

VOTO

SEGUNDO REFERENDO NO INQUÉRITO. INVASÃO E DEPREDACÃO DE PRÉDIOS PÚBLICOS. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS POR OMISSÃO DOLOSA. RESSALVA QUANTO AO ENQUADRAMENTO PRÉVIO DAS CONDUTAS NO CONCEITO LEGAL DE TERRORISMO. ART. 2º, *CAPUT*, DA LEI Nº 13.260, DE 2016. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA DE AGENTES QUE NÃO MAIS EXERCEM OS CARGOS RELACIONADOS COM A PRÁTICA CRIMINOSA. DESNECESSIDADE EM VIRTUDE DO ESVAZIAMENTO DO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE PARA **APURAÇÃO AMPLA E RIGOROSA DOS FATOS** . RATIFICAÇÃO, EM PARTE, DA DECISÃO.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de decisão monocrática proferida pelo EMINENTE Ministro Alexandre de Moraes nos autos do Inquérito nº 4.879/DF, ora submetida a referendo pelo Plenário desta Corte, mediante a qual Sua Excelência determinou as seguintes medidas:

“3. Decretação da prisão preventiva, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal, de ANDERSON GUSTAVO TORRES e de FÁBIO AUGUSTO VIEIRA.

4. Determinação de realização de busca e apreensão em todos os endereços indicados pela Polícia Federal de ANDERSON GUSTAVO TORRES e de FÁBIO AUGUSTO VIEIRA.”

2. Sua Excelência aponta que a decisão foi provocado por representação do Diretor-Geral da Polícia Federal, que, em vista dos **atos de invasão e depredação do patrimônio público ocorridos nos prédios do Palácio do Planalto, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, no dia 08 /01/2023, na Capital Federal**, requereu “ *a busca e apreensão e pela prisão preventiva de ANDERSON GUSTAVO TORRES, Delegado Federal e então*

Secretário da Segurança Pública do DF e do Comandante da PM, Cel. FÁBIO AUGUSTO VIEIRA”.

3. Os fundamentos apresentados na decisão, como justificadores das medidas determinadas, são, em suma, os seguintes:

“1. O descaso e conivência do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública e, até então, Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, ANDERSON TORRES com qualquer planejamento que garantisse a segurança e a ordem no Distrito Federal, tanto do patrimônio público – CONGRESSO NACIONAL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – só não foi mais acintoso do que a conduta dolosamente omissiva do Governador do DF, IBANEIS ROCHA – afastado por decisão judicial anterior –, que não só deu declarações públicas defendendo uma falsa ‘livre manifestação política em Brasília’ – mesmo sabedor por todas as redes que ataques as Instituições e seus membros seriam realizados – como também ignorou todos os apelos das autoridades para a realização de um plano de segurança semelhante aos realizados nos últimos dois anos em 7 de setembro, em especial, com a proibição de ingresso na esplanada dos Ministérios pelos criminosos terroristas, tendo liberado o amplo acesso.

2. As omissões do Secretário de Segurança Pública e do Comandante Geral da Polícia Militar, detalhadamente narradas na representação da autoridade policial, verificadas, notadamente no que diz respeito à falta da devida preparação para os atos criminosos e terroristas anunciados, revelam a necessidade de garantia da ordem pública, pois presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, inequivocamente demonstrados os indícios de materialidade e autoria, ainda que por participação e omissão dolosa, dos crimes previstos nos artigos 2^a, 3^o, 5^o e 6^o (atos terroristas, inclusive preparatórios) da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 e nos arts. 163 (dano), 288 (associação criminosa), 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) e 359-M (golpe de Estado), todos do Código Penal.

3. Presentes os requisitos do art. 240 do Código de Processo Penal, para a ordem judicial de busca e apreensão no domicílio pessoal, pois devidamente motivada em fundadas razões que, alicerçadas em indícios de autoria e materialidade criminosas, sinalizam a necessidade da medida para colher elementos de prova relacionados à prática de infrações penais.”

É o relatório do essencial.

4. Os atos violentos verificados na capital da República em 08/01/2023, consistentes na invasão e depredação de prédios públicos, **são gravíssimos e merecem total repulsa de todos os que prezam pela ordem democrática**. Não há justificativa alguma, seja de ordem política, ideológica ou decorrente de qualquer tipo de discordância, que autorize quem quer que seja a fazer uso da violência para se expressar ou fazer prevalecer, na sociedade, suas ideias políticas.

5. É conhecida a lição de que nenhum direito fundamental é absoluto. A Constituição da República é cristalina ao condicionar o exercício do direito de reunião e de manifestação ao seu caráter pacífico e, além disso, limitado aos locais abertos ao público (art. 5º, XVI), o que, evidentemente, não foi observado por aqueles que praticaram os inadmissíveis atos contrários à ordem jurídica, ocorridos no último domingo (08/01/2022), causadores de vultosos danos ao patrimônio público e, por que não dizer, ao próprio Estado Democrático de Direito, atacados que foram os Três Poderes da República.

6. Se há natural controvérsia quanto aos limites e graus de proteção constitucional em favor das manifestações públicas, **a violência generalizada, desencadeada em 08/01/2023, não deixa dúvida de que os limites constitucionais foram ultrapassados, impondo-se a rigorosa apuração dos fatos e a necessária responsabilização de todos os seus autores**, na forma da lei.

7. Nesse ponto, ressalto a necessidade de que **a apuração se estenda a todos os agentes e órgãos públicos – de quaisquer níveis ou instâncias** – que, investidos de deveres constitucionais e legais, notadamente nas áreas de inteligência (integrantes do SISBIN) e de segurança pública, tenham se omitido ou falhado no exercício de seus misteres, quer no dever de compartilhamento de informações de inteligência, quer, a partir dessas informações ou de quaisquer outros dados indicativos dos riscos, no planejamento ou na execução do esquema de segurança. Oportuno registrar a existência de notícias dando conta de que a chegada de milhares de pessoas em Brasília era algo previsível e, inclusive, objeto de monitoramento de diversos órgãos ().

8. Com relação à decretação da prisão preventiva de Anderson Gustavo Torres e de Fábio Augusto Vieira, anoto, de início, que a Constituição da República consagra o princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII), de modo que **toda prisão cautelar (inclusive a prisão preventiva) deve ser considerada como medida excepcionalíssima, limitada no tempo e suficientemente motivada pela autoridade judicial**, mediante análise da concreta necessidade e adequação da providência, nos termos dos arts. 282, incisos I e II c/c 312 do CPP.

9. O art. 312 do CPP, a seu turno, aponta que a prisão preventiva poderá ser decretada “ *quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado* ” e como “ *garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal* ”.

10. Por ser medida de intensa gravidade, que suprime, episodicamente, a liberdade do indivíduo, o encarceramento cautelar somente se revela necessário quando as medidas cautelares diversas da prisão, de menor afetação ao núcleo básico dos direitos do cidadão, trazidas no art. 319 do CPP, não se revelarem adequadas e suficientes para neutralizar o risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

11. No caso concreto, analisando detidamente a respeitável decisão submetida a referendo, observo que o *fumus comissi delicti* encontra-se devidamente justificado, ante a prova da existência de crimes e a suficiência dos indícios de autoria concretamente indicados no decreto de custódia cautelar.

12. Ressalvo, contudo, especificamente quanto ao enquadramento dos fatos nos crimes previstos na **Lei nº 13.260**, de 2016, que disciplina o **terrorismo**, o entendimento inicial de que, ao menos do que se tem dos autos e das notícias veiculadas até o momento, **não há indícios de que os atos tenham sido praticados, conforme o exige a lei, “ por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião ”**. De modo mais específico, mesmo na r. decisão do e. Relator, não há referências a elementares inafastáveis do **conceito legal** de terrorismo adotado no Brasil (art. 2º da Lei nº 13.260, de 2016). Até o momento, ao menos do que se

depreende do atual estágio da investigação, todas as referências fáticas indicam atos motivados por razões de natureza político-ideológica, o que, reiterar-se, em nada justifica (e tampouco atenua) o ocorrido.

13. De outra parte, no tocante ao *periculum libertatis*, entendo que **não restou concretamente demonstrado o perigo gerado pelo estado de liberdade dos investigados ou mesmo a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão trazidas no art. 319 do CPP** para minorar os riscos sociais e processuais indicados no art. 312 do CPP.

14. Extraído da decisão ora submetida a referendo os seguintes trechos relacionados à justificação do risco de manutenção dos investigados em liberdade:

A existência de uma organização criminosa, cujos atos têm ocorrido regularmente há meses, inclusive no Distrito Federal, é um forte indício da conivência e da aquiescência do Poder Público com os crimes cometidos, a revelar o grave comprometimento da ordem pública e a possibilidade de repetição de atos semelhantes caso as circunstâncias permaneçam as mesmas.

A prisão preventiva se trata, portanto, de medida razoável, adequada e proporcional para garantia da ordem pública com a cessação da prática criminosa reiterada, havendo, neste caso, fortes indícios de que os investigados foram coniventes com associação criminosa destinada a prática de atos terroristas (HC 157.972 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão Min. NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 8/4/2021; HC 191.068 AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão Min. NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 8/4/2021; HC 169.087/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 4/5/2020; HC 158.927/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26/3/2019; RHC 191949 AgR/SP, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 23/11/2020).

15. Identifico, portanto, que o fundamento apontado como justificador do encarceramento cautelar dos investigados foi o de “ **garantia da ordem pública com a cessação da prática criminosa reiterada** ” evitando a “ *repetição de atos semelhantes caso as circunstâncias permaneçam as mesmas* ”.

16. Ocorre que ambos os investigados não mais se encontram no exercício de funções relativas à segurança pública no Distrito Federal. Isso porque Anderson Gustavo Torres foi exonerado do cargo de Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal por Decreto do Governador do Distrito Federal, datado de 08/01/2023, e publicado no Diário Oficial do DF em 09/11/2022. Da mesma forma, Fábio Augusto Vieira foi exonerado do cargo de Comandante Geral da Polícia Militar do DF por Decreto do Interventor Ricardo Cappeli, publicado em edição extra do Diário Oficial do DF do dia 10/01/2023.

17. Desse modo, individualmente e no momento presente, entendo que os investigados **não mais possam ocasionar, por ação ou omissão na condução de políticas de segurança pública, a citada reiteração na prática dos delitos investigados**. Ausente, portanto, a contemporaneidade na presença dos motivos ensejadores da custódia cautelar ante a ausência de indicação de que tais investigados poderão, de algum modo, permitir a reiteração das condutas delitivas. Reforça esse entendimento o fato de a segurança pública no Distrito Federal se encontrar, no presente momento, sob intervenção e responsabilidade federal, por força do Decreto nº 11.377, de 08/01/2023, do Presidente da República.

18. Em que pese se reconheça a gravidade dos fatos investigados, aos quais todos manifestamos repulsa e indignação, **não se pode confundir o desvalor e a gravidade das condutas e dos resultados delas decorrentes com os requisitos necessários para a custódia cautelar**, que são específicos e diversos, a demandarem motivação expressa do órgão julgador que **justifique de que modo a liberdade dos acusados pode, no momento atual, conduzir a riscos concretos** à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

19. Nessa linha, destaca o eminente Ministro Gilmar Mendes, em ilustrado voto no HC 160.178-AgR/RJ, o seguinte:

“Na linha de argumentação que venho construindo, é preciso reafirmar o entendimento de que prisão cautelar e mérito da ação penal demandam fundamentos fáticos e espaços axiológicos de apreciação distintos. Tanto o substrato empírico (plano descritivo) quanto a valoração desse substrato (plano normativo) não devem se embaralhar no âmbito desses diferentes momentos processuais. A

carga de desvalor que o ilícito-típico representa para o mérito não deve contaminar o juízo cautelar.

O que tem se verificado, principalmente no âmbito dos crimes contra a administração pública, é uma recorrente afirmação de vetores axiológicos etéreos e abstratos como o clamor social e a impunidade generalizada como critérios aptos a lastrear a prisão cautelar. Sobre isso, é preciso que se diga que a prisão preventiva revela uma medida gravosa e de natureza excepcional, que atinge um direito fundamental e que demanda uma fundamentação que encontre guarida em um substrato empírico concreto, individualizado e atual.

Não se pode esquecer, como bem aponta o teórico alemão Lüderssen (LÜDERSSEN, Klaus (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998), que não existe uma linha de continuidade normativa entre Estado e sociedade e que o papel do Judiciário nesse conflito consiste justamente em proteger interesses e garantias individuais que se opõem aos interesses gerais da sociedade.

É disso que se cuida a análise de proporcionalidade a ser realizada em sede de prisão cautelar: verificar a necessidade concreta da mitigação de uma garantia individual fundamental (a liberdade), sem se deixar levar pela irracionalidade do clamor punitivo social disseminado de forma generalizada – trata-se de uma tarefa dura do Poder Judiciário, que muitas vezes terá aqui um papel claramente anti-majoritário.”

20. Deve-se divisar que o momento de retribuição ou punição do autor pela prática do crime é o de cumprimento da pena, após devido processo penal, que venha a resultar em sentença condenatória com trânsito em julgado, sendo o momento da sentença a ocasião em que o magistrado considerará, na dosimetria da pena, a gravidade e o desvalor das condutas praticadas. No curso da investigação ou do processo, **a prisão não assume feição punitiva, mas instrumental**, tendo por objetivo afastar riscos sociais ou garantir a eficácia da investigação e da aplicação da lei penal.

21. Desse modo, a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal tem afastado a gravidade abstrata do crime e o clamor social como fundamentos autorizadores da decretação da custódia preventiva. Nesse sentido:

EMENTA: 1. PRISÃO PREVENTIVA. Medida cautelar. Natureza instrumental. Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade. Necessidade de se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP.

Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua **função meramente instrumental**, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (*fattispecie* abstratas) que a autorizem. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. **Decreto fundado na gravidade do delito, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar.** Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito.** 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. **Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar.** Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado no perigo de fuga do réu. Garantia de aplicação da lei penal. Ilegalidade. Decisão de caráter genérico e vago. HC concedido. Precedentes. Fuga do réu e garantia de aplicação da lei penal, sobretudo quando invocadas em decisão genérica, sem alusão a dados específicos da causa, não constituem causas legais para decreto de prisão preventiva.

(HC nº nº 87.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 24/04/2007, p. 22/06/2007; grifei)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME E CLAMOR SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS INEPTAS À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE A JUSTIFICAR A PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. **A gravidade do crime e o clamor social não servem à decretação da prisão cautelar.** Precedentes. 2. O *modus operandi*, consubstanciado nos vinte e seis golpes de faca desferidos em vítima indefesa, revela, no entanto, a periculosidade do paciente, justificando a necessidade da manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem denegada.

(HC nº 99.072/PI, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 08/09/2009, p. 06/11/2009; grifei)

22. Ainda: HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, j. 31/08/2004, p. 22/10/2004.

23. Em conclusão, com a devida vênia, entendo que, no atual momento, **não se revela presente o perigo gerado pelo estado de liberdade dos investigados**, de modo que considero **suficientes e adequadas**, para afastar o risco à ordem social e à instrução criminal, **as seguintes medidas cautelares**: a) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio (art. 319, inciso III, do CPP); b) proibição de acesso a qualquer órgão responsável pela apuração dos fatos investigados ou contato com autoridades responsáveis pela investigação ou com possíveis testemunhas (art. 319, II e III, do CPP); e c) proibição de deixar o país, devendo entregar seu(s) passaporte(s) em até 48 (quarenta e oito) horas (art. 319, inciso IV, e art. 320, do CPP).

24. No tocante à determinação de realização de busca e apreensão em todos os endereços indicados pela Polícia Federal de Anderson Gustavo Torres e de Fábio Augusto Vieira, tenho que, embora também constitua medida de intensa gravidade, concernente à relativização da inviolabilidade domiciliar, caracterizam-se como medidas necessárias à colheita de elementos de prova relacionados à prática das infrações penais.

25. Isso posto, com a ressalva de fundamentação acima, e sem prejuízo de reexame mais aprofundado em momento processual subsequente, **ratifico, parcialmente, a decisão trazida a referendo, para admitir a medida de busca e apreensão em desfavor dos investigados e divergir quanto à necessidade de prisão preventiva quanto a Anderson Gustavo Torres e Fábio Augusto Vieira**, impondo-lhes, contudo, as medidas cautelares acima indicadas.

26. Por fim, **ressalto a necessidade de ampla e rigorosa apuração dos fatos** ocorridos em 08/01/2023 na capital da República, em relação aos particulares e a todos os agentes públicos que tenham, nos diferentes níveis de governo, contribuído, de forma comissiva ou omissiva para os acontecimentos.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/01/2023