeiro de 2023, dos prédios do Congresso Nacional, Palácio do Planalto e Supremo Tribunal Federal, o que revelaria **conexão** com as condutas apuradas no âmbito dos procedimentos envolvendo autoridades com prerrogativa de foro nesta Corte, a exemplo das instauradas contra os deputados federais Clarissa Tércio, André Fernandes, Sílvia Waiãpi e Coronel Fernanda, no âmbito dos Inq 4.917, 4.918 e 4.919, a pedido da Procuradoria-Geral da República, e contra o deputado federal Cabo Gilberto Silva, na Pet 10.836; **(ii)** no Inq 4.781, das “Fake News”, em que apuradas condutas atentatórias à própria Corte Suprema, e no Inq 4.874, no qual se investiga o cometimento, pelas chamadas milícias digitais, de diversas infrações criminais que atentam contra o Estado democrático de direito, há investigados com prerrogativa de foro perante o Supremo – como o senador Flávio Bolsonaro e os deputados federais Otoni de Paula, Cabo Júnio do Amaral, Carla Zambelli, Bia Kicis, Eduardo Bolsonaro, Filipe

Barros, Luiz Phillipe Orleans e Bragança, Guiga Peixoto e Eliéser Girão –, a igualmente sinalizar conexão probatória entre o Inq 4.922 – e respectivas ações penais – e o de n. 4.921.

Em relação ao primeiro fundamento, pedindo todas as vênias, não identifiquei, no voto proferido pelo Ministro Relator, circunstância concreta a justificar a excepcional atração de competência, por conexão ou continência, para o processamento das investigações e a presente ação penal, oriunda do Inq 4.922, em que o réu não possui prerrogativa de foro perante este Tribunal, em relação às investigações em curso nas quais envolvidas autoridades aptas a de fato ser aqui julgadas. Seria, então, ilógico, do ponto de vista das regras de competência, julgar a ação atraída antes mesmo de apreciar a atratora, ainda em fase de investigação.

A modificação de competência por força da conexão ou continência exige demonstração clara, no plano concreto, à luz de elementos de prova colhidos na investigação – os quais devem ser apontados para permitir o controle intersubjetivo da decisão no processo –, de um vínculo probatório ou instrumental. É dizer, há que demonstrar uma linha de continuidade e interligação probatória entre os fatos investigados nos inquéritos instaurados contra os detentores de prerrogativa de foro e os fatos objeto de investigação no Inq 4.922 e agora em julgamento nesta ação penal.

De acordo com o art. 76 do Código de Processo Penal, a competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Da análise dos presentes autos, não vislumbro, *data venia*, a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas nos citados incisos do art. 76 do CPP. Inexiste demonstração de que as infrações atribuídas ao denunciado teriam

sido praticadas em concurso de pessoas com os investigados detentores de foro no Supremo. De igual forma, não há nas denúncias qualquer elemento concreto a sinalizar que as infrações imputadas teriam sido cometidas pelo denunciado, a fim de facilitar ou ocultar as outras em investigação nos inquéritos n. 4.917, 4.918 e 4.919, ou mesmo de conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer uma delas. Considerado o inciso III, também não se apontou a influência da prova dos crimes atribuídos ao acusado nesta ação (oriunda do Inq 4.922) na produção da prova das infrações, **ainda em apuração**, nos inquéritos instaurados contra pessoas detentoras de foro neste Tribunal.

Ora, não se admite, *permissa venia*, o estabelecimento de conexão probatória fundada em presunção abstrata ou inferência extraída de ténues afinidades materiais, sem a indicação de vínculo probatório entre os fatos em investigação nos inquéritos instaurados contra os detentores de prerrogativa de foro e aqueles atribuídos aos denunciados no presente inquérito e no de n. 4.921, ambos com denúncia já oferecida.

Além disso, mesmo quando caracterizada a conexão dos crimes objeto de apuração em diferentes inquéritos policiais e ações penais – o que, reitere-se, não se demonstrou na espécie –, a jurisprudência deste Colegiado vem se orientando no sentido de **adotar, como regra, o desmembramento dos inquéritos e ações penais originárias formalizados contra coinvestigados ou corréus não detentores de foro por prerrogativa de função, admitindo-se, excepcionalmente, a atração da competência originária, quando se verifique que a separação tem potencial de causar prejuízo relevante, verificável em cada caso concreto**. Se não, vejamos:

[...] 1. INQUÉRITOS 4.327 E 4.483. DENÚNCIA. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E EMBARAÇO ÀS INVESTIGAÇÕES RELACIONADAS AO ALUDIDO DELITO. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA PROCESSAMENTO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E MINISTROS DE ESTADO. SUSPENSÃO. **DESMEMBRAMENTO QUANTO AOS NÃO DETENTORES DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**. AGRAVOS REGIMENTAIS. [...] 5. **DESMEMBRAMENTO DO OBJETO DOS INQUÉRITOS EM RELAÇÃO AOS NÃO DETENTORES DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. VIABILIDADE**. 6. PEDIDOS DE TRANCAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES E EXCLUSÃO DE NOMES DO ROL DE INVESTIGADOS. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO. 7. DESMEMBRAMENTO E REMESSA DOS INQUÉRITOS ÀS INSTÂNCIAS COMPETENTES.

[...]

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar como regra o desmembramento dos inquéritos e ações penais originárias no tocante a coinvestigados ou corréus não detentores de foro por prerrogativa de função, admitindo-se, apenas excepcionalmente, a atração da competência originária quando se verifique que a separação seja apta a causar prejuízo relevante, **aferível em cada caso concreto**. Na espécie, a proposta acusatória afirma a existência de uma única organização criminosa, composta por distintos núcleos operacionais, dentre os quais o integrado por políticos afiliados a diversos partidos. Cuidando a denúncia do núcleo político de organização criminosa composto por integrantes do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) com atuação na Câmara dos Deputados, os autos devem ser remetidos à livre distribuição à Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Em relação ao agravante André Santos Esteves, os autos devem ser direcionados especificamente à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em razão de investigação prévia ali deflagrada. Vencido o relator neste ponto, concernente ao juízo destinatário da remessa, eis que o voto em sua formulação originária (vencida) propôs o envio à 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Em observância ao princípio da responsabilidade subjetiva que vigora no ordenamento jurídico-penal pátrio, no que tange à acusação do delito de organização criminosa, caberá ao Ministério Público Federal produzir os elementos de prova capazes de demonstrar, em relação a cada um dos acusados, a perfeita subsunção das condutas que lhes são atribuídas ao tipo penal que tutela o bem jurídico supostamente violado, em especial o seu elemento subjetivo, composto pelo dolo de promover, constituir financiar ou integrar organização criminosa. Por tal razão, o desmembramento não importa em responsabilização indireta dos denunciados em relação aos quais a tramitação da denúncia permanece suspensa neste Supremo Tribunal Federal, não sendo possível falar, ainda, em indissolubilidade das condutas denunciadas. Tendo em vista que o suposto delito de obstrução às investigações relacionadas ao crime de organização criminosa teria sido praticado, em grande parte, na Capital Federal, devem os respectivos autos também ser remetidos para processamento perante a Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Agravos regimentais parcialmente providos.

[...]

7. Tratando-se de figura penal dotada de autonomia, o delito de organização criminosa não se confunde com os demais praticados no seu âmbito, **razão pela qual o desmembramento realizado nestes autos**



**não tem o condão de configurar o indevido *bis in idem* em relação a eventuais ações penais ou inquéritos em trâmite perante outros juízos. Agravo regimental desprovido.**

[...]

(Inq 4.327 AgR-segundo, Plenário, ministro Edson Fachin, *DJe* de 9 de agosto de 2018)

No mesmo sentido: Inq 4.483 AgR-segundo, Plenário, ministro Edson Fachin, julgamento em 19 de dezembro de 2017; Rcl 24.506, Segunda Turma, ministro Dias Toffoli, julgamento em 26 de junho de 2018); Inq 2.903 AgR, Plenário, ministro Teori Zavaschi, *DJe* de 1º de julho de 2014; Inq 3.515 AgR, Plenário, ministro Marco Aurélio, julgamento em 13 de fevereiro de 2014, *DJe* de 14 de março de 2014.

Ademais, **o oferecimento das denúncias no Inq. 4.922, a realização da instrução da presente ação penal e a circunstância de o presente feito já ter sido até mesmo incluído em pauta para julgamento pelo Plenário desta Corte, evidenciam, seguramente, a ausência de qualquer prejuízo que pudesse advir do cumprimento da regra geral de cisão dos feitos, ainda que conexos fossem**, com a permanência nesta Corte apenas das investigações em face dos detentores da prerrogativa de foro.

E, ainda que se verificasse a sustentada conexão do feito em julgamento com os inquéritos de n. 4.917, 4.918 e 4.919, forçoso seria reconhecer a **necessidade de submeter à livre distribuição o primeiro inquérito relativo aos eventos do dia 8 de janeiro de 2023, cujos investigados possuem prerrogativa de foro**, em observância à garantia do juiz natural.

De igual forma, não vislumbro conexão entre os fatos apurados no âmbito dos inquéritos de n. 4.921 e 4.922 e os em investigação no Inq 4.781, das “Fake News”. Ao contrário, a ausência de conexão, nesse caso, parece-me ainda mais evidente, com todas as vênias devidas.

Da leitura da Portaria n. 69/2019/GP extrai-se que o Inq 4.781 tem por objeto:

[...] a investigação de notícias fraudulentas ( *fake news* ), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal

Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que têm o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Após declarada por este Tribunal a constitucionalidade do mencionado ato administrativo, a Procuradoria-Geral da República requereu a instauração do Inq 4.828, com a finalidade de apurar “fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes”, em virtude de “aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais”.

Referido procedimento investigativo acabou arquivado. Porém, na sequência, houve a instauração do Inq 4.874, distribuído por prevenção conforme decidiu, de ofício, o ministro Alexandre de Moraes, Relator do primeiro.

Esse inquérito foi formalizado para investigar os “eventos nºs 01, 02, 03, 04 e 05”, apontados em relatório da Polícia Federal, os quais podem ser assim sintetizados: (i) recebimentos de valores no exterior relativos à monetização do canal “Terça-Livre”, do jornalista Allan dos Santos; (ii) articulação dos integrantes de tal grupo a fim de criar obstáculos a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPMI das *Fake News*), inclusive com a tentativa de convencer a deputada federal Bia Kicis a “derrubar” a convocação da CPI; (iii) doação de valores ao canal “Terça-Livre” por meio de plataformas *crowdfunding* ou diretamente, destacando-se transações supostamente realizadas por servidores públicos; (iv) análise bancária preliminar da empresa Inclutech H Tecnologia da Informação Ltda., de propriedade de Sérgio Lima, que teria identificado repasses oriundos de contas associadas a Luís Felipe Belmonte, de parlamentares, e de uma confecção situada em São Paulo, cuja proprietária seria “uma pessoa de origem estrangeira (chinesa)”; e (v) renegociação de valor atinente ao aluguel à empresa Petrobrás de imóvel pertencente a Otávio Fakhoury.

Da análise dos fatos objeto de apuração inicial no Inq 4.781 e no Inq 4.874, tampouco identífico, a teor do disposto no citado art. 76 do Código de Processo Penal, qualquer conexão probatória com os fatos atuais que constituem agora objeto de imputação na denúncia oferecida no inquérito de n. 4.922 e em julgamento na presente ação.

Finalmente, a **mera referência** à atuação de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função (na espécie, parlamentares federais) não é suficiente a atrair a competência desta Corte para a supervisão judicial da fase inquisitorial e o processamento da ação penal.

Importa enfatizar, na linha do quanto já exposto, que, do exame dos autos, **no que se refere à presente ação penal, oriunda do Inq 4.922, não há indício de ato ilícito que, atribuído às autoridades com prerrogativa de foro perante este Tribunal**, pudesse imputar-lhes a condição de investigadas e, dessa forma, ensejar, nos termos do art. 102, I, “c” e “l”, da Lei Maior, a competência do Supremo.

Esse entendimento, a afastar a ocorrência de usurpação da competência jurisdicional, é o que vem sendo adotado pelo Tribunal ( **HC 82.647**, ministro Carlos Velloso; **HC 153.417 ED-segundos**, ministro Alexandre de Moraes; **Rcl 2.101 AgR**, ministra Ellen Gracie).

Bem a propósito, destaco trecho do voto condutor do **acórdão – unânime** – prolatado pela Segunda Turma no julgamento da **Rcl 30.177 AgR**, Relatora a ministra Cármen Lúcia:

Este Supremo Tribunal assentou que “ **não há de se cogitar de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal quando a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados**, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada, assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior. **Para que haja a atração da causa para o foro competente é imprescindível a constatação da existência de**

**indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais ” (Rcl n. 25.497-AgR , Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 13.3.2017).**

Assim, entendo, preliminarmente, renovando meu pedido de respeitosa vênias àqueles que pensam de forma distinta, que deve ser reconhecida a incompetência deste Tribunal para o julgamento da presente ação penal, oriunda do Inq 4.922, remetendo-se os respectivos autos à Justiça Federal do Distrito Federal, **inclusive para convalidação dos atos de conteúdo decisório** , ante a natureza dos crimes tipificados na denúncia oferecida e a imputação de crimes de dano cometidos em detrimento de bens da União.

## **2. Da nulidade do processo em razão da ausência de individualização da conduta do acusado na denúncia**

A questão atinente à ausência de individualização da conduta do acusado veio a ser examinada nos julgamentos realizados pelo Plenário Virtual desta Corte por ocasião dos exercícios dos juízos de admissibilidade das denúncias, razão pela qual a considero superada no momento.

## **3. Do cerceamento de defesa**

Da análise dos autos, verifico que a parte ré teve acesso a todos os elementos de informação que instruem o presente feito, inclusive dos registros das imagens gravadas (certidão - e-doc. 61), razão pela qual rejeito a preliminar.

## **4. Dos crimes tipificados nos arts. 163, parágrafo único, I, II, III e IV, 359-L, 359-M e 288, do Código Penal, e no art. 62, I, da Lei 9.605/1998: absolvição**

Os autos não reuniram elementos de convicção suficientes para a imposição de um decreto condenatório pela prática dos crimes imputados à parte ré.

É cediço que, no campo da jurisdição penal, a condenação exige a formação de um juízo de certeza, calcado em prova coesa, harmônica e inequívoca para que se conclua pela existência do crime – materialidade – e pela autoria delitiva.

A verificação dessa certeza submete-se, necessariamente, às regras atinentes à produção e ao ônus da prova, as quais devem ser interpretadas e aplicadas em consonância com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade do réu.

A propósito, leciona Luigi Ferrajoli, em sua tese “cognitivismo ou decisionismo”:

Diferentemente de outros tipos de investigação, **a composição jurisdicional, sem dúvida, é obrigatória e deve ser concluída em algum momento: assim, pois, se o dilema não é resolúvel, prevalece a hipótese mais favorável ao acusado, graças a uma regra jurídica sobre as condições de aceitabilidade da verdade processual**; ademais, cada uma das hipóteses fáticas formuladas no processo pode ser desmentida por uma prova ulterior incompatível com aquelas, só até que, conforme outra regra jurídica, não intervenha a presunção legal de verdade da “coisa julgada”.

Colaciono, em face de sua pertinência, o escólio do jurista Nicola Framarino dei Malatesta:

É importante ainda observar que **o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita ao conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada de delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição.** O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objetivo principal de suas investigações é, em outros termos, o estudo das provas de certeza.

Salienta, ainda, Márcio Augusto Friggi de Carvalho, que, mesmo nos crimes multitudinários, “ **ao acusador remanesce o ônus da prova da conduta a lesar ou a expor a risco de lesão o bem jurídico protegido** ”.

E, mesmo que examinada a imputação sob a perspectiva dos delitos multitudinários, conforme salientou o eminente Relator à luz do magistério de Friggi de Carvalho, há que se atentar para a ressalva feita por esse autor, de que não se pode pretender responsabilizar aqueles que, de alguma forma, **em reunião inicialmente lícita , opuseram-se diretamente contra os crimes praticados por parte dos componentes ou que deles se distanciaram** (grifei).

A responsabilização penal coletiva, sem qualquer distinção entre aqueles que não concorreram, de forma dolosa, direta ou indiretamente, para a prática dos gravíssimos crimes de tentativa de abolição do Estado democrático de direito, de tentativa de deposição do Governo constituído e de associação criminosa armada, constitui nítida despersonalização da parte acusada, a torná-la objeto do processo penal, como se integrante fosse de uma entidade abstrata dotada, unitariamente, de responsabilidade criminal.

No entanto, a ótica há muito sedimentada no Supremo Tribunal Federal **afasta, peremptoriamente, a aplicação da responsabilidade penal objetiva** , em observância ao dogma da responsabilidade com culpa ( *nullum crimen sine culpa* ).

Até mesmo a hipótese de convivência com determinada prática criminosa, por si só, não é punível nos crimes dolosos cometidos em concurso de pessoas, porquanto a responsabilização criminal no concurso de pessoas exige, necessariamente, a prova dos seguintes elementos:

(i) pluralidade de condutas, isto é, a soma de comportamentos individualizados que realizem ou concorram para a realização da figura descrita no tipo penal. No preciso magistério de René Ariel Dotti, “há necessidade, portanto, de duas ou mais condutas dirigidas ao mesmo objetivo, i.e., à realização do verbo indicado pelo núcleo do tipo legal de crime.”

(ii) relação de causalidade física, que consiste no nexo de causalidade da conduta concorrente preordenada a alcançar o resultado pretendido pelos autores, coautores e partícipes do fato. Assim, “para ser punível a atividade deve ser causa próxima ou remota do evento”, sendo esse o “aspecto objetivo do concurso de agentes e que permite estabelecer o começo da responsabilidade penal do parceiro”; e

(iii) homogeneidade do elemento subjetivo do tipo, caracterizada pela consciência e vontade de concorrer, de qualquer modo, para a ação ilícita de outrem visando realizar o fato punível.

No que concerne à conivência, salienta René Ariel Dotti:

**A chamada conivência se caracteriza pela presença física de alguém no ato da execução de um crime ou a omissão em denunciar à autoridade pública de um fato delituoso de que tenha conhecimento. Nessas hipóteses não se caracteriza a participação (ou uma infração autônoma), se não houver o dever jurídico de impedir o evento ou de comunicar a sua existência à autoridade.**

Elias de Oliveira, em aprofundado trabalho dedicado ao estudo da criminologia das multidões, observou, com acuidade, que:

**Nos delitos instantâneos das multidões não se pode dizer que haja, quanto ao resultado ou evento criminoso, entre os componentes da turba, vontade consciente e livre, que os ligue, na totalidade, uns aos outros. Terá sido voluntário o ato de participar da reunião. Se o objetivo desta não era ilícito ou proibido, vindo a surgir a ideia do crime depois da exaltação coletiva, pode não ter havido voluntariedade, por parte de todos, na produção do evento incriminado, existindo, apenas, um nexo de causalidade subjetiva, em relação aos instigadores ( *meneurs* ). O dolo, destarte, não pode ser imputado a todos, nem se admite a possibilidade de nuances, conseqüentemente, entre concurso consciente ou não. É que, em tais situações, poucos, às vezes, conhecem a resolução criminoso. Não raro, esta surge de ímpeto, depois da perturbadora exaltação coletiva, e era alheia, por completo, ao objetivo da entidade multitudinária. E há hipóteses em que, ordinariamente, a maioria, só após o fato delituoso, vem a saber que ele foi praticado. Terá faltado, assim, no tocante a muitos, a voluntária adesão de uma atividade a outra. Para**

que todos respondam pelo mesmo fato delituoso, em face do conceito unitário da participação criminosa, é imprescindível que a vontade consciente de cada participante, no que tange à ação coletiva, esteja unida às demais atividades individuais em concurso, por irrecusável vínculo psicológico.

Examino, inicialmente, a prova da materialidade e da autoria em relação aos crimes de dano qualificado contra o patrimônio da União e de deterioração do patrimônio público tombado, os quais se encontram tipificados nos seguintes termos:

### **Código Penal – Dano**

Art. 163 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único – Se o crime é cometido:

I – com violência à pessoa ou grave ameaça;

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

III – contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos; (Redação dada pela Lei nº 13.531, de 2017)

IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

### **Lei n. 9.605/1998**

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

No que concerne aos crimes de dano e de deterioração de patrimônio público tombado, a prova da **materialidade** se encontra produzida, conforme demonstram os documentos que instruem o presente feito, a saber: (i) imagens com os registros dos locais vandalizados; (ii) relatório preliminar sobre os atos ocorridos no dia 8 de janeiro de 2023 na sede do



Senado Federal (Ofício n. 028/2023/SPOL), elaborado pela Secretaria de Polícia do Senado Federal; (iii) relatório preliminar do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico (Iphan – Ofício n. 010/2023/Sinfra (Consolidação dos bens furtados ou danificados nos atos do dia 8 de janeiro de 2023 no Senado); (iv) exame preliminar em local de dano da Secretaria de Polícia Legislativa do Senado Federal, Ofício n. 03/2023/DG.

A destruição do patrimônio público, inclusive de patrimônio tombado, perpetrada por meio dos tristes, graves e lamentáveis atos de vandalismo a que assistimos no dia 8 de janeiro de 2023, deve ser repudiada de forma veemente, conforme venho registrando, enfática e reiteradamente. Tais eventos constituem verdadeira mácula em nossa história recente.

A pretensão acusatória submetida a julgamento na presente ação penal foi deduzida contra denunciada detida no prédio do **Palácio do Planalto**.

Relativamente à invasão e aos danos gerados no prédio do Palácio do Planalto, foram ouvidos, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, Flávio Silvestre de Alencar, Erick da Silva, Ricardo Ziegler Paes Leme, Fernando Ribeiro Santana e José Eduardo Natale de Paula Pereira, os quais se encontram arrolados como testemunhas nas denúncias relativas aos acusados presos no referido local.

Flávio Silvestre de Alencar expôs como se desenvolveram os trabalhos realizados pela Polícia Militar no dia 8 de janeiro de 2023, a missão que lhe fora determinada, as providências adotadas no policiamento ostensivo e na tentativa de contenção do movimento, bem assim os desdobramentos dos fatos ocorridos, que culminaram nas invasões dos prédios públicos. Relatou ter realizado incursões no Congresso Nacional, em ambas as Casas, e que, após, “Juntou-se com a equipe do choque e com o Coronel Paulo José e todos se retiraram pela mesma via alternativa que haviam chegado, **deslocando-se até a N1 na altura do bandeirão, onde percebeu que a tropa de choque ali já estava completa dando combate aos manifestantes em frente ao Palácio do Planalto invadido**, juntamente com a ROTAM, a força nacional e o batalhão de cães. **Que viu as vans do departamento de logística chegando com as munições químicas que estavam em falta. Mesmo assim entende que somente após o reforço daquelas tropas que foi possível efetivamente desocupar a praça dos três poderes e os prédios públicos invadidos.**”

Érick da Silva, capitão da PMDF, declarou que o major Gustavo Cunha de Souza, comandante do Batalhão de Choque da Polícia Militar, solicitou o apoio da tropa do depoente (Érick da Silva), **“ para que adentrasse o Palácio do Planalto a fim de algemar e conduzir as pessoas por ele custodiadas dentro das dependências do Palácio do Planalto, suspeitas de terem causado a depredação, e as encaminhassem até esta Delegacia de Polícia ”**. Afirmou que, quando encontrou os presos conduzidos até a delegacia, **“ eles se encontravam sentados no salão logo na entrada do Palácio do Planalto em seu interior ”** e **“ quem fazia a guarda dessas pessoas era a tropa do Maj. Cunha juntamente com militares do Exército, fardados de uniforme camuflados”**. Ressaltou que, **“logo após a saída do Maj. Cunha, o Cel. Cassimiro chegou e reforçou a ordem de conduzir os presos ao DPE da Polícia Civil do Distrito Federal”** e que, **“ nessas condições, estimou por volta de 182 pessoas, sendo que dentro deste grupo, 3 ônibus vieram aqui para o DECOR, computando por volta de 120 pessoas entre homens e mulheres ”**. Disse, ainda, que **“ todos os ora conduzidos se encontravam no interior do Palácio do Planalto no momento da prisão ”** e que **“ não sabe dizer se alguns desses conduzidos portava alguma arma ou instrumento que pudesse ser utilizado como arma, uma vez que quem abordou e efetuou a prisão dos mesmos foi Maj. Cunha e sua tropa que ainda se encontram empregados na atividade operacional de contenção dos eventos delituosos verificados na data de hoje ”**.

Ricardo Ziegler Paes Lemes, tenente da PMDF, responsável por dar apoio à tropa comandada pelo capitão Erick, narrou que a **chegada do depoente, juntamente com seu pelotão, ao Palácio do Planalto ocorreu por volta das 18 horas**; que, ao se aproximar do Palácio do Planalto, conseguiu observar vários danos às estruturas do prédio, bem como aos móveis que o guarneciam. **Ressaltou, porém, que, quando chegou ao local, “ os invasores presos já estavam imobilizados no interior do Palácio do Planalto ”** e que **“ quem realizava a guarda desses presos eram os policiais militares do Batalhão de Policiamento de Choque e militares do Exército Brasileiro. ”**

Fernando Ribeiro Santana declarou que, no dia 8 de janeiro de 2023, **“Depois de o acesso de quase a totalidade dos manifestantes à esplanada, o efetivo que o declarante compunha foi deslocado para a frente do Palácio do Itamaraty em razão das invasões que ocorriam nas sedes dos Poderes da República. Recebeu solicitação de reforço policial na frente do Palácio do Planalto para onde sua equipe se deslocou. No local, foi solicitado que**

apresentasse um ônibus para deslocamento de manifestantes já detidos no interior do Palácio do Planalto. O declarante visualizou os detidos já algemados e revistados. Recebeu ordem do Cel. CASIMIRO, Comandante do Primeiro Comando de Policiamento Regional da PMDF para embarcar os detidos e descocar para o Departamento de Polícia Especializada/PCDF. **Assim foi feito.** O declarante observou que as vidraças do Palácio do Planalto estavam quebradas, cadeiras quebradas arremessadas para a parte externa do prédio, pedras portuguesas soltas por todo o chão e barras de metal e de madeira possivelmente utilizadas pelos manifestantes para praticar violência no interior e nas imediações do Palácio. O declarante notou que policiais foram lesionados pelos manifestantes a fim de que eles alcançassem seu intuito, que era invadir o Palácio do Planalto. Foi informado pelo Cel. CASIMIRO de que as prisões foram efetuadas pelo efetivo de choque da PMDF sob o comando do Maj. CUNHA. O declarante ouviu dos manifestantes que eles estavam invadindo as sedes dos Três Poderes para possibilitar uma intervenção militar e derrubar o atual Presidente da República, além disso, queriam fechar o STF “pois quem faz a Constituição são eles (os manifestantes)”.

José Eduardo Natale de Paula Pereira, Major do Exército e Assistente Técnico lotado no Gabinete de Segurança Institucional (GSI) da Presidência da República, em depoimento mais detalhado e abrangente, disse que

[...] do local em que estava visualizou a movimentação dos manifestantes se deslocando do Congresso Nacional sentido ao Palácio do Planalto pela via N1. Em razão da movimentação acionou o pelotão de choque do Exército – BGP que se encontrava de prontidão. [...] **Os manifestantes desceram a via N1, romperam a cerca de contenção a oeste e invadiram o estacionamento térreo do Palácio do Planalto. Em decorrência do avanço dos milhares de manifestantes em direção ao Palácio do Planalto, foi acionado o “Plano Escudo” com vistas a evitar a invasão no Palácio. [...] Mesmo com o acionamento das frentes de defesa, os manifestantes conseguiram romper as barreiras fixas e as linhas de defesa das forças de choque e chegaram até o Espelho d’água. No espelho d’água, os manifestantes foram contidos por alguns minutos pelas forças de segurança. O declarante tentou uma negociação com os manifestantes que estavam mais próximos, neste momento outros manifestantes se desvencilharam dos bloqueios e tentaram subir a rampa do Palácio do Planalto. Embora esses manifestantes tenham sido contidos por alguns minutos, conseguiram romper os bloqueios e tiveram acesso a marquise do Palácio do Planalto. Os manifestantes utilizavam de violência e**

ameaça para conseguir acesso ao Palácio do Planalto pois atiraram pedras do próprio chão do Palácio nas tropas de segurança. O acesso inicialmente realizado pelos manifestantes se deu através das vidraças que foram rompidas com uso de barra de ferro e as pedras já mencionadas. Em seguida o acesso também foi realizado pelas entradas. Após a entrada, os manifestantes acessaram o primeiro e segundo piso do Palácio do Planalto. No andar térreo foram furtados da sala do encarregado de segurança de instalações cassetetes, *sprays* de pimenta e 11 (onze) equipamentos SPARK ( *taser* ), sendo certo que somente 02 (dois) destes foram recuperados. [...] **O declarante correu para o gabinete do Presidente da República a fim de que os manifestantes não invadissem a sala, que fica no terceiro andar. Neste andar, já estavam dois manifestantes que “vandalizavam” , isto é, quebrando vidros, portas, obras de arte, extintores e outros objetos. O declarante é capaz de reconhecer um dos manifestantes, mas o outro estava com uma camiseta enrolada no rosto.** [...] Enquanto protegia o gabinete do Presidente da República a tropa do batalhão de choque da PMDF chegou sob o comando do Cel. Vanderly, adjunto do Diretor de Segurança do Departamento de Segurança Presidencial. **A tropa “limpou” o terceiro andar de manifestantes e forma ( *sic* ) para o segundo andar. Polícias da PMDF conseguiram conter os manifestantes que estavam no segundo andar e outros policiais dispersavam manifestantes que estava na via N1.** Outros reforços do Exército chegaram no local. Percebendo que estavam acuados, os manifestantes sentaram, se ajoelharam, começaram a rezar e contar o hino nacional. **Os policiais militares começaram a realizar a desocupação do Palácio do Planalto quando outros policiais da tropa de choque da PMDF chegaram e o comandante desta tropa, deu voz de prisão aos manifestantes invasores , os quais foram apresentados tanto no Departamento de Polícia Especializada, quanto no Departamento de Combate a Corrupção e ao Crime Organizado da PCDF.** [...] **O declarante esclarece que um fotógrafo da Reuters, provavelmente ADRIANO MACHADO, tem muitas e boas imagens dos manifestantes e todos os atos de agressão praticados por eles . [...]. Esclarece que quando a Polícia Militar chegou vários invasores já haviam desocupado o prédio. Relata, no entanto, que alguns falaram que iriam ficar e que, inclusive, permaneceriam para acampar no local .**

Fernando Ribeiro Santana depôs na AP 1.502, cujo réu é Thiago de Assis Mathar. Na mesma perspectiva dos depoimentos prestados pelos demais Policiais Militares do Distrito Federal, falou que **não efetuou prisão de manifestantes e não chegou a visualizar o momento da prisão .**

Em juízo, o major do Exército José Eduardo Natale, reiterou as declarações prestadas no momento da prisão em flagrante da ré. Disse que estava trabalhando no dia dos fatos; que está no Exército desde fevereiro de 2004; que no dia 08/01 foi testemunha em auto de prisão em flagrante, por ter atuado nas prisões das pessoas que se encontravam no Palácio do Planalto.

Em depoimento detalhado colhido em juízo em ações penais versando sobre a invasão do Palácio do Planalto, o major José Eduardo Natale asseverou que estava escalado para o serviço e trabalhava à disposição do GSI; que chegou ao Palácio do Planalto por volta de 7 horas; que o Palácio e a Praça dos Três Poderes estavam isolados; **que havia sido informado de que naquele dia estava prevista uma manifestação de pequeno vulto que ficaria concentrada na Praça dos Cristais** ; que não havia nenhuma informação de que seria uma manifestação violenta; que, por volta das 14h30, escutou o ruído de bombas, foi ao 4º piso para visualizar o que estava ocorrendo e viu manifestantes em confronto com a Polícia Militar; que os manifestantes romperam o perímetro externo e houve um confronto no estacionamento oeste; **que havia grupos diferentes** : as pessoas que estavam mais à frente aproveitaram os biombos que estavam na praça como escudos, os que estavam mais atrás lançavam pedras ou outros objetos com as mãos contra os policiais e depois os demais manifestantes; que, por volta das 15h20, os manifestantes conseguiram quebrar as vidraças e acessar o Palácio do Planalto; que acessaram a sala de segurança e furtaram armas de choque, bastões telescópicos e algemas; **que aproximadamente 1.500 manifestantes entraram no Palácio do Planalto** ; que o grupo que se encontrava lá dentro era bastante heterogêneo, tanto homens, como mulheres, de todas as idades e inclusive pessoas com dificuldade de locomoção; que a maior parte não fazia nada, ficava ali tirando fotos e realizando outras atividades, um grupo menor estava depredando e outro grupo estava tentando impedir a depredação, procurando afastar as pessoas que vandalizavam ; não parecia haver liderança entre os manifestantes quando da invasão do Palácio do Planalto ; que houve vidraças e cadeiras quebradas, tentativa de colocar fogo dentro do prédio, papéis rasgados; **que havia outras pessoas com extintores tentando controlar incêndios** ; que a situação era bastante confusa; que mais à frente teve contato com os manifestantes e percebeu **que alguns ali queriam intervenção militar, outros não acreditavam em intervenção e queriam outras soluções** ; que, de um modo geral, não aceitavam o presidente empossado; que não se lembra exatamente o que falavam, mas **que o discurso não era uníssono** ; que,

verbalmente, alguns pediam apoio, quando se identificava como Major do Exército; que ninguém chegou a agredi-lo ; que os próprios manifestantes afastaram aqueles que estavam ali mais afoitos para tentar agredi-lo ; que viu serem retiradas e arremessadas pedras portuguesas das calçadas no planalto; que alguns usavam óculos de proteção, outros máscaras e outros com panos embebidos em vinagre; que as pessoas com esse perfil correspondiam a bem menos da metade dos manifestantes; que a PMDF avançou até o Palácio do Planalto e a tropa de choque recebeu a ordem para subir a rampa, a fim de dar voz de prisão aos manifestantes que estavam dentro do prédio; **que, quando a Polícia Militar chegou, vários invasores já haviam desocupado o prédio** ; que quando o depoente desceu, os manifestantes estavam rezando e cantando o hino nacional, não tendo percebido mais resistências; que, após a retomada do prédio, foi possível prender alguns manifestantes que se encontravam lá dentro; que entre 180 e 200 pessoas foram presas; **que não viu armas perfuro-cortantes, estiletos ou armas de fogo** ; que os manifestantes estavam vestidos de forma bastante heterogênea.

Observo, ainda, que, em depoimento prestado nos autos da AP 1.502, o major José Eduardo Natale disse que **não parecia haver liderança entre os manifestantes quando da invasão do Palácio do Planalto; que não viu ninguém impedido de sair do palácio; que não sabe dizer o motivo por que muitos entraram; que foi utilizado bastante gás do lado de fora do palácio, principalmente no momento da retomada da via N1 ; que o gás lançado pelo lado de fora chegou à parte interna do prédio .**

O capitão Érick da Silva confirmou, em juízo, as declarações prestadas perante a autoridade policial. Disse, em síntese, que estava trabalhando no dia dos fatos; que foi responsável pela condução dos presos que se encontravam no Palácio do Planalto até a delegacia especializada; que pertence ao quadro da polícia militar há 12 anos; que já presenciou manifestações dessa magnitude, mas não com esse nível de violência.

O policial militar Ricardo Ziegler Paes Leme, de igual forma, reiterou as declarações prestadas por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante da ré. Disse que foi responsável pela condução dos presos que se encontravam no Palácio do Planalto até a delegacia especializada.

Em ações penais relativas à invasão do prédio do Palácio do Planalto, a referida testemunha afirmou **que, quando chegou ao local, as pessoas presas já estavam ali imobilizadas ; que era possível ver perfis diferentes entre os manifestantes; que havia pessoas jovens e muitas pessoas de mais idade, muitas mulheres, algumas pessoas com dificuldade de locomoção que precisaram de ajuda para subir nos ônibus ; que não identificou as frases ou faixas dos manifestantes; que no trajeto conseguiu perceber motivações diferentes naquelas pessoas ; que alguns confirmaram que sabiam que haveria confronto, mas muitas outras pessoas disseram que só foram para se manifestar ; que algumas pessoas disseram que seguiram outros manifestantes e acabaram entrando no Palácio do Planalto ; que não conseguiu identificar se havia algum tipo de liderança ; que não presenciou nenhum ato de confronto ; que não foi feita a individualização de quem estava depredando o Palácio do Planalto e de quem não estava ; que não tem conhecimento de outras pessoas presas após a sua chegada ao Palácio do Planalto; que não chegou ao seu conhecimento nenhum planejamento prévio para essa operação.**

Ao responderem às perguntas da defesa, as testemunhas não reconheceram a ré **Edineia Paes da Silva dos Santos** .

Em juízo, na primeira parte de seu interrogatório, a ré disse que tem 38 anos, é casada e tem 2 filhos, um com 19 anos e uma com 9 anos, esta última dependente da interroganda; **que trabalha como faxineira autônoma e ajuda na manutenção do lar** ; que possui ensino médio completo; que nunca foi presa ou respondeu a processo criminal.

Exerceu o direito ao silêncio em relação às perguntas formuladas pelo magistrado.

Ao responder às perguntas formuladas pela defesa, declarou que saiu do QG e, junto aos manifestantes, caminhou, de forma pacífica, até a Praça dos Três Poderes; que passou por revista policial; **que não havia barreira de proteção para impedir a entrada nos prédios públicos ; que, ao chegar no gramado, a interroganda e os manifestantes foram recebidos com bombas e tiros de borracha** ; que correu para a rampa do Senado e ficou lá em cima, pois não tinha para onde ir; que até então não tinha adentrado em nenhum prédio; que vieram pessoas pedindo socorro; que havia pessoas feridas; que

estava com uma bíblia e um terço na mão; **que havia helicópteros jogando bombas** ; que, em frente ao Palácio do Planalto, se ajoelhou e começou a orar; que parecia que estavam em uma guerra; que subiu a rampa do Planalto; que lá dentro havia muitas bombas de gás; **que correu para tentar se proteger ; que passou mal dentro do prédio; que havia um senhor com roupa camuflada, chamando as pessoas para entrarem e falando que o Exército iria protegê-los** ; que ele falou que eles iriam cantar o hino nacional; que ficou em choque, porque estava tudo quebrado; que colocou uma camiseta molhada com água em seu rosto, pois estava passando muito mal; que, nesse momento, **tentou sair do prédio ; que pulou a rampa e ficou embaixo dela para tentar se proteger; que sofreu agressões – foi puxada pelo cabelo - e xingamentos por parte de um policial da tropa de choque, que chamou a interroganda de vagabunda ; que foi jogada no chão, arrastada e puxada pelos cabelos;** que foi lesionada no braço (que ficou roxo); que foi presa e revistada; que foi ameaçada de morte; que estava chorando muito; que outro policial tentou acalmá-la e lhe disse que apenas iria prestar depoimento na delegacia e depois iria para casa; **que estava na manifestação de forma pacífica ; que não praticou nenhum ato de vandalismo ; que não concorda com atos de vandalismo ou depredação do patrimônio público, até porque já trabalhou como segurança e “não concorda com isso”** ; que não sabia que haveria invasão aos prédios públicos; que viu muitas outras pessoas machucadas; que não foi ajudada por ninguém; que o policial não lhe deu voz de prisão, apenas a algemou; que ficou sem se alimentar até o dia seguinte; que se declara inocente.

Pois bem. Embora demonstrada a materialidade delitiva, não houve prova suficiente de que a acusado tivesse praticado ou concorrido para a consumação dos crimes de dano e de destruição de patrimônio público tombado.

Destaco, desde logo, no depoimento prestado pelo Major José Natale **na fase inquisitorial** , o fato de que **vários invasores já haviam desocupado o prédio do Palácio do Planalto quando a Polícia Militar do Distrito Federal chegou no local.** Ainda segundo a testemunha, alguns manifestantes disseram que iriam ficar e que permaneceriam para acampar ali. De sorte que, **no instante em que a Polícia Militar deu voz de prisão em flagrante, inúmeros invasores, entre os quais parte daqueles que realizaram os graves atos de destruição do patrimônio público, já haviam deixado o prédio.**



Examinando as declarações prestadas, no âmbito do Inq. 4922, por inúmeros denunciados presos no Palácio do Planalto e imediações, verificou-se que praticamente todos negaram a prática dos atos de depredação do patrimônio público e alguns exerceram o direito de permanecer em silêncio.

Inúmeros denunciados, além de negarem as acusações, narraram que, ao chegarem ao Palácio do Planalto, o prédio já se encontrava depredado, tendo sido necessário buscar abrigo no interior e no entorno do edifício para se protegerem das bombas de gás lacrimogênio e, alguns, das balas de borracha utilizadas pela polícia. Destaco, nesse sentido, as declarações prestadas por: Ana Carolina Isique Guardieri Brendolan, André Luiz Barreto Rocha, Antônio Carlos de Oliveira, Barquet Miguel Júnior, Bruno Guerra Pedron, Cibele da Piedade Ribeiro, Dirce Rogério, Djalma Salvino dos Reis, Edilson Pereira da Silva, Elisângela Cristina Alves de Oliveira, Francisca Hildete Ferreira, Daniel Soares do Nascimento, Luiz Carlos de Carvalho Fonseca, Manoel Messias Pereira Machado, Marcelo Lopes do Carmo, Maria Carlos Apelfeller, Maria do Carmo da Silva, Natália Teixeira Fonseca, Nilvana Monteiro Furlanetti Ferreira Neto, Núbia Tânia Paim Tavares da Costa, Paulo Alves Padilha, Paulo Alvis dos Santos, Daniel Soares do Nascimento, Luiz Carlos de Carvalho Fonseca, Manoel Messias Pereira Machado, Marcelo Lopes do Carmo, Josiani Vargas de Freitas, Simone Aparecida Tosato Dias, Valéria Rosa da Silva Oenoki e Vildete Ferreira da Silva, com 72 anos de idade.

Carlos Eduardo Bon Caetano da Silva, Fernando Plácido Ribeiro e Frederico Rosário Fusco Pessoa disseram que não chegaram nem mesmo a ingressar no prédio do Palácio do Planalto.

Carlos Rubens da Costa, aposentado, com 70 anos de idade, declarou que estava na rampa do palácio tentando proteger uma senhora que estava prestes a cair, em razão do acúmulo de pessoas naquele local.

Charles Rodrigues dos Santos e Eduardo Zeferino Englert, além de terem negado a prática de atos de vandalismo, disseram que havia pessoas usando “touca ninja”, para que não fossem identificadas (depoimento de Charles Rodrigues), e “máscaras com tubos de proteção contra gás, balaclavas, botas, roupas pretas e outros equipamentos” (depoimento de Eduardo Zeferino). Luiz Fernando de Souza Alves e José Ricardo

Fernandes Pereira, em perspectiva semelhante, disseram que pessoas utilizando máscaras realizavam a quebra de objetos no interior do Palácio do Planalto.

Elisângela Cristina Alves de Oliveira afirmou que “algumas pessoas com máscara enfrentavam a polícia, inclusive eles possuíam bombas. Contudo, não conhece nenhuma dessas pessoas e acredita que eles se misturaram com os manifestantes durante a caminhada para iniciarem a confusão.”

Rodrigo de Oliveira Barbosa afirmou “que os vândalos quebraram os prédios antes do declarante se abrigar nele” e que “eles estavam mascarados”.

Saulo Pereira da Silva afirmou, por sua vez, que não chegou a entrar em qualquer prédio público, tendo sido detido nas imediações da sede Congresso Nacional (próximo à “guarita” do Senado).

Os depoimentos prestados pelas testemunhas na fase inquisitorial e em juízo mostraram-se harmônicos.

As declarações prestadas pelos Policiais Militares do Distrito Federal nada demonstraram sobre a autoria ou participação nos crimes imputados à parte ré, porquanto retrataram momento posterior à ordem de prisão em flagrante das pessoas que já se encontravam sentadas no interior do Palácio do Planalto sob a guarda do Batalhão de Choque da PMDF e de militares do Exército. A atuação dos policiais militares do Distrito Federal se restringiu, essencialmente, ao apoio operacional às prisões e à condução dos acusados detidos à delegacia de Polícia Civil.

José Eduardo Natale de Paula Pereira (Assistente Técnico lotado no GSI) foi o único a depor sobre as invasões ao Palácio do Planalto, desde o momento inicial. O depoimento, porém, embora detalhado no que concerne à dinâmica das invasões, às medidas por ele adotadas e ao comportamento dos manifestantes que visualizou e com os quais teve contato, não apontou a parte ré como autora, **individualmente ou em algum grupo de**

**manifestantes mais agressivos , de qualquer ato de depredação ou de violência.** A testemunha não se recordou do rosto da parte acusada em nenhum momento dentro do Palácio do Planalto.

A ausência de suporte probatório mínimo a sustentar a condenação da parte ré se reforça, diante da realidade - asseverada no depoimento prestado por José Eduardo Natale - de que **as pessoas que depredavam eram a minoria e, além disso, cerca de 1500 (mil e quinhentas) pessoas chegaram a invadir o Palácio do Planalto** , de modo que não havia qualquer empecilho para que inúmeros manifestantes deixassem o prédio após a realização dos atos de vandalismo. O próprio depoente afirmou, em juízo, que ninguém estava impedido de sair do palácio, o que permite concluir que parte dos manifestantes que invadiu e realizou atos de vandalismo teve tempo suficiente para deixar o local antes da realização da prisão e provavelmente assim agiu. Rememoro que José Natale asseverou, na fase inquisitorial, que vários invasores já haviam desocupado o prédio do Palácio do Planalto quando a Polícia Militar chegou e deu voz de prisão àqueles que lá permaneceram.

A prova testemunhal não confirmou, portanto, a tese da acusação de que todos os manifestantes presos no interior do Palácio do Planalto compunham, indistintamente, uma espécie de “turba” homogênea, que teria atuado com unidade de desígnios.

Essa hipótese não encontra suporte probatório nos autos. Ao contrário, as declarações prestadas pela única testemunha que depôs – na fase inquisitorial e em juízo - sobre todo o momento das invasões no Palácio do Planalto, demonstraram que os manifestantes presos na sede do Poder Executivo Nacional compunham grupos heterogêneos, descoordenados e desorganizados, com variadas posturas e comportamentos, sendo certo que, consoante já dito, uma minoria vandalizava e muitos deles (a maioria) se posicionavam e atuavam, ostensivamente, contra as depredações.

Não me passou despercebido, ainda, o fato de que, segundo o depoimento prestado pelo Major José Eduardo Natale, houve o lançamento de bastante gás lacrimogênio pela Polícia Militar na área externa do Palácio do Planalto, tendo a testemunha dito que o odor do gás chegou ao interior do prédio. Nessas circunstâncias, pareceram-me verossímeis as versões apresentadas, na fase inquisitorial, por alguns acusados no sentido de que,

ao chegarem ao Palácio do Planalto, o prédio já se encontrava depredado, tendo sido necessário buscar abrigo em seu interior para se protegerem das bombas de gás lacrimogênio e, alguns, das balas de borracha utilizadas pela polícia.

No que concerne ao ingresso de manifestantes no prédio após as depredações, vale salientar, que o Major José Natale afirmou que, até aproximadamente “16h40, 16h e quarenta e pouco, por ali, pessoas continuaram adentrando no Palácio do Planalto.” (depoimento prestado na AP 1502)

Submetido o aparelho de telefone celular da parte ré à análise pericial, identificou-se apenas “que o aplicativo WhatsApp estava configurado com o número “+5519991724273”, associado ao nome “Edineia”, e ao nome de usuário “5519991724273@s.whatsapp.net”, e **havam(sic.) arquivos de foto e vídeos criados pelo usuário no dia 08/01/2023 com cenas da manifestação em Brasília.**” (e-doc. 83, p. 1)

Informou a autoridade policial que “ **não foram identificadas imagens de vídeo relativas às condutas específicas de EDINÉIA PAES DA SILVA DOS SANTOS** , assim como não foram encontradas amostras que coincidam com seu perfil genético ou fragmentos de impressão papilar com equivalência com suas individuais datiloscópicas nos prédios dos Poderes da República.” (e-doc. 83, pág. 2)

Ainda segundo o laudo pericial,

**“ Não foram encontrados arquivos criados pelo usuário contendo possíveis cenas de destruição nos prédios Palácio do Planalto, no Congresso Nacional, no Supremo Tribunal Federal, ou no seu entorno.**

” (e-doc. 83, pág. 9)

“A partir dos dados de georreferenciamento, não foi possível determinar a presença do usuário do aparelho, no dia 08/01/2023, no Palácio do Planalto, no Congresso Nacional, no Supremo Tribunal Federal, ou no seu entorno.” (e-doc. 83, pág. 9)

Portanto, embora presente a prova da materialidade delitiva e a existência de indícios de autoria da prática dos crimes de dano qualificado contra o patrimônio da União e de deterioração de patrimônio público

tombado, a instrução processual – notadamente os depoimentos colhidos sob crivo do contraditório e a prova pericial - não demonstrou, de forma segura e acima de qualquer dúvida razoável, a autoria dos referidos delitos imputados à parte acusada.

No que concerne ao crime previsto no art. 359-L do Código Penal, a conduta tipificada consiste em tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado democrático de direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

A tentativa descrita no Código é caracterizada pela busca, sem êxito, de atingir o objetivo da abolição (eliminação, supressão) do Estado democrático de direito (crime de atentado). O meio empregado é a prática da violência (força física) ou a grave ameaça (coação moral, intimidação grave) contra pessoa. Para alcançar a finalidade a que se refere o tipo penal (abolição do Estado de direito), o agente deve atuar de forma a impedir (impossibilitar, obstar) ou a restringir (cercear, limitar) o exercício das funções inerentes aos Poderes Constituídos.

O Estado democrático de direito é aquele que apresenta como estrutura um ordenamento jurídico garantidor dos direitos e liberdades fundamentais, de tal sorte que governantes e governados, sem qualquer distinção, se encontrem submetidos a esse ordenamento. Esse é, em apertada síntese, o bem jurídico tutelado penalmente.

O tipo do art. 359-L do Código Penal resulta de uma tentativa de junção de dois crimes distintos previstos nos arts. 17 e 18 da revogada Lei de Segurança Nacional, *in verbis* :

Art. 17 – Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18 – Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Como se vê, resulta dessa fusão um nítido fechamento do tipo previsto no art. 359-L do Código Penal, em relação àqueles bem mais abertos dos arts. 17 e 18 da revogada Lei de Segurança Nacional.

Seria factível, inclusive, sob a égide da não mais subsistente Lei de Segurança Nacional, a possibilidade de condenação da parte acusada no crime previsto em seu art. 18, na medida em que exigia o legislador, à época, como elementar do tipo, tão somente, a **tentativa de impedir, com o emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União**.

No entanto, com o advento da Lei n. 14.197/2001, operado o fechamento do tipo, torna-se necessário para a caracterização do crime em análise (CP, art. 359-L), que a conduta praticada de fato, tenha, ao menos, o potencial de produzir, no plano concreto, o resultado pretendido, ainda que este não venha a ocorrer, uma vez que o verbo-núcleo do tipo é **tentar abolir** o Estado democrático de direito. Com isso, embora não ocorra a abolição do Estado democrático de direito, o que poderia se consumar, em regra, por força de um verdadeiro golpe de Estado ou de uma revolução, é necessário, conforme exige a norma penal, que um dos Poderes da República, **em razão de violência ou grave ameaça**, seja impedido ou tenha restringido o regular exercício de suas atribuições, **em intensidade suficiente para abolir o Estado democrático de direito**.

Os conceitos de “grave ameaça” e “violência” aparecem, com frequência, no direito penal positivo, como, por exemplo, nos crimes de constrangimento ilegal e de extorsão. Nesses delitos, a violência é caracterizada como “força física, material, a *vis corporalis*, **com a finalidade de vencer a resistência da vítima**” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 588). A grave ameaça, por sua vez, é aquela que “exerce uma força intimidativa, inibitória, **anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido**, **procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima**” (ob. cit.). A grave ameaça pode se consumar “em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico” (ob. cit.), mas “**somente a ameaça grave, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se à sua liberdade de querer e de agir**” (ob. cit.), é que poderá levar à incidência dos tipos penais.

A potencialidade lesiva do crime em exame – consistente na tentativa de abolição de um Estado de direito – é tamanha que parte da doutrina chega a sustentar que o sujeito ativo do delito, em uma democracia consolidada como a brasileira, só poderia ser, **em tese**, as próprias Forças Armadas (hipótese de crime de mão própria), embora, na atualidade, não apresentem qualquer sintoma possível de se ter ou, no futuro vir a ter, tamanha pretensão antidemocrática (BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*: parte especial (arts. 337-E a 337-P e arts. 359-A a 359-R). v. 6.: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627680).

Daí ser indispensável, para a adequação da conduta ao tipo penal, que haja violência contra a pessoa – notadamente contra os representantes dos Poderes ou contra aqueles que exercem as atividades-meio vinculadas às funções dos Poderes constituídos – ou grave ameaça também contra pessoa, com aptidão intimidatória, bem assim que a conduta delituosa tenha potencial lesivo de colocar em risco o Estado democrático de direito, isto é, **de causar verdadeira ruptura institucional antidemocrática**. Tal crime somente é passível de cometimento por organização ou organismo, em regra armado, que tenha, materialmente, poder concreto de atuação para provocar uma ruptura de tal magnitude.

No caso em exame, não se demonstrou o emprego de violência ou grave ameaça contra nenhum dos representantes dos Poderes da República, em ordem a caracterizar uma **tentativa materialmente idônea** de abolição do Estado democrático de direito, mormente porque as invasões dos prédios públicos se deram em um domingo, em período de recesso parlamentar, de recesso do Poder Judiciário e em momento no qual, sabidamente, os representantes do Executivo também não se encontravam em atividade.

Tampouco há elemento indiciário, por menor que seja, da prática de qualquer ato de violência ou grave ameaça contra algum agente político, representante de um dos Poderes da República, ou mesmo contra algum membro do corpo de servidores que desempenham funções reveladoras de atividade-meio para o exercício das competências inerentes a cada um desses Poderes, com aptidão real para alcançar o objetivo de abolir o Estado democrático de direito.

As lamentáveis manifestações ocorridas no dia 8 de janeiro de 2023, apesar da gravidade do vandalismo, não tiveram o alcance de consistir em

uma tentativa de abolir o Estado democrático. Um grupo difuso e descoordenado de manifestantes, vários deles, *motoboys*, ambulantes, vendedores, entregadores, prestadores de pequenos serviços, donas de casa, aposentados, não teria qualquer condição de atuar no sentido da consecução desse crime.

A prática de atos de vandalismo com o objetivo de desencadear uma intervenção militar, constituiu, segundo penso, expediente completamente inapto ao atingimento do objetivo almejado pelos manifestantes, porquanto as Forças Armadas jamais sinalizaram qualquer adesão aos objetivos ilícitos sustentados por inúmeros desses manifestantes.

A propósito, consigno que, em depoimento prestado em juízo (APs 1.502 e 1.505), o major do Exército José Natale declarou – nas respostas às perguntas formuladas pelo Ministério Público – ter dito aos manifestantes que ingressaram no Palácio do Planalto – expressando a postura adotada pelas Forças Armadas ao longo de todo o período em que muitos deles permaneceram acampados em frente ao Quartel-General – que “ **o Exército exerce função de Estado e não vai apoiar nem um lado nem o outro, não é órgão de Governo.**”

O depoimento da mesma testemunha demonstrou que não existia liderança entre os manifestantes que ingressaram no prédio do Palácio do Planalto, havendo aqueles que depredaram, **os quais, reitera-se, eram a minoria**, mas havia também grupos que se opunham aos atos de vandalismo, ajudando a conter os que depredavam e, até mesmo, retiravam cacos de vidro. Além disso, o comportamento de cada manifestante no interior do prédio variava, tendo a testemunha observado pessoas rezando, outras sem fazer nada e outras tirando fotos com o celular.

Como se vê, as declarações prestadas pelo major José Eduardo Natale, única testemunha que depôs – na fase inquisitorial e em juízo – acerca de todo o momento das invasões no Palácio do Planalto, demonstraram que **os manifestantes presos na sede do Poder Executivo Nacional compunham grupos heterogêneos, descoordenados e desorganizados, com variadas posturas e comportamentos, sendo certo que, consoante já dito, uma minoria vandalizava e muitos deles (a maioria) se posicionavam e atuavam, ostensivamente, contra as depredações.**



Vale salientar, ainda, que, consoante depoimento prestado pelo tenente Ricardo Ziegler, nos autos da AP 1.129 (acusada Jupira Silvana da Cruz Rodrigues), **as motivações das pessoas naquele momento pareceram ser muito diversas e o público era muito eclético**. Havia desde agricultores e produtores rurais do Rio Grande do Sul, até funcionários de alto escalão de órgãos públicos. Segundo o depoente, havia pessoas que foram com o intuito de confronto, mas havia outras que, pela compleição física, precisaram de ajuda inclusive para entrar no ônibus e não tinham a mínima condição de confrontar as forças policiais naquele momento.

A prova testemunhal não confirmou, portanto, a tese da acusação de que todos os manifestantes presos no interior do Palácio do Planalto compunham, indistintamente, uma espécie de turba homogênea, que teria atuado com unidade de desígnios para a consumação dos crimes em análise.

A verdade é que a depredação dos prédios que são sede dos Poderes da República em nenhum momento chegou a ameaçar a autoridade dos dignatários de cada um desses Poderes, tampouco o Estado democrático de direito que se encontra há muito consolidado em nosso país, desde a Constituição Federal de 1988. O ato cingiu-se a um típico e lamentável episódio de vandalismo generalizado, embora, é evidente, com gravidade, porque dirigido contra prédios de alto valor simbólico.

De igual forma, os autos não reuniram elementos de prova suficientes, seja para o recebimento da denúncia, consoante entendimento por mim sustentado nos votos que já proferi, seja para subsidiar um decreto condenatório em relação aos crimes previstos nos arts. 288, parágrafo único, e 359-M do Código Penal.

A conduta típica do *caput* do art. 288 consiste na associação (união, agrupamento, reunião) de três ou mais pessoas para o fim específico de **cometer crimes indeterminados**. O parágrafo único dispõe que a pena será aumentada até a metade se a associação for armada ou houver a participação de criança ou adolescente.

A associação criminosa, além de precisamente delimitada entre seus membros, deve apresentar estabilidade, permanência e certa durabilidade, traço que diferencia tal delito do concurso eventual de pessoas.

Vale, quanto ao ponto, rememorar o que diz a doutrina:

Voltando à nova definição do crime de associação criminosa, deve-se reiterar que ela tem como objetivo específico a prática de crimes indeterminados. No entanto, **se a associação objetivar a prática de um ou outro crime, determinados, ainda que sejam três ou mais pessoas participantes, e que objetive praticar mais de um crime, determinados, não se tipificará a associação criminosa**, na medida em que sua elementar típica exige finalidade indeterminada de crimes, mas configurará somente o conhecido – e, por vezes, “esquecido” – concurso eventual de pessoas.

[...]

**É absolutamente indispensável narrar descritivamente em que consiste a associação criminosa, demonstrar e descrever analiticamente a existência das elementares normativas e subjetivas de dita associação, sob pena de pecar por falta de demonstração da existência de elementares constitutivas desse crime.** Na verdade, a estrutura central do núcleo do crime de associação criminosa reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se em associação criminosa, com o fim específico de praticar crimes indeterminados, que é o seu imprescindível elemento subjetivo especial do injusto.

Associação criminosa é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível, portanto, com o concurso eventual de pessoas, a conhecida coautoria. **É indispensável que os componentes da associação criminosa concertem previamente a específica prática de crimes indeterminados, como objetivo e fim do grupo, mas esses aspectos além de narrados devem ser, concretamente, demonstrados que estão presentes em uma suposta ação delituosa.**

(Grifei)

A acusação não logrou reunir, **na instrução do presente feito**, elementos de prova suficientes de que **a ré tivesse se associado, de forma organizada e estável, com o fim específico de praticar uma série de crimes indeterminados**, elementares indispensáveis para viabilizar a condenação pela prática do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Em relação às invasões realizadas no prédio do Senado, Wallace França de Melo, afirmou em juízo, nos autos da AP 1.060, réu Aécio Lúcio Costa

Pereira, que o grupo de manifestantes era **bastante heterogêneo e não tinha uma liderança, com alguns querendo sair e outros exigindo a presença do Exército.**

E, em relação às invasões realizadas no prédio do Palácio do Planalto, o major do Exército José Eduardo Natale, que acompanhou *in loco* as invasões desde o momento inicial, declarou ao longo de seus depoimentos detalhados prestados nas APs 1.502 e 1.505, bem como na presente ação, depois de descrever toda a dinâmica das invasões, que as pessoas que depredavam eram a minoria e vários manifestantes ali estavam contra as depredações.

Ora, a condenação pela prática do delito de associação criminosa exige identificação dos membros integrantes de um grupo determinado de pessoas que tenham se associado previamente para o cometimento de crimes. Nesse sentido, não se pode presumir, *data venia*, que todos os acusados presos nos edifícios invadidos ou em suas imediações mantivessem, indistintamente, tal vínculo associativo, com certa estabilidade e o objetivo de praticar delitos indeterminados.

Era dever da acusação esmiuçar as condutas de cada réu, o que na verdade não fez, visto que a denúncia é completamente indeterminada em relação aos dados circunstanciais da conduta do acusado em relação aos crimes ora em análise (o quê, onde, quando, por quê, quem e com quem).

É possível ter ocorrido associação criminosa entre parte dos invasores dos prédios que participaram dos atos de depredação. Porém, os supostos membros da associação deveriam ter sido apontados como tais pela acusação, e identificados concretamente os vínculos entre eles e as funções desempenhadas individualmente. Não é viável, portanto, imputar esse crime, indistintamente, a todos os acusados presos. Há que demonstrar a extensão da associação criminosa, com o reconhecimento dos membros que a integram e as elementares acima referidas, sob pena de se transformar o concurso eventual de pessoas em associação criminosa.

De igual forma, não vislumbro elementos suficientes para a condenação por crime de golpe de Estado (CP, art. 359-M) supostamente cometido pela ré.

A conduta prevista no art. 359-M do Código Penal, introduzido pela Lei n. 14.197/2021, consiste em **tentar depor**, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído.

Nesse caso, a finalidade da atuação do agente é a **deposição** (destituição de alguém do cargo) do Chefe do Governo Federal eleito, e o **meio é o emprego de violência ou grave ameaça**, os quais devem possuir **aptidão real** para o atingimento do objetivo ilícito.

A propósito do delito em questão, leciona Rogério Greco:

O art. 359-M foi inserido no Código Penal através da Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, criando o delito de *golpe de Estado*, cuja figura típica possui os seguintes elementos: a) a conduta de tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça; b) o governo legitimamente constituído.

Paulo Bonavides, dissertando sobre a definição do conceito de golpe de Estado, aduz que:

“Não obstante as afinidades que tem com os conceitos de revolução, guerra civil, conjuração e putsch, **o golpe de Estado não se confunde com nenhuma dessas formas e significa simplesmente a tomada do poder por meios ilegais.**

Seus protagonistas tanto podem ser um governo como uma assembleia, bem assim autoridades, já alojadas no poder.

São características do golpe de Estado: a surpresa, a subitaneidade, a violência, a frieza do cálculo, a premeditação, a ilegitimidade.

Faz-se sempre a expensas da Constituição e se apresenta qual uma técnica específica de apoderar-se do governo, independentemente das causas e dos fins políticos que a motivam.” (Bonavides, Paulo. *Ciência política*, p. 421.)

Para que o golpe de Estado seja considerado crime, há necessidade de que a tentativa de deposição do governo legitimamente constituído seja levada a efeito por meio de violência ou grave ameaça.

Traçando a distinção entre golpe de Estado e revolução, Paulo Bonavides esclarece que:

“Em alguns países subdesenvolvidos o golpe de Estado tem sido confundido com a revolução. Os movimentos armados de que resulta quebra da legalidade não raro enganam os seus autores, bem como quantos os observam. Casos há em que supõem estar fazendo uma

revolução ou em presença de mudança revolucionária e, no entanto, outra coisa não fazem ou testemunham senão um golpe de Estado, desferido embora com intenção revolucionária. E outras ocasiões há em que cuidam estar reprimindo motins ou pequenas insurreições e em verdade estão envolvidos já numa revolução ou guerra civil.” (Bonavides, Paulo. Ciência política, p. 261.)

(Grifei)

Reitero os fundamentos que apresentei acima e que me conduziram a formar convicção no sentido da absolvição da parte acusada quanto ao delito do art. 359-L do Código Penal.

A caracterização do delito tipificado no art. 359-M (golpe de Estado), inserido no capítulo “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” do Código Penal, exige instrução probatória conclusiva apta a demonstrar uma **atuação que tenha importado em ameaça real e concreta** ao bem jurídico protegido pelo tipo penal citado, qual seja, **o governo constituído**. A conduta delituosa aqui se volta, portanto, contra o Chefe de Estado e de Governo.

Vale salientar que, em crimes **de semelhante natureza e gravidade**, a jurisprudência deste Tribunal, interpretando a revogada Lei n. 7.170/1983, que previa os crimes contra a segurança nacional, adotou compreensão no sentido de que, “da conjugação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170/83, extraem-se dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente, e **ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático**, à Federação ou **ao Estado de Direito**. Precedentes (RC 1472, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Rev. Ministro Luiz Fux, unânime, j. 25/05/2016)” (RC 1.473, Primeira Turma, Relator o ministro Luiz Fux, julgado em 14 de novembro de 2017, *DJe* de 18 de dezembro 2017 – realcei).

Assim é que, além de inexistentes, na espécie, as elementares dos crimes previstos nos arts. 359-L e 359-M do Código Penal, os expedientes empregados no dia 8 de janeiro de 2023 caracterizaram, em realidade, a hipótese de crime impossível, em relação a ambos os delitos, dada a ineficácia absoluta do meio empregado pelos manifestantes, para abolir o Estado democrático de direito e para a deposição do Governo constituído. Colaciono, a propósito, o magistério de Alberto da Silva Franco:

O conceito de crime impossível está estreitamente vinculado às noções de ineficácia absoluta de meio ou à impropriedade, também absoluta, do objeto. De longa data, a doutrina brasileira tem procurado preencher as áreas de significado do meio ou do objeto quando se revelam, de forma absoluta ou relativa, ineficaz ou impróprio.

De acordo com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ( *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 260), ‘meio inidôneo é aquele a que **falta potencialidade causal**’, ou, como ressalta JOSE FREDERICO MARQUES ( *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v.2, p. 302), é o ‘ **não apto**’, como antecedente a produzir determinado efeito ou evento; desta forma, empregado ou usado na prática de atos executivos de um delito, **não poderá dar causa à consumação do crime**’. Já o meio absolutamente inidôneo ‘é aquele que, por sua essência ou **natureza**, **não é capaz de produzir o resultado**’. Assim, se o agente ministra substância inócua a seu inimigo, ao invés de veneno’ (Heleno Cláudio Fragoso. Idem, p. 260). Por sua vez, o meio relativamente inidôneo é aquele que ‘normalmente eficaz, deixou de operar pelas circunstâncias em que foi empregado. Ex. veneno em dose não letal’ (Heleno Cláudio Fragoso. Idem, p. 260).

(Grifei)

Vem a talho, por fim, no presente caso, a advertência apresentada por Denise Hammerschmidt, Emily Garcia e Fernando Antunes Soubhia, no que concerne à aplicação de tipos penais abertos como os dos arts. 359-L e 359-M do Código Penal:

O resultado do surgimento dessa estrutura punitivo-populista é que criminalidade e o controle do crime tornaram-se centrais à governança no final do século XX. **As políticas de Justiça Criminal tomaram-se eminentemente simbólicas, servindo de catarse após tragédias exploradas extensa e maniqueisticamente pela mídia e, para essa retórica política recém-desenvolvida, as vítimas de crimes e a sociedade lutam lado a lado contra um enxame de infratores provenientes de “subclasses”**. Neste discurso, os dois lados bem definidos são os elementos de um jogo de soma zero e ser a favor de medidas que protejam o infrator dos excessos estatais equivale a ser contra as vítimas e contra a sociedade como um todo.

**Assim, considerando a velocidade que os ventos mudam e a facilidade com a qual as massas são manipuladas na era dos grupos de WhatsApp, há que se tomar muita cautela com tipos penais abertos**

como o presente, que dependem de conhecimentos e interpretações variáveis ao longo do tempo, sob pena de se permitir a utilização de tão relevante norma penal como mais um instrumento de opressão.

Em suma, tendo em mente as elementares dos crimes ora analisados, **concluo** pela absolvição do acusado, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal (em relação aos crimes dos arts. 359-L e 359-M do Código Penal), e com fundamento no art. 386, VII, do mesmo diploma processual (em relação ao crime do art. 288 do Código Penal).

**5. Da incitação ao crime: artigo 286, caput , e parágrafo único do Código Penal. Condenação. *Emendatio libelli* .**

Nos termos do disposto no artigo 383 do CPP, “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

Como se sabe, a sentença é, em regra, o momento adequado para o exame do enquadramento típico da conduta narrada na peça acusatória, com eventual ajuste pelo magistrado mediante a *emendatio libelli* (CPP, art. 383).

O Supremo consagrou sua jurisprudência no sentido de que não viola o princípio da correlação ou da congruência condenação por fato narrado na peça acusatória, como ocorreu no caso em exame, uma vez que o acusado não se defende da classificação jurídica, mas dos fatos descritos na denúncia (CPP, art. 383). Em casos fronteiros, cito, entre outros, o HC 120.587, ministro Luiz Fux; o HC 134.686 AgR, ministra Rosa Weber; o HC 177.092 AgR, ministro Alexandre de Moraes; o HC 168.855 AgR, ministro Edson Fachin; e o HC 184.198 AgR, ministro Roberto Barroso.

Pois bem. Da narração dos fatos contida na denúncia, **à luz da prova colhida ao final da instrução dos presentes autos** , observo que as condutas apuradas em relação à acusada caracterizaram, na espécie, o crime previsto no artigo 286, do Código Penal.

O tipo penal do artigo 286, *caput*, e parágrafo único, do Código Penal, se encontra assim descrito:

Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.

Incitar consiste em estimular ou instigar a prática de crime. A propósito do tipo penal em referência, leciona Guilherme de Souza Nucci que

“...aquele que estimula ou instiga animosidade (hostilidade ou aversão) entre as Forças Armadas (Exército contra Marinha, Exército contra Aeronáutica, Marinha contra Aeronáutica) ou entre qualquer dessas Forças em relação aos poderes da República (Executivo, Legislativo ou Judiciário) permite a configuração do crime.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense p. 1212)

Destaco, entre esses elementos de prova da prática do crime em referência, os seguintes:

a) gravação em áudio localizada no aparelho de telefone da acusada, m que uma voz feminina (não identificada) possui o seguinte teor: “Nós conseguimos gente! Nós conseguimos! É nosso!!! O poder emana do povo! Nós já entramos. Nós já invadimos tudo. Já conseguimos com a graça de Deus! Deus é fiel.” (Referido áudio pode ser ouvido no pen-drive com a identificação PTT-20230108-WA0157.opus, Áudio (785), de 08/01/2023);

b) vídeo contendo mensagem de um homem, dizendo, em síntese, ser um ex-militar e ministra instrução para proteção de bombas de gás lacrimogêneo, além de veicular mensagem de incitação do destinatário do vídeo para combate e confronto com as forças de segurança;

c) vídeo gravado pela acusada no dia 07/01/2023, às 10:41:16, com 26 segundos e identificado no aparelho com a nome: VID-20230107-WA0118.mp4, em que destaca a montagem de sua barraca no acampamento do



QGE<sub>x</sub>, dizendo que não para de chegar patriota. Afirma que irão entupir Brasília e que o “Brasil é nosso”;

d) mídia contendo áudio de voz masculina incentivando a todos patriotas para que lotem os quartéis gerais do Exército a partir do dia 07/01/2023;

e) vídeo de um homem queixando-se dos militares que não apoiaram o ex-Presidente (Referido vídeo encontra-se gravado no celular da acusada dia 07/01/23 (VID-20230107-WA0042.mp4);

f) vídeo em que um homem estimula as pessoas a deixarem de ser covardes e omissas, orientando-as a mobilizarem-se e ocuparem as distribuidoras de combustíveis, “alertando que agora é guerra.”

g) imagem no celular da acusada, do dia 08/01/23, exigindo das Forças Armadas providências, ainda que “fora das quatro linhas”.

Afastada a caracterização dos delitos imputados à parte ré, nos moldes da fundamentação acima desenvolvida, notadamente diante da ausência de elementos que apontem ter a acusada cometido atos de vandalismo, verifica-se que os conteúdos das mídias encontradas em seu aparelho de telefone celular somados ao fato de que ela chegou a ingressar no Palácio do Planalto, demonstraram, de forma suficiente, a incitação de animosidade entre as Forças Armadas e os poderes constitucionais.

## 6. Conclusão

**Do exposto**, com o mais absoluto respeito ao voto apresentado pelo eminente Relator e àqueles que o acompanham, peço vênias para divergir de Sua Excelência e votar no sentido de, caso superada a preliminar de incompetência desta Corte, **absolver** a ré de todos os crimes que lhe foram imputados, fazendo-o com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal (em relação aos crimes dos arts. 359-L e 359-M, do Código Penal) e com fundamento no artigo 386, inciso VII, do mesmo diploma processual (em relação aos crimes dos arts. 163, parágrafo único, I, II, III e IV, e 288, do Código Penal, e art. 62, I, da lei 9.605/1998).

Outrossim, aplicando à espécie o instituto da *emendatio libelli*, com fundamento no artigo 383 do CPP, **condeno** a ré como incurso nas penas do art. 286, parágrafo único, do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

A pena prevista para o crime tipificado no artigo 283, caput, e parágrafo único, do Código Penal, é de detenção de três a seis meses, ou multa.

No caso em exame, considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a saber, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima, entendo que devem ser valoradas, negativamente, as circunstâncias e consequências do delito, em razão da grave mácula que os atos do dia 8 de janeiro de 2023 representaram para o Brasil, inclusive no exterior. As demais circunstâncias são ínsitas ao tipo penal.

Fixo, pois, na primeira fase, pena-base do delito, em 4 (quatro) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria, não há atenuantes ou agravantes a serem aplicadas à pena-base.

Na terceira fase, de igual forma, não identifico a existência de causa de aumento ou de diminuição da penal, razão pela qual torno definitiva a reprimenda em 5 (cinco) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto.

Condeno o acusado ao pagamento das custas, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Diante do que dispõe o artigo 387, inciso VI, do Código de Processo Penal, que determina ao magistrado, na sentença penal condenatória, fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, fixo a indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), atento ao número total de acusados e à extensão dos danos.

Por fim, com o cômputo do período em que a parte ré permaneceu presa e do quantum da reprimenda fixado, não há mais período de pena remanescente a ser cumprido.

É como voto, Senhora Presidente.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 17/10/2023*