

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (REVISOR): Senhor Presidente, Senhores Ministros, inicialmente, cumprimento o eminente Relator pelo trabalho e pelo voto proferido.

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos do art. 21, X, do Regimento Interno. Acolho, assim, o percuciente relatório do ministro Alexandre de Moraes e 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 apresentadas em razão dos eventos do dia 8 de janeiro de 2023 não tenha sido acolhida nos julgamentos em 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 ao examinar a admissibilidade de referidas denúncias, 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, “b” e “c”).

Cumpra assegurar aos acusados o direito de responder ao processo diante da autoridade regularmente investida de jurisdição, de acordo com as regras de competência encerradas 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 tenham sido 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 firmada 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 parâmetros, 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 caber ao Supremo a realização do juízo de admissibilidade das denúncias oferecidas no Inq 4.922, bem como o processamento e julgamento das ações penais delas

decorrentes, considerado o critério residual da conexão. Invocou, para tanto, os seguintes fundamentos: (i) todas as investigações se referem aos mesmos atos criminosos, relacionados à invasão e depredação, em 8 de janeiro de 2023, das sedes 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 inquéritos de n. 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 Junio 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.

No que concerne ao primeiro fundamento, com todas as vênias, não identifiquei, no voto do Ministro Relator, circunstância concreta a justificar a excepcional atração de competência, por conexão ou continência, para o processamento das investigações e da presente ação penal – oriunda do Inq 4.922 –, cuja ré 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, aliás, de todo 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

eventos objeto do Inq 4.922 e, agora, desta 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.

Analisando os autos, não vislumbro, *data venia*, nenhuma dessas hipóteses. Inexiste demonstração de que as infrações atribuídas à denunciada teriam sido praticadas em concurso de pessoas com os investigados cujo eventual julgamento deverá ser feito pelo Supremo. De igual forma, não há nas peças qualquer elemento concreto a sinalizar que as infrações imputadas teriam sido cometidas pela ré a fim de facilitar ou ocultar outras com investigação em curso nos inquéritos de n. 4.917, 4.918 e 4.919, ou mesmo de conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer uma delas. Também não se indicou a forma como as provas dos crimes atribuídos nesta ação (oriunda do Inq 4.922) influenciariam a produção probatória atinente às infrações **ainda em fase de apuração** nos inquéritos instaurados contra pessoas com foro neste Tribunal.

Ora, não se admite, *permissa venia*, o estabelecimento de conexão fundada em presunção abstrata ou inferência extraída de tênues afinidades materiais, sem a indicação de vínculo probatório entre os fatos objeto dos inquéritos dirigidos contra as autoridades com prerrogativa de foro e aqueles atribuídos aos denunciados nos inquéritos de n. 4.921 e 4.922, ambos com denúncias já oferecidas.

Além disso, mesmo quando caracterizada a conexão dos crimes apurados em diferentes inquéritos policiais e ações penais – o que, reiterar-se, não veio a ser demonstrado na espécie –, esta Corte tem se orientado pela **adoção, como regra, do desmembramento dos**

procedimentos formalizados contra coinvestigados ou corréus não detentores de foro por prerrogativa de função, admitindo, excepcionalmente, a atração da competência originária quando verificado que a separação tem potencial de causar prejuízo relevante, passível de aferição 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 verificar 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 Zavascki, *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 efetiva instrução da presente ação penal e a circunstância de o processo já ter sido até mesmo incluído em pauta para julgamento pelo Plenário evidenciam, seguramente, a ausência de qualquer prejuízo que pudesse advir do cumprimento da regra geral de cisão dos feitos, mesmo que conexos fossem, com a permanência nesta Corte apenas das investigações em face dos detentores da prerrogativa de foro.

Ainda que se verificasse a sustentada conexão 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 tenho como conexos os fatos apurados nos inquéritos de n. 4.921 e 4.922 e aqueles 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 o Estado de Direito.

Depois de 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 surgiu 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 Petrobras de imóvel pertencente a Otávio Fakhoury.

Analisando os fatos objeto de apuração inicial no Inq 4.781 e no Inq 4.874, tampouco identífico, à luz do citado art. 76 do Código de Processo Penal, qualquer conexão probatória com as condutas denunciadas no Inq 4.922 e ora em julgamento.

Finalmente, **a mera referência** à atuação de autoridades com foro por prerrogativa de função (no caso, parlamentares federais) não é suficiente para atrair a competência desta Corte na supervisão judicial da fase administrativa e no 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 se extrai indício de ato ilícito que, atribuído às autoridades com prerrogativa de foro perante este Tribunal, pudesse lhes render 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; e 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).

Por fim, compulsando os autos dos inquéritos de n. 4.917, 4.918 e 4.919, instaurados contra os deputados federais Clarissa Tércio, Sílvia Waiãpi e André Fernandes, os quais supostamente teriam fomentado, por meio de publicações em suas redes sociais, a prática dos atos a que assistimos em 8 de janeiro de 2023, é possível constatar que, desde 19 de maio de 2023, o Ministério Público Federal, titular da ação penal a eventualmente ser formalizada, manifestou-se postulando o arquivamento das investigações. Segundo o *Parquet*, até aquele momento estavam afastados os indícios de que os parlamentares

federais em questão tivessem concorrido, “ainda que por incitação, para os crimes executados no dia 8 de janeiro de 2023, inexistindo justa causa para o prosseguimento das investigações ou para a instauração de ação penal”.

Então, com as mais respeitosas vênias, e atento à pacífica orientação jurisprudencial desta Corte, não vejo como recusar a promoção de arquivamento feita pelo Ministério Público, notadamente quando fundamentada na ausência de elementos que permitam ao Procurador-Geral da República formar a *opinio delicti* (Pet 2.509 AgR, Tribunal Pleno, ministro Celso de Mello, DJ de 25 de junho de 2004). Aliás, vale recordar que, em 16 de abril de 2019, houve promoção de arquivamento – pela então Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Dodge – nos autos do Inq 4.781, cuja tramitação, de acordo com o Relator, também justificaria o processamento nesta Corte do Inq 4.921, do Inq 4.922 e das ações penais deles decorrentes.

A promoção do arquivamento dos inquéritos de n. 4.917, 4.918 e 4.919, além de explicitar a disposição do Ministério Público de não mais postular a realização de diligências probatórias para investigação dos parlamentares federais Clarissa Tércio, Sílvia Waiãpi e André Fernandes, faz desaparecer por completo o sustentado vínculo probatório a justificar a competência do Supremo para processar e julgar o presente feito.

Assim, entendo, preliminarmente, renovando meu pedido de respeitosas vênias àqueles que pensam de forma distinta, que deve ser reconhecida a incompetência do Supremo para o julgamento da presente ação penal, oriunda do Inq 4.922, com a consequente remessa dos 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 ausência de individualização da conduta do acusado

A questão atinente à ausência de individualização das condutas do acusado veio a ser discutida por esta Corte ao examinar a admissibilidade das denúncias relativas ao 8 de Janeiro, razão pela qual a considero

superada no momento.

A par disso, no caso do ora acusado, votei pelo afastamento da tese de inépcia da inicial acusatória, reputando suficientes a descrição e individualização das condutas imputadas, com esteio na prova colhida na fase pré-processual. Consignei, ademais, que o Ministério Público logrou estabelecer a vinculação entre as práticas delituosas atribuídas e os tipos penais em abstrato, a fim de conferir suporte à acusação.

3. Preliminar de cerceamento de defesa. Afastamento.

Acompanho o Ministro Relator para afastar o alegado cerceamento do direito de defesa do réu.

Conforme consignou o Relator foi franqueado à Defesa o acesso, na íntegra, aos elementos de prova constante dos autos, além de ter sido oportunizada “a utilização das faculdades processuais que asseguram a sua efetiva participação no impulsionamento e desdobramentos do feito, a viabilizar, inclusive, todos os meios legítimos de prova para refutar a tese sustentada pela acusação na denúncia, não prosperando qualquer argumento de cerceamento do exercício daqueles direitos.”

4. Dos crimes de dano qualificado contra o patrimônio da União (CP, art. 163, parágrafo único e incisos I a IV) e de deterioração de patrimônio público tombado (Lei n. 9.605/1998, art. 62, I): condenação

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 a tais delitos, 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) –; e (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 com veemência, conforme venho registrando, enfática e reiteradamente. Tais eventos constituem verdadeira mácula em nossa história recente.

A pretensão acusatória submetida a julgamento nesta ação penal foi deduzida contra denunciada que invadiu o prédio deste Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público arrolou como testemunha o delegado da Polícia Federal Paulo Carlos Henrique Pinheiro de Melo (eDoc 5, fl. 76), subscritor da representação pela prisão preventiva do réu.

Segundo a aludida representação:

“No dia 08/01/2023, um dos atos que se destacou foi a retirada e subtração de um exemplar da Constituição Brasileira elaborada pelos constituintes em 1988, documento que se encontrava no interior do Supremo Tribunal Federal.

Logo após ter sido retirado do interior da Corte Suprema, o documento foi ostentado por um indivíduo e apresentado ao demais envolvidos nos atos como uma espécie de ‘premio’.”

(...)

“A Informação de Polícia Judiciária nº 16/2023 - PF, documento anexo, identificou que o indivíduo responsável pela conduta seria **MARCELO FERNANDES LIMA**, data de nascimento 09/08/1972, CPF 857.752.406-00.

Pelo que consta do referido documento de polícia judiciária, no dia 11/01/2023, **MARCELO FERNANDES LIMA** compareceu a Delegacia de Polícia Federal em Varginha/MG e entregou o exemplar da Constituição Federal, declarando, na ocasião, que participou dos atos na capital federal em 08/01/2023 e que teria invadido o prédio do Supremo Tribunal Federal. No mais, **MARCELO FERNANDES LIMA** alegou que teria recuperado o livro das mãos de manifestantes que tencionavam destruí-lo.

Contudo, por meio de análises de imagens realizadas pela Polícia Federal, constatou-se que existem robustos indícios de que o indivíduo que ostenta e apresenta o exemplar da Constituição Federal de 1988 durante as manifestações se trata de **MARCELO FERNANDES LIMA**, sendo ele, portanto, o provável responsável pela subtração do documento.

A constatação decorre da identificação de um sinal característico que **MARCELO FERNANDES LIMA** possui em um dos seus braços: Uma tatuagem na parte interna do membro superior direito, na altura do bíceps. Ademais, outras

características físicas sustentam que se trata da mesma pessoa, tais como compleição física e utilização de barba (vide figura 18 e 19)”

(eDoc. 5, págs. 47-48)

A representação pela custódia preventiva do réu está fundamentada na informação de Polícia Judiciária n. 016/2023, da qual extraio as seguintes passagens:

“No primeiro vídeo (Anexo I), o indivíduo encontra-se na área externa, em cima da estátua que simboliza a justiça, filmado à distância, trajando calças jeans e uma camiseta azul com mangas amarelo escuro, boné verde/cinza fosco com tira marrom, virado para trás, e com uma bandeira do Brasil encobrindo a maior parte da face. Ainda usava uma luva branca apenas na mão direita, e possui uma tatuagem encobrindo boa parte do bíceps direito.

No segundo vídeo, provavelmente anterior ao primeiro cronologicamente, pois que o local parece ser o saguão de saída do Tribunal para a área externa da praça, o mesmo indivíduo exhibe o exemplar fechado com as duas mãos, usando a mesma luva e com a mesma tatuagem, desta vez mostrados no lado oposto da imagem, devido à filmagem estar sendo feita por um segundo indivíduo em modo selfie sem a correção da inversão da imagem por espelhamento.

No dia 11/01/2023, Marcelo Fernandes Lima, abaixo qualificado, compareceu à Delegacia de Polícia Federal em Varginha/MG, e entregou o exemplar da Constituição Federal, declarando que participou dos atos na capital federal em 08/01 e que teria invadido o prédio do Supremo Tribunal Federal. Marcelo diz que teria recuperado o livro das mãos de manifestantes que tencionavam destruí-lo, levando-o consigo ao finalmente abandonar a área.” (eDoc. 5, fl. 54-56)

Na fase extrajudicial, o réu narrou que:

“se apresenta nesta Delegacia da Polícia Federal Varginha/MG de forma voluntária e espontânea para esclarecer as circunstâncias de sua presença na manifestação

ocorrida no dia 08/01/2023 em Brasília/DF, bem como para realizar a entrega de um exemplar da Constituição da República Federativa do Brasil que chegou em suas mãos dentro das dependências do edifício do Supremo Tribunal Federal naquela capital, na data dos fatos; (...) QUE o declarante participa voluntariamente dos movimentos que “desejam salvar o Brasil do grupo político que assumiu o poder depois das eleições de novembro de 2022”; QUE afirma “ser um defensor da família, dos princípios conservadores, de Deus e da conduta honesta que os integrantes de um governo devem ter”; QUE chegou ao seu conhecimento que no sábado, dia 07/01/2023 haveria um ônibus que levaria interessados de São Lourenço para Brasília, para participarem das manifestações que estavam ocorrendo no local; QUE se interessou pela oportunidade e embarcou no referido transporte, desembarcando em Brasília ainda no sábado dia 07/01, tendo ido direto para o QG dos manifestantes, em frente ao quartel do exército, tendo dormido no acampamento; QUE no dia seguinte, como é de conhecimento de todos, houve a ocupação dos prédios da Praça dos Três Poderes pelos manifestantes; QUE naquela saiu do QG, com a intenção de fazerem um “abraço humano” ao redor dos prédios da Praça, juntamente com a grande maioria das pessoas que ali estavam no acampamento; QUE não havia em nenhum momento, nem mesmo no QG qualquer organização ou incitação específica para que ocorresse a invasão de qualquer prédio público; QUE é claro que havia pessoas mais exaltadas, mas a maioria absoluta de manifestantes estava ali sem a intenção de invadir ou depredar qualquer coisa; QUE inclusive o próprio ônibus que viajou para Brasília, bem como o acampamento onde ficou estavam repletos de pessoas idosas, pais de família, crianças, todas pessoas de bem e com as melhores das intenções; QUE tudo muito bem organizado e extremante pacífico; QUE por volta de 13:00hs, salvo engano, o declarante pegou um UBER e foi para a Praça, onde haveria a manifestação; QUE o declarante percebeu que, mesmo sem que houvesse uma liderança específica, alguns manifestantes mais exaltados começaram a incitar os demais manifestantes e a situação foi saindo do controle, tendo culminado no rompimento da barreira de cercas de segurança que havia no local; QUE como foi exaustivamente divulgado nas mídias e vídeos, algumas pessoas invadiram o perímetro de segurança do local e acabaram invadindo os

prédios públicos da Praça, mas mesmo assim, a maioria dos manifestantes não invadiu o perímetro; QUE com o movimento aumentando o declarante acabou entrando no perímetro, passou próximo do prédio do congresso, mas sequer entrou no local; QUE depois também passou próximo ao Palácio do Planalto, e também não entrou no local; QUE após, terminou por se dirigir ao prédio do STF; **QUE chegando ao STF sabe que entrou no local pela parte de trás do prédio, e que passou pelo saguão, saindo pela frente do prédio; QUE chegando no STF viu que várias coisas e vidros já tinham sido quebradas; QUE logo antes de entrar dentro do prédio viu três pessoas que estavam saindo com um livro grande nas mãos e que gritavam “vamos rasgar, vamos rasgar”; QUE o declarante percebeu que se tratava de um exemplar da Constituição Federal e, como nunca teve qualquer intenção de depredar coisa nenhuma, achou aquilo um absurdo e tomou o livro das mãos daquelas pessoas, para que não fosse destruído; QUE como não sabia o que fazer com o livro naquele momento de tumulto, levou o mesmo consigo, pois certamente seria destruído pelos radicais que ali estavam; QUE gostaria de fazer uma observação sobre o fato de que estava muito evidente que havia pessoas fora do movimento que estavam no local única e exclusivamente para depredar e fazer a situação sair totalmente do controle; QUE o rompimento da barreira do perímetro de segurança foi muito rápido e acredita até mesmo que as portas de trás do STF estavam abertas quando os manifestantes chegaram, pois entrou no prédio sem ver uma porta sequer quebrada arrombada; QUE na opinião do declarante, o efetivo policial que estava no local não tinha menor chance ou capacidade de barrar ou enfrentar a imensa quantidade de pessoas que passou pelas barreiras e acabou invadindo os prédios; QUE ao sair do STF percebeu que tudo tinha saído totalmente do controle e que já havia muita coisa quebrada e destruída nos três prédios da Praça; QUE como nunca foi sua intenção participar de qualquer movimento destrutivo ou violento, já voltou rapidamente para fora do perímetro de segurança com o livro, procurou os companheiros de ônibus e começou a agilizar para todos irem embora, pois a situação estava totalmente fora de controle; QUE pensou em devolver o livro para algum policial no local, mas a situação estava tao caótica que o declarante não soube o que fazer no momento e decidiu levar o livro para entregar para alguma**

autoridade posteriormente; QUE esse é exatamente o motivo de estar procurando a Polícia Federal nesse momento; QUE ao sair do local para pegar o ônibus, conseguiu ainda que as forças policiais estavam se mobilizando, havia helicóptero começando a sobrevoar o local e tudo acabaria terminando como realmente terminou; QUE até onde sabe, todos foram para o ônibus e saíram de Brasília naquela mesma tarde, chegando de volta em São Lourenço por volta de 13:30hs do dia seguinte, 09/01/2023; QUE não sabe quem pagou pelo ônibus que viajou e não sabe de nenhum organizador específico da viagem; QUE somente ouviu dizer que o ônibus feria saído de Baependi/MG, salvo engano, que passaria em São Lourenço e que havia vaga para que declarante fosse na viagem; QUE gostaria de deixar bem claro que, em tudo que narrou acima o declarante estava sozinho, sem nenhum acompanhante específico e inclusive gostaria de acrescentar que não contou a ninguém sobre o livro que estava em sua posse (...).” (eDoc. 26 - realcei)

Em audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos de Carlos Henrique Pinheiro Melo (Delegado de Polícia Federal) e de Emerson Belarmino da Silva Nunes, arrolado pela defesa.

Carlos Henrique Pinheiro Melo declarou que foi a autoridade policial responsável pelos primeiros passos da apuração dos fatos envolvendo o réu; que o trabalho de análise foi de responsabilidade de outra unidade; que, no caso do réu, se baseou no que constava do relatório da Polícia Judiciária; que a atuação da Polícia Federal foi bem segmentada; que os elementos iniciais apontaram a participação do réu no atos do dia 08/01/2023; que representou ao STF pela prisão preventiva do réu; **que o réu entregou uma réplica da Constituição Federal na unidade da Polícia Federal em Varginha, espontaneamente; que com base nas imagens, chegaram a conclusão de que o réu estava ostentando a réplica da Constituição Federal;** que não houve entrevista com o réu; que quando a busca e apreensão foi cumprida, o réu não foi encontrado; que somente se apresentou alguns dias depois; que não participou mais da investigação em relação ao réu; que foi a CInq (Coordenação de Inquéritos nos Tribunais) a unidade responsável pelas demais diligências; que não se recorda se participou de análise de outros vídeos envolvendo o réu; que atuou, na condição de autoridade policial, na lavratura do flagrante envolvendo as pessoas que estavam acampadas nas

proximidades do QG do Exército.

Em resposta às perguntas formuladas pela defesa, disse que participou do início das investigações; que não sabe se outras autoridades policiais realizaram investigações, a fim de saber se o réu foi o autor do furto da Constituição da República; que não diligenciou para obtenção de vídeo sobre as invasões; que a representação se baseou na informação da Polícia Federal, que consta anexa à representação; que, com base nessa informação, foram realizadas as demais diligências; que não sabe se a Polícia Judiciária requereu as imagens das invasões; que não sabe se outra autoridade policial realizou esse pedido; que não sabe informar se outros policiais federais visitaram o réu na carceragem em Varginha sem a presença do seu advogado; que teve conhecimento em momento posterior do cumprimento da ordem de prisão preventiva; que houve a necessidade de uma atuação segmentada por parte da Polícia Federal, para investigar de forma mais efetiva os responsáveis pelos atos ocorridos no dia 8 de janeiro; que sua atuação inicial consistiu em avaliar, diante as informações, se era cabível ou não a adoção de alguma medida jurisdicional, que seria posteriormente analisada pelo MPF e STF; que, posteriormente, o procedimento foi redistribuído para outra unidade, que trata dos inquéritos nos Tribunais Superiores para continuidade; que o réu está preso há mais de 9 (nove) meses.

Emerson Belarmino da Silva Nunes afirmou, por sua vez, que veio para Brasília no dia 08/01/2023; que passou um tempo acampado no tiro de guerra em sua cidade; que as pessoas se reuniram para alugar um ônibus para virem a Brasília; que não sabe dizer quem agendou a viagem; que foi convidado e não pagou pela passagem; que na época dos fatos estava e está com problemas de saúde; que usava muletas; que não conhecia Brasília; que não se lembra de onde partiu o ônibus; que viajou no dia 06/01/2023, por volta de 19 horas; que chegaram em Brasília de manhã do dia seguinte; que o ônibus passou no QG e depois foi para um hotel; que conhecia o réu; que não sabe se o réu ficou no hotel; que foram ao QG no domingo; que era por volta de 10 horas da manhã; que foram ao QG porque estavam todos indo à manifestação no QG; que fizeram um lanche no caminho da Esplanada; que o réu estava junto; que eram 8 pessoas; que foram o réu, a testemunha e duas moças; que quem pagou o Uber foi a Elis; que não tem contato com essa pessoa; que tinha bastante policial na barreira da Esplanada para revistar as pessoas; que passou

pela revista; que o réu também foi revistado; que revistaram até a muleta; que após a revista, liberavam as pessoas; que passada a barreira, como tinha dificuldade de caminhar, não pode acompanhar as pessoas; que não adentrou nos prédios da Praça dos Três Poderes; que não viu mais o réu; **que viu pessoas quebrando vidraças e outras pedindo para não quebrar nada; que a partir daí, vieram os policiais e aconteceu o tumulto; que não foi encontrado nada que fosse proibido com o réu;** que não viu o réu depredar nada; que ficou no local e depois foi embora para o hotel; que só viu o réu no ônibus; que voltaram para São Lourenço no mesmo ônibus; que ficaram umas pessoas em Brasília; que a intenção era fazer um cordão humano e orar no Congresso; que o outro motivo era para que as eleições fossem anuladas, porque foram muitos crimes cometidos nas eleições.

Em resposta às formuladas pelo Ministério Público, disse que veio junto com o réu até a Praça dos Três Poderes; que era possível perceber que não podiam entrar nos prédios públicos; **que, de repente, viu que os policiais liberaram a passagem para os manifestantes; que não viu o réu entrando no STF;** que na volta o réu não mostrou a réplica da Constituição Federal; que tomou conhecimento de que o réu estava com a réplica da Constituição Federal quando ele foi devolver na Polícia Federal; que viu as imagens do réu segurando a réplica da Constituição Federal no dia dos fatos; que não chegou a conversar com o réu sobre as imagens que estavam circulando.

Interrogado em juízo, o réu declarou que tem 51 anos de idade; que é designer gráfico; que tem sete dependentes, sua esposa e 6 (seis) filhos; que nunca respondeu a processo criminal; que não faz uso de medicamentos; que trabalha em Campinas; que chegou de Campinas na quinta-feira; que foi ao Tiro de Guerra de São Lourenço, onde estavam os manifestantes; que ficou sabendo que sairia um ônibus para Brasília a custo zero; que sempre que podia frequentava o Tiro de Guerra de São Lourenço/MG; que, naquela época, o seu filho estava servindo; que sempre passava por lá; que o grupo sempre orava; que é religioso; que o ônibus saiu de Baependi e não sabe quem bancou a viagem e a hospedagem em hotel; que trouxe um saco de dormir para ficar no acampamento do QG de Brasília; que dormiu no QG de Brasília; que tinha gente que recebeu diária de hotel; que tinha gente pagando o hotel; que não sabe quem era; que chegou em Brasília no dia 07/01/2023, por

volta de 13h30 a 14h; que não pagou pelo almoço no QG; que tinham dois restaurantes grandes dentro do acampamento e as pessoas pegavam fila e almoçavam de graça; que deixou seus 7 (sete) dependentes para vir a Brasília; que no dia 08/01/2023 as pessoas gritavam pelo código fonte; que em relação às eleições, via na mídias muitas pessoas de um lado e de outro lado poucas; que ouviu o Valdemar Costa Neto dizendo para confiar no Bolsonaro que tudo ia dar certo; que o ouviu antes do dia 31/12/2022 na rede Globo; que queria saber se era esse resultado mesmo; que foi incentivado pelas postagens do partido do ex-presidente; que passou pela revista em frente à Catedral; que levava roupa, saco de dormir, lanterna e bolachas; **que entrou no prédio do STF; que não quebrou nada; que viu gente quebrando; que estava do lado de fora do prédio e viu pessoas quebrando a vidraça; que viu uma mulher morena dentro do prédio do STF e abriu a porta do fundo com chave; que só queria informação do Código Fonte;** que não queria a prisão dos Ministros do STF; que tinha gente incitando a prisão dos Ministros, mas não o depoente; que um rapaz entrou no prédio e começou a quebrar os quadros da esquerda para a direita; que esse rapaz pegou o púlpito onde ficava a Constituição e jogou-o ao chão; que quando o livro caiu no chão, o depoente o pegou e o rapaz tentou tirá-lo de suas mãos; que o depoente disse ao rapaz que esse livro ele não iria arrebentar; que o rapaz queria rasgar; **que o depoente segurou o livro no peito e saiu do prédio; que fez a besteira de levantar o livro;** que ninguém sabia que estava com o livro até entregar na Polícia Federal em Varginha; **que teve medo de entregar o livro em Brasília, porque poderia ser preso e ficar muito longe de sua família; que viu que fez uma coisa errada; que esperou 48 horas e entregou o livro na Polícia Federal em Varginha.**

Inquirido pelo Ministério Público disse que achou que o Exército iria intervir a favor dos manifestantes; que pensou assim, porque há dois meses as pessoas ficaram em frente aos quartéis no Brasil inteiro, “de boa”, sem o Exército agredi-los; que acreditou que o Exército iria fazer alguma coisa, iria dar o código fonte e rever as eleições.

Em resposta às perguntas formuladas pela defesa, declarou que na volta para São Lourenço/MG não mostrou que estava de posse da Constituição Federal; que chegou em São Lourenço/MG, no dia 09/01/2023, por volta das 15h30; que prestou depoimento no dia 11/01/2023 na Delegacia da Polícia Federal em Varginha/MG; que antes

disso, já havia entrado em contato com a polícia em São Lourenço/MG para entregar a Constituição e foi orientado a entregar na Polícia Federal em Varginha/MG; que não estava em casa quando a Polícia Federal foi cumprir o mandado de busca e apreensão porque trabalha em Campinas/SP; que tem um filho especial, o Pedro; que se entregou voluntariamente no dia 25; que ficou sabendo que tinha um decreto de prisão no dia 24; que em Varginha/MG não ficou sabendo que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia; que não recebeu nenhum policial federal após a prisão; que não prestou depoimento para ninguém; que hoje não faria mais o que fez; que - chorando muito - e se diz com vergonha; que se sente enganado; que entrou no prédio do STF porque estava aberto; que não invadiu; que não acha que a defesa teve acesso às imagens da invasão; que, depois de sair do STF, viu que havia muita bagunça no Congresso e encontrou as pessoas que vieram com ele; que, após, começaram a chegar helicópteros e chamou todos para irem embora; que, no dia dos fatos, ficaram perto das bandeiras e perceberam que a polícia não iria permitir que dessem o abraço no Congresso; que depois viu a multidão invadindo e quebrando o Congresso; que tinha muitas pessoas malucas na multidão; que as autoridades têm direito de julgá-los, mas têm que dizer “quem é quem”; que não postou nenhuma mensagem; que só tinha foto no facebook do dia 07 de setembro; que só quer pedir perdão; que o que está passando não é fácil; que Deus está no comando.

Consoante ressaltou o Relator,

[...]

A conduta do réu é corroborada por vídeos amplamente divulgados em redes sociais e que foram gravados no interior da SUPREMA CORTE, em verdadeiro ataque ao patrimônio material e imaterial da história da República brasileira:

[...]

Em vídeo veiculado no Portal de Notícias G1, há registro que demonstra o réu junto a outros indivíduos no interior do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

[...]

Em outro vídeo veiculado no Youtube, **o réu se encontra em cima da escultura “A Justiça”, na Praça dos Três Poderes:**

Assim, no contexto da criminalidade em concurso de pessoas

identificada na espécie, verifica-se que o réu aderiu aos atos dos manifestantes que ingressaram no edifício do Supremo Tribunal Federal, concorrendo para os danos e para a deterioração ao patrimônio público tombado naquele ambiente, chegando, inclusive, a levar consigo um exemplar da Constituição Federal que se encontrava nesta Corte.

Nessa perspectiva, acompanho o eminente Relator, no sentido da existência de elementos que evidenciam a conduta criminosa do denunciado, a corroborar o cometimento do crime do art. 163, parágrafo único e incisos I a IV, do Código Penal, bem como o delito previsto no art. 62, I, da Lei n. 9.605/1998.

Em suma, caso seja superada a preliminar de incompetência desta Corte, penso que o réu deve ser condenado conforme o disposto no art. 163, parágrafo único e incisos I, II, III e IV, do Código Penal e no art. 62, I, da Lei n. 9.605/1998, razão pela qual adiro, em relação a esses crimes, ao voto proferido pelo ministro Alexandre de Moraes.

5. Crime de furto qualificado. Condenação.

A condenação do denunciado nas penas do crime previsto no artigo 155, §4º, I, (furto qualificado pelo rompimento de obstáculos), do Código Penal, é medida que também se impõe.

O conjunto probatório acima examinado demonstrou, de modo seguro, réu subtraiu para si a réplica da Constituição Federal de 1988 que se encontrava no Superior Tribunal Federal e que compõe o patrimônio público e histórico brasileiro.

Após ter sido identificado nas redes sociais e na imprensa, em 11 de janeiro de 2023, quando se encontrava na posse mansa e pacífica do bem subtraído, o acusado compareceu espontaneamente à Delegacia da Polícia Federal em Varginha/MG e o devolveu, conforme demonstrou o depoimento prestado por Carlos Henrique Pinheiro Melo.

O réu confessa a subtração da réplica da Constituição Federal, embora tivesse afirmado que o fizera para evitar que a réplica fosse rasgada por manifestantes, mas tal versão que não encontrou suporte probatório mínimo nos autos.

Conforme bem observou o Ministério Público Federal,

“De toda sorte, calha consignar que os Tribunais Superiores adotam, quanto ao momento consumativo do crime de furto, a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual o crime consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila ou desvigiada.”

No presente caso, indene de dúvidas que a réplica da Constituição Federal foi subtraída, tendo ocorrido não só a inversão da posse, mas esta foi mansa, pacífica, tranquila e desvigiada, chegando o réu a levar o objeto consigo para outro estado da Federação.”

A autoria também se mostra incontestada, a teor do depoimento prestado pela testemunha arrolada pela acusação, das declarações prestadas pelo próprio réu e do conteúdo das diversas imagens em vídeo gravadas no dia dos fatos, tanto do circuito interno do Supremo Tribunal Federal quanto de publicações em fontes abertas, em que o réu aparece na posse da réplica da Constituição.

A réplica da Constituição Federal se encontrava guardada em local protegido por vidro, que foi rompido para que a subtração se consumasse. Embora não tivesse sido provada a conduta do réu consistente em romper a proteção de vidro, o furto ocorreu no contexto da invasão e destruição das instalações do prédio desta Corte, o que permitiu a subtração do bem. Incide, portanto, a qualificadora prevista no § 4º, inciso I, artigo 155, do Código Penal.

Aplica-se à espécie, porém, a causa de diminuição de pena prevista no artigo 16, do Código Penal (arrepentimento posterior), uma vez que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça à **pessoa**, além de ter sido cumprida uma das exigências previstas, **de forma alternativa**, no dispositivo legal, qual seja, a restituição do bem furtado.

Demonstrada a materialidade e a autoria do crime de furto, na forma qualificada, deve o réu ser condenado nas penas do artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 19, do mesmo diploma legal.

6. Dos crimes tipificados nos arts. 359-L, 359-M e 288 do Código Penal: absolvição

Não foram reunidos nos autos elementos de convicção suficientes para a imposição de um decreto condenatório pela prática dos crimes tipificados nos arts. 359-L, 359-M e 288 do Código Penal.

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 da ré.

A propósito, leciona Luigi Ferrajoli (*Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 56), 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”.

(Grifei)

Colaciono, em face de sua pertinência, o escólio do jurista Nicola Framarino dei Malatesta (*A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução

de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001. p. 88):

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.

(Grifei)

Também Márcio Augusto Friggi de Carvalho (Crimes multitudinários. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 162-189, 2019. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/412. Acesso em: 27 abr. 2023) salienta 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”**.

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, revela 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 (*Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 551), “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” (ob. cit.), sendo esse o “aspecto objetivo do concurso de agentes e que permite estabelecer o começo da responsabilidade penal do parceiro” (ob. cit.); 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 (ob. cit., p. 552):

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.

(Grifei)

Elias de Oliveira (*Criminologia das multidões: crimes de rixa e crimes multitudinários*. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1966. p. 187), em aprofundado estudo, 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 criminoso, 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.**

(Grifei)

Pois bem. 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 não mais subsistente Lei de Segurança Nacional.

Seria factível, inclusive, sob a égide desse diploma, a possibilidade de recebimento das denúncias em relação ao crime que se encontrava 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 um dos Poderes da União.**

No entanto, com o advento da Lei n. 14.197/2021, operado o fechamento do tipo, torna-se necessário, para a caracterização do crime em análise (CP, art. 359-L), que a conduta praticada tenha, de fato, ao menos o potencial de produzir, no plano concreto, o resultado pretendido, uma vez que o verbo-núcleo do tipo é “**tentar abolir**”. Com isso, mesmo que não haja a abolição do Estado democrático de direito – o que se poderia consumir, em regra, por força de um verdadeiro golpe de Estado ou de uma revolução e não com a prática do crime de dano –, é

indispensável, à luz da 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 o Estado democrático de direito ser suprimido**.

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 consumir “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, isto é, absolutamente ineficaz 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 nos feitos relativos à invasão do Palácio do Planalto – ter dito aos manifestantes que ingressaram na sede do Executivo – 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”.

A verdade é que a depredação dos prédios que são sede dos Poderes da República em nenhum momento chegou a ameaçar a autoridade dos dignitários 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 de evidente gravidade, porque dirigido contra edifícios de alto valor simbólico.

De igual forma, não foram reunidos nos autos 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.

(Associação criminosa e responsabilidade pelos crimes por ela praticados. Disponível em: <https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/46-associacao-criminosa-e-responsabilidade-e-pelos-crimes-por-ela-praticados>. Acesso em: 27 abr. 2023 – Grifei)

A acusação não logrou reunir, **na instrução do presente feito**, elementos de prova suficientes de **que o réu 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 ao 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.**

Quanto àquelas ocorridas no Palácio do Planalto, o major do Exército José Eduardo Natale, que as acompanhou *in loco* desde o momento inicial, declarou ao longo de detalhados depoimentos prestados nas APs 1.502 e 1.505, depois de descrever toda a dinâmica das invasões, que as pessoas que depredavam eram a minoria e vários manifestantes se posicionavam contra as ações.

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, ou, ainda, posteriormente (caso do réu), 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 da acusada quanto 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 (*Código Penal comentado*. 15. ed. Capítulo II. p. 1029):

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.

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, julgamento 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 domingo 8 de janeiro de 2023 caracterizaram, em realidade, a hipótese de crime impossível, em relação a ambos os delitos, dada a ineficácia absoluta, para abolir o Estado democrático de direito e depor o Governo constituído, do meio empregado pelos manifestantes. Colaciono, a propósito, o magistério de Alberto da Silva Franco (*Código Penal e sua interpretação*: Parte Geral – Título II. Do crime. p. 154-155):

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 (*O grito pela democracia: crimes contra o estado democrático de direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 72), no que concerne à interpretação 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 tornaram-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 tipos ora analisados, **concluo** pela absolvição do réu, 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 quanto ao delito do art. 288 do Código Penal.

6. Conclusão

Do exposto, com o mais absoluto respeito ao Ministro Relator no voto proferido, bem assim àqueles que o acompanham, peço vênias para divergir, **em parte**, de Sua Excelência e pronunciar-me no sentido de, caso superada a preliminar de incompetência desta Corte:

(i) **absolver** o réu, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, relativamente aos crimes dos arts. 359-L e 359-M do Código Penal; e com fundamento no art. 386, VII, do mesmo diploma processual, quanto ao tipo do art. 288 do Código Penal; e

(ii) **condenar o réu** como incurso nas penas do art. 163, parágrafo único e incisos I a IV, do Código Penal, do art. 62, I, da Lei n. 9.605/1998, e

do art. 155, § 4º, do Código Penal, c/c art. 16 do Código Penal.

Passo à dosimetria.

Do dano qualificado

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima –, entendo que a grave mácula representada pelos eventos do dia 8 de janeiro de 2023 para o Brasil, inclusive do ponto de vista internacional, justifica a valoração negativa das circunstâncias e consequências do delito. As demais circunstâncias judiciais são ínsitas ao tipo penal.

Fixo, pois, na primeira fase da dosimetria, a pena-base do delito de dano qualificado em 1 ano e 6 meses de detenção e 40 dias-multa, estabelecendo o valor do dia-multa no patamar mínimo legal.

Passando à segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a incidirem sobre a pena-base estipulada.

Na terceira fase, não identifico a presença de causas de aumento ou de diminuição da pena, fixando-a, definitivamente, a pena pelo crime de dano em 1 ano e 6 meses de detenção e 40 dias-multa no valor unitário mínimo.

Do delito do art. 62, I, da Lei n. 9.605/1998

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e os fundamentos acima apresentados na dosimetria do delito do art. 163, parágrafo único e incisos I, II, III e IV, do Código Penal, estipulo a pena-base do crime em 1 ano e 6 meses de reclusão e 40 dias-multa, fixando o valor do dia-multa no patamar mínimo, dada a situação econômico-financeira da ré.

Na segunda fase da dosimetria, não incidem atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, não incidem causas de aumento ou de diminuição

da pena, razão pela qual torno-a definitiva em 1 ano e 6 meses de reclusão, e 40 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Do Furto qualificado com arrependimento posterior

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima –, verifico que, **no tocante especificamente ao crime de furto**, todas elas são ínsitas ao tipo penal, não justificando a majoração da pena base para além da baliza mínima prevista para tipo já qualificado.

Fixo, pois, na primeira fase da dosimetria, a pena-base do delito em 2 (dois) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor do dia-multa no patamar mínimo legal.

Passando à segunda fase, não identifico circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem aplicadas à pena-base. A eventual incidência da atenuante prevista no art. 65, III, “b”, do Código Penal, cede passo, por força do princípio da especialidade, à causa de diminuição de pena prevista no art. 16, do mesmo diploma legal. Ademais, ainda que aplicável fosse a atenuante, é incabível reduzir a pena para patamar inferior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal incriminadora, conforme orientação jurisprudencial sedimentada na Súmula 190/STJ.

Na terceira fase, aplico a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, uma vez que o réu, por ato voluntário, restituiu o bem furtado em 11/01/2023, isto é, três dias após a ocorrência do fato, momento muito anterior ao do recebimento da denúncia. Além disso, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa. Aplico, portanto, a causa de diminuição da pena na fração máxima, correspondente a 2/3 (sobre a pena aplicada na segunda fase), fixando a pena definitiva em **8 (oito) meses e 3 (três) dias-multa**.

Somadas, em razão do concurso material, as penas correspondem a **3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, além de 83 dias-multa** – fixado o dia-multa no valor mínimo legal – para os delitos do art. 163, parágrafo único e incisos I, II, III e IV, do Código

Penal, do art. 62, inciso I, da Lei n. 9.605/1998, e do art. 155, § 5º, inciso I, c/c artigo 16 do Código Penal.

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

Após o trânsito em julgado, expeça-se a guia de execução definitiva, computando-se o tempo em que o réu permaneceu preso provisoriamente, e oficie-se para efeito da disposição contida no art. 15, III, da Constituição Federal.

Por força do art. 387, VI, do Código de Processo Penal, que dispõe ser dever do magistrado, na sentença penal condenatória, estipular valor mínimo para a reparação dos danos decorrentes da infração, levando em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido, fixo indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), atento ao número total de acusados e à extensão dos danos para os quais concorreu a ré.

É como voto.