

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL

DD. ALEXANDRE DE MORAES

Ação Penal nº 1183

ACUSADO(a): MATHEUS LIMA

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO

MATHEUS LIMA

qualificado nos autos dos autos em destaque, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, vêm perante Vossa Excelência apresentar a

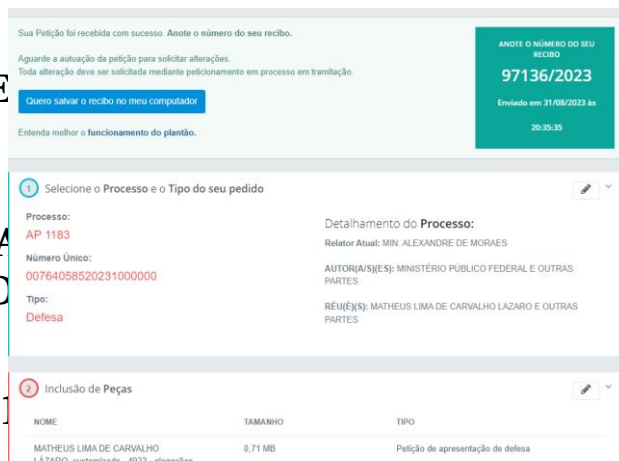
ALEGAÇÕES FINAIS

nos termos do art. 11º, da Lei 8.038/1990, conforme argumentos a seguir apresentados:

O acusado tem ensino médio incompleto, é motorista de uma empresa de entrega, com filho recém-nascido.

Consta da denúncia as seguintes imputações:

Denúncia	artigo 288, parágrafo único, do CP (associação criminosa armada)
	artigo 359-L, do CP (abolição violenta do Estado Democrático de Direito)
	artigo 359-M, do CP (golpe de Estado)
	artigo 163, parágrafo único, I, II, III e IV, do CP
	artigo 62, I, da Lei nº 9.605/1998 (deterioração de patrimônio tombado)
	observadas as regras do artigo 29, caput, (concurso de pessoas), e artigo 69, caput (concurso material), ambos do CP



Para refutar cada um dos temas apresentados na acusação a defesa abordará os seguintes tópicos ilustrados abaixo, e o que se pretende concluir em relação a cada um deles:

Incompetência do Supremo Tribunal Federal

1. Ausência de acusado com prerrogativa de foro perante o STF.

Provas produzidas

1. Ausência de provas contra o acusado em relação ao crime de dano.
2. Ausência de provas contra o acusado em relação ao crime de associação criminosa.
3. Ausência de provas contra o acusado em relação aos crimes dos art. 359 L, 359-M do CP.
4. As provas citadas nos relatórios de inteligência fazem prova em relação a quem organizou o movimento, e não em relação a quem estava no local.
5. Provas produzidas pelas testemunhas de defesa, quando for o caso.

Ausência de associação criminosa – art. 288 do CP

1. Ausência de estabilidade como elemento do tipo.
2. Ausência do elemento do tipo em relação ao vínculo subjetivo.

Indevida criação do concurso por crime multitudinário

1. O crime multitudinário no Brasil é reconhecido com elemento para reduzir a culpabilidade.
2. O concurso de pessoas por crime multitudinário como

Artigos 359-L e 359-M do CP

1. Ausência do elemento do tipo - abolir o Estado Democrático.
2. Ausência do elemento do tipo em relação ao modo de impedir ou restringir o exercício dos poderes.
3. Ausência de relevância da conduta em relação à

O acusado foi instrumento da ação – ausência da potencial consciência da ilicitude

1. Direito penal estruturado sob as bases do século passado.
2. Questão do livre arbítrio e as redes sociais.
3. Pessoas em posição de autoridade defendendo o golpe.
4. Constituição de uma posição de legitimidade e autoridade defendendo a intervenção das forças armadas.
5. Ação massiva nas redes sociais – **tecnologia persuasiva**
6. **Experimento de Milgram**
7. **Responsabilidade exclusiva de pessoas que induziram propositalmente a conduta coletiva.**

Inaplicabilidade das regras do concurso material

1. Absorção do art. 359-L, pelo art. 359 -M, do CP.
2. Inaplicabilidade do concurso material entre os crimes do art. 163, do CP, em relação ao artigo 62, I, da Lei nº 9.605/1998

Vejamos cada um desses pontos em uma narrativa que levará a conclusão quanto à inexistência de provas dos atos que teriam sido praticados pelo acusado, e para além disso, a ausência da demonstração dos elementos dos tipos dos arts. 288, 359-L, e 359-M, todos do CP.

E ultrapassada essa etapa da defesa, subsidiariamente demonstrará que o acusado foi mero instrumento da ação de terceiros, por isso não pode ser considerado culpado. E ao final, a impossibilidade do concurso material entre os crimes apontados, tendo em conta a consunção entre os crimes de dano, bem como, dos art. 359-L, e 359-M do CP.

Incompetência do Supremo Tribunal Federal

1. Ausência de acusado com prerrogativa de foro perante o STF.

Por dever processual a defesa insiste na tese de incompetência do Supremo Tribunal Federal, a qual tem por base unicamente a Constituição Federal, que em linhas gerais é definida no art. 102, e no inciso I, alíneas b e c, a competência originária penal por prerrogativa de foro.

Para além da análise do citado art. 102, da CF, o Supremo Tribunal Federal vem, sistematicamente, reduzindo o alcance do foro por prerrogativa de função, limitando-o ao próprio detentor, e aos casos em que o crime foi praticado no exercício do mandato e guardar relação com ele. Posição amplamente discutida e consolidada na questão de ordem na AP 937.

Nessa linha, para que uma pessoa seja julgada em instância diferenciada, ela deve, simultaneamente, ter prerrogativa no momento do processo, ter praticado a conduta no exercício da atividade que confere a prerrogativa e, por fim, que o crime a ela imputado tenha relação direta com a função pública exercida.

No caso dos autos, o denunciado não é detentor de foro por prerrogativa de função, pelo que não há qualquer razão em seu processo tramitar perante o STF.

Não há qualquer liame, e isso sequer foi aventado pela Procuradoria-Geral da República na denúncia, entre a conduta do investigado e qualquer detentor de foro por prerrogativa, pelo que não existe qualquer razão para que ele seja julgado e processado perante o STF.

Tal argumento fica mais evidente ao perceber-se que a denúncia não indicou, ainda que de forma precária, qualquer ligação entre o denunciado e detentor de foro.

Cumpre, portanto, seja remetido o presente caso ao primeiro grau.

Provas produzidas

De forma geral foram produzidas (pela acusação e defesa) as seguintes provas nos autos do processo:

- a) Auto de prisão em flagrante na Praça do Buriti,
- b) Coleta de documentos como fotos, imagem e textos nos dispositivos eletrônicos apreendidos,
- c) Coleta de documentos como fotos, imagem e texto nas redes sociais,
- d) Coleta de objetos na busca pessoal,
- e) Coleta de material genético,
- f) Apresentação de fotos e vídeos produzidos pela MPDF, GSI, além dos sistemas de vídeos do Palácio do Planalto, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal,
- g) Testemunhas arroladas pela acusação, e
- h) Em raras situações testemunhas arroladas pela defesa.

a) A prisão em flagrante de certa forma foi usada como prova, no sentido de que se o acusado foi preso na Praça do Buriti, sob o pretexto que seria um flagrante logo após ter cometido o crime.

Para a prisão do acusado em frente ao Palácio do Buriti, as testemunhas de acusação foram:

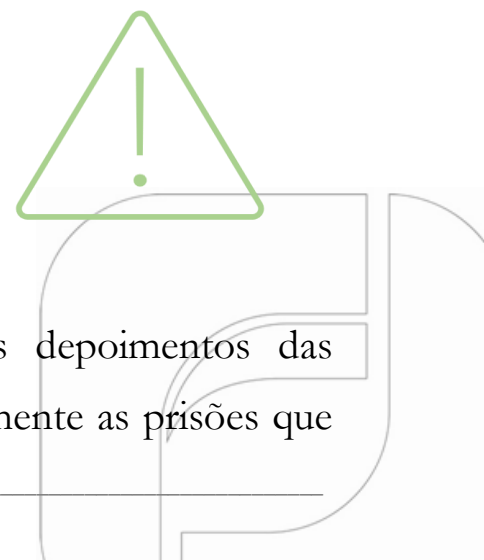
- a) BRÍCIO MICAELES DE ARAÚJO, Policial Militar,
- b) ELIDIO ALVES VIANA, Policial Militar,

A testemunha BRÍCIO MICAELES DE ARAÚJO, Policial Militar, relatou que chegou já ao final da manifestação, com os prédios desocupados; e que havia um confronto com os manifestantes na área dos Ministérios, no sentido da Rodoviária; que foi deslocado para o Palácio do Buriti, e lá chegando o acusado saiu correndo, no que ele foi preso; que no momento o acusado teria falado que invadiu prédio público; não chegou a se aproximar do STF, Congresso Nacional ou do Palácio do Planalto; prendeu só o acusado.

c) ELIDIO ALVES VIANA, Policial Militar, chegou na praça dos Três Poderes por volta da 16:00, já na dispersão dos manifestantes, na retaguarda; que foi deslocado para o Palácio do Buriti, no que uma pessoa correu, e por isso o abordaram.

O acusado foi preso na Praça do Buriti, por causa disso as testemunhas de acusação não são as mesmas que prestaram depoimento nas ações penais decorrentes do INQ4922.

Apesar disso, a DPU vai abordar os depoimentos das testemunhas de acusação que foram ouvidas relativamente as prisões que



ocorreram no Palácio do Planalto, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal. E isso se deve porque inúmeros argumentos que constam nas alegações finais da acusação consideram aspectos fáticos que ocorreram dentro dos citados prédios, que foram presenciados por essas testemunhas.

Para as prisões no Palácio do Planalto as testemunhas de acusação foram:

- a) FLÁVIO SILVESTRE DE ALENCAR: Major da Polícia Militar do Distrito Federal (dispensado)
- b) ERICK DA SILVA: Tenente da Polícia Militar do Distrito Federal.
- c) RICARDO ZIEGLER PAES LEME: Tenente da Polícia Militar do Distrito Federal.
- d) JOSÉ EDUARDO NATALE DE PAULA PEREIRA: Assistente Técnico lotado no Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

Para as prisões no Congresso Nacional as testemunhas de acusação foram:

- a) EVERALDO BOSCO ROSA MOREIRA: Autoridade Policial do Legislativo Federal,
- b) GILVAN VIANA XAVIER: Policial Legislativo Federal;
- c) WALLACE FRANÇA DE MELO: Policial Legislativo Federal,
- d) CAIO CÉSAR ALONSO GRILLO: Policial Legislativo Federal,

A testemunha ERICK DA SILVA, Tenente da Polícia Militar do Distrito Federal, bem esclareceu que não efetuou o flagrante; e foi apenas foi o condutor do flagrante, ou seja, levou as pessoas até a delegacia, mas quem efetuou o flagrante foi outra pessoa, **pelo que não sabia o que cada um fez**. Que o responsável pela prisão em flagrante foi chamado na delegacia pelo Delegado para a lavratura do aturo de prisão em flagrante,

contudo ele não pode ir (testemunho nas Ações Penais 1393, 1400, 1404, 1383, 1429, 1516, e 1508, dentre outras).

A testemunha RICARDO ZIEGLER PAES LEME, também relatou que foi apenas foi o condutor do flagrante, ou seja, levou as pessoas até a delegacia, mas quem efetuou o flagrante foi outra pessoa, pelo que não sabia o que cada um fez. Relatou que ainda no ônibus, **algumas pessoas categoricamente assumiam que ingressaram no prédio com o intuito de “quebrar”, e outras apenas para rezar, “ou ainda para acompanhar uma manada”, ou simplesmente para ver o que ocorreu, ou seja, que as motivações eram as mais diversas.** (testemunho nas Ações Penais 1393, 1400, 1404, 1383, 1429, 1516 1516, dentre outras).

A testemunha JOSÉ EDUARDO NATALE DE PAULA PEREIRA, lotado no GSI, **relatou que não parecia haver uma organização ou liderança.** **Que alguns manifestantes o ajudaram a apagar alguns focos de incêndio.** Que as pessoas presas perfaziam um grupo bem heterogêneo em relação à idade, comportamento e forma de vestir. Que a maior parte dos manifestantes apenas entrou no prédio, mas não faziam nada a não ser tirar fotos ou orar, e uma pequena parte depredava, e outra pequeno grupo tentava impedir a depredação (testemunho nas Ações Penais 1393, 1400, 1404, 1383, 1429, 1516 1516, dentre outras).

Contudo, essas informações não fizeram parte da descrição dos fatos por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, pois como descrito no parágrafo anterior, quem efetuou o flagrante não acompanhou o condutor do flagrante perante a autoridade policial.

Esse é um ponto fundamental, pois todos foram presos e processados como se fossem um grupo com conduta homogênea e desígnios similares, **quando em verdade não ocorreu.** E isso se deve pela

inobservância de uma regra de processo prevista no art. 304 do CPP, no qual a autoridade policial, assim que for apresentado o preso, ouvirá o condutor que efetuou o flagrante.

Em relação as testemunhas de acusação dos acusados presos no Congresso Nacional o quadro não é diferente, vejamos os pontos principais em relação a cada uma delas.

A testemunha EVERALDO BOSCO ROSA MOREIRA: Policial do Legislativo Federal, informou que participou da linha de contenção dos manifestantes; relatou a violência empregada e os apetrechos dos manifestantes para enfrentar a Polícia Legislativa, como óculos de proteção, capas, bolas de gude, pontaltes e etc. Contudo, ao responder as perguntas dos advogados deu a entender que os manifestantes que enfrentaram a polícia não foram presos. Relatou que o auto de prisão em flagrante dos crimes de dano, como regra deve constar o que foi danificado pela pessoa, mas que no dia isso não foi feito isso. E que o Senado Federal possui aproximadamente 700 câmeras, todas com gravação, e que elas poderiam ser utilizadas para identificar as pessoas a depender da luminosidade. (depoimentos nas Ações penais 1373, 1377, 1378, 1390, 1487, 1390 e 1377, dentre outras)

A testemunha GILVAN VIANA XAVIER: Policial Legislativo Federal, relatou em geral a violência de alguns manifestantes; que gritavam palavras de ordem como intervenção já e etc; citou os danos ao prédio e objetos; que somente 38 pessoas foram presas no plenário do Senado, apesar da multidão; que dentre as pessoas presas, algumas portavam objetos utilizados para ataque; que não saberia dizer o que foi relatado ou não no auto de prisão de cada pessoa. (depoimentos nas Ações penais 1373, 1377, 1378, 1390, 1487, 1390 e 1377, dentre outras)

A testemunha WALLACE FRANÇA DE MELO: Policial Legislativo Federal, relatou sobre a violência empregada por alguns manifestantes; que um grupo gritava palavras de ordem; parcela dos que foram presos no Plenário do Senado queriam sair, mas a “tuba impedia ou convenciam eles do contrário”; nem todos eram agressivos, pois alguns apenas estavam rezando; que as pessoas formavam um grupo muito heterogêneo seja em relação a idade, vestimentas e comportamento; e o grupo preso dentro do Plenário do Senado era composto majoritariamente por mulheres rezando, que alguns até tentavam impedir a depredação. (depoimentos nas Ações penais 1373, 1377, 1378, 1390, 1487, 1390 e 1377, dentre outras)

A testemunha CAIO CÉSAR ALONSO GRILLO: Policial Legislativo Federal, relatou sobre a violência empregada por alguns manifestantes; que tentou fazer um trabalho de convencimento para retirada dos manifestantes; que alguns tentavam impedir que algo fosse quebrado, ocorre que um grupo era efetivamente hostil e quebrava as instalações; que gritavam palavras de ordem como a volta do presidente ao poder, intervenção já; e que as pessoas que foram presas no Plenário do Senado eram mais pacíficas, algumas orando, outras fazendo “live”, alguns usavam luvas, óculos de proteção (depoimentos nas Ações penais 1373, 1377, 1378, 1390, 1487, 1390 e 1377, dentre outras)

b) A coleta de documentos como fotos, vídeos e textos nos dispositivos eletrônicos apreendidos.

No celular do acusado foram identificadas mensagens e vídeos dele para a esposa. Ou seja, não havia intenção de divulgar ou fomentar

qualquer ação contra o Estado.

Nesse sentido o texto era apenas uma manifestação de cunho privado em seu círculo mais íntimo da vida privada. E os comentários apenas refletiam a percepção do acusado perante a situação, e não a atitude que ele tenha tomado.

Destaca-se que o acusado, por exemplo na mensagem 36 (número da extração), a todo tempo fala, “Eles estão quebrando...”, “Eles estão quebrando para invadir ...”, “É que eles não quebraram ainda o que eles querem...”.

Ele está marrando uma ação de terceiros, mas não a própria conduta.

Por lealdade processual, de fato o acusado até faz algumas considerações mais contundentes sobre a expectativa de participação do Exército, contudo, isso se deve ao processo de manipulação que sofreu. Especialmente sobre a suposta possibilidade jurídica de mediação das Forças Armada com base no art. 142 da Constituição, tema que será abordado mais adiante.

c) Coleta de documentos como fotos, imagem e texto nas redes sociais.

Apesar de citado na denúncia que foi fartamente divulgado na mídia e redes sociais que os manifestantes pretendiam promover um golpe de estado, o fato é que em relação ao acusado não foi apresentado no inquérito ou durante a ação penal nenhum vídeo, texto ou foto que demonstrasse ação do acusado no sentido de promover, incentivar ou qualquer intuito de promover um golpe de estado, ou de associação.

Absolutamente nada foi encontrado sobre o acusado.

d) Coleta de objetos na busca pessoal.

Na busca pessoal foi encontrado apenas um canivete, e consta uma justificativa muito clara para isso. O acusado estava acampado com a própria barraca, e o canivete é um regular instrumento de camping. De fato, qualquer pessoa que acampa precisa levar algum canivete ou faca, além de alguns talheres, cordas e etc.

Ou seja, isso não significa que ele estava armando.

e) Coleta de material genético e de digitais.

Foi realizada a coleta de material genético e de digitais nos três prédios, mas nada foi encontrado em relação ao acusado.

f) Apresentação de fotos e vídeos produzidos pela MPDF, GSI, além dos sistemas de vídeos do Palácio do Planalto, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

Na denúncia consta que a materialidade e a autoria delitivas teriam sido comprovadas por: a) pelas imagens gravadas pelas câmeras de segurança e monitoração do local, b) relatório preliminar sobre os atos antidemocráticos ocorridos no dia 08/01/2023 na Sede do Senado Federal, c) (Ofício nº 028/2023-SPOL), elaborado pela Secretaria de Polícia do Senado Federal, d) Relatório de Inteligência n. 06/2023/30/SI/SSP/DF, do dia 6 de janeiro de 2023, e e) relatório preliminar do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, Ofício 010/2023 – SINFRA.

Nesse ponto convém fazer a devida diferenciação entre materialidade e prova de autoria. Materialidade diz respeito a prova de que

um crime ocorreu, “É o conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal, ou seja, representa a materialidade do crime¹.”

Outra coisa é prova da autoria, que consiste na ligação entre a materialidade e aquele que teria causado.



Esses conceitos de tão corriqueiros no processo penal dispensam maior digressão, e deixa bem claro que a acusação indevidamente os confunde para tentar sustentar que materialidade é prova de autoria, **o que definitivamente não confere**, vejamos:

As fotos, relatórios vídeos, definitivamente podem demonstrar materialidade, **mas de forma alguma significam prova da autoria.**

De fato, em toda a documentação apresentada não consta qualquer menção ao acusado.

Em verdade a documentação apresentada descreve mais a ação do grupo que organizou a manifestação e invasão, e até os objetivos dos organizadores, mas nada em relação àqueles que efetivamente foram presos, nada mesmo.

Indubitavelmente ocorre uma grande confusão da acusação na intenção de tentar demonstrar autoria do acusado, sem que isso tenha sido demonstrado.

Os relatórios e informes de inteligência, como citados na denúncia, noticiavam o proposito criminoso, as intenções de golpe de Estado, a alegação de fraude na eleição, e a arregimentação de pessoas.

¹ Capez, Fernando. Curso de processo penal. Disponível em: Minha Biblioteca, (30th edição). Editora Saraiva, 2023.

Condutas que teriam sido praticadas pelos organizadores do movimento, como empresários, políticos e etc.

Aliás, tais documentos são relativos justamente a esse grupo de pessoas - os verdadeiros autores – que **são investigados em um conjunto de inquéritos em tramitação no STF, mas que a defesa não tem acesso.**

E bem em razão dessas pessoas, e não do acusado, que se deu o reconhecimento da competência do STF, a qual é fortemente ancorada na competência por prerrogativa de foro de atos que teriam sido praticados por autoridades.



As provas que foram apresentadas na presente ação penal podem até servir na apuração das “fakes News”, do “Plano de Interversão Federal no TSE”, “do financiamento”, **mas não dizem respeito ao acusado.**



O acusado em questão foi denunciado como se fosse o “executor material”, e como se tivesse tido a ideia de, por si só, de invadir prédio público e tomar o poder, quando na verdade o acusado é um mero “peão do jogo político”.

Na oportunidade relembro que as testemunhas de acusação bem declararam que as pessoas perfaziam um grupo heterogêneo, e nem todos aparentavam ter os mesmos desígnios. E o segundo ponto a ser lembrado é que nem todos estavam praticando atos de depredação.

g) Testemunhas arroladas pela acusação.

Sem testemunhas arroladas pela defesa no processo.

Conclusão quanto às Provas produzidas

Concluindo em relação as provas produzidas a defesa aponta que:



- Nada consta em relação ao crime de dano supostamente praticado pelo acusado.
- Como também, do conjunto processual não foi produzida nenhuma prova contra o acusado em relação ao aspecto associativo e da estabilidade do crime de associação criminosa.
- As testemunhas bem relataram que o grupo era heterogêneo, e apresentavam motivações diversas. E não havia unidade de desígnio.
- Por fim, nenhuma menção contra o acusado em relação aos crimes dos art. 359 L/M do CP, nos documentos citados na denúncia, eis que se referem-se aos organizadores, como defendido.



**Ausência de associação
criminosa – art. 288 do CP**

1. Ausência do elemento do tipo estabilidade.
2. Ausência do elemento do tipo em relação ao cometimento de crimes.

Em relação ao crime de associação criminosa a denúncia tenta construir as seguintes ideias a seguis listadas, e ao lado de cada um dos argumentos da acusação a defesa resumidamente apresenta o contraponto, para após desenvolvê-los, vejamos:

Argumentos da acusação	Argumentos da defesa
Milhares de pessoas associaram-se, notadamente a partir de convocações e agregações por meio de redes sociais e aplicativos de mensagens, com o objetivo de praticar crimes contra o Estado Democrático de Direito	Durante a instrução, inclusive com a oitiva das testemunhas de acusação, restou provado que não havia uma pauta única, e apesar de algumas pessoas manifestarem intenções contra o Estado, outros grupos apenas pretendiam manifestar contra o aborto ou contra a política do governo.
Unindo-se à massa, o denunciado aderiu aos seus dolosos objetivos com intento de tomada do poder e destruição dos prédios.	Não constou nenhuma prova que demonstrasse qualquer intenção do acusado em tomada do poder e destruição dos prédios.
A adesão do denunciado ao grupo criminoso se deu com animus de estabilidade e permanência, pois o ataque tinha por objetivo final a instalação de	Não constou nenhuma prova que demonstrasse qualquer intenção do acusado em aderir ao grupo criminoso com animus de

<p>um regime de governo alternativo, produto da abolição do Estado Democrático de Direito. E que a ação delituosa não se esgotaria nos danos físicos causados às instalações dos prédios, mas sim de impedir de forma contínua o exercício dos Poderes Constitucionais.</p>	<p>estabilidade e permanência. A acusação, nesse ponto é baseada totalmente em suposições sobre um cenário de “futurologia” (sic).</p>
<p>A estabilidade da associação delituosa é comprovada pelo conjunto de materiais difundidos para arregimentar o grupo criminoso, os quais faziam referência aos desígnios de tomada de poder.</p>	<p>Tal estabilidade é em relação aos organizadores, e não em relação à(ao) acusado(a), que de fato não distribuía material, e nem arregimentava pessoas, e não pode responder por fato de terceiro.</p>

O crime de associação criminosa é bem definido no art. 288 do CP, de modo que associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. É uma modalidade de crime associativo, aquele em que pessoas se reúnem para a prática de outros crimes, não sendo uma mera reunião, mas sim, uma reunião inteiramente voltada para a prática de crimes.

Depreende-se, ainda conforme interativa jurisprudência de todos os tribunais, a exigência de estabilidade ou permanência da associação, não bastando uma reunião eventual/fugaz para configurar o crime.

De outro lado, ausente qualquer prova de permanência/estabilidade dos fatos da associação, o que se tem é uma mera coautoria, ou autoria colateral, como no caso, para a prática de crime.

Vejamos o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Luiz Fux, na Ação Penal 932/STF:

ACÇÃO PENAL. MAUS-TRATOS DE ANIMAIS (ART. 32 DA LEI 9.605/98) E APOLOGIA DE CRIME (ART. 287 DO CÓDIGO PENAL): PRESCRIÇÃO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL. ABSOLVIÇÃO. 1. O crime de quadrilha ou bando compõe-se dos seguintes elementos: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados (ainda que acabem não cometendo nenhum); c) estabilidade e permanência da associação criminosa. 2. A formação de quadrilha ou bando exige, para sua configuração, união estável e permanente de criminosos voltada para a prática indeterminada de vários crimes. Doutrina e jurisprudência. 3. In casu, as testemunhas de acusação apenas confirmaram a presença do réu em um evento onde se realizava rinha de galo, nada informando sobre sua possível associação com três ou mais pessoas para o fim de praticar indeterminadamente referido delito. 4. A presença das elementares típicas do crime de formação de quadrilha não restou demonstrada, à míngua de indício dos demais agentes com quem o réu se teria associado para prática de delitos, tampouco havendo indicação da existência de uma associação estável e permanente com fim de executar crimes. 5. Extinção da punibilidade dos crimes de maus-tratos de animais (art. 32 da Lei 9.605/98) e de apologia

do crime (art. 287 do Código Penal), por terem sido alcançados pela prescrição, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal. 6. Absolvição da acusação de formação de quadrilha, por não haver prova da existência do fato, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, e do parecer do Ministério Público. AP 932, 1ª Turma, Min. LUIZ FUX, Julgamento: 16/02/2016, Publicação: 23/06/2016.

No citado julgamento o STF bem destacou que “In casu, as testemunhas de acusação apenas confirmaram a presença do réu em um evento onde se realizava rinha de galo, nada informando sobre sua possível associação com três ou mais pessoas para o fim de praticar indeterminadamente referido delito”.

O mesmo ocorre em relação à acusação, eis que a denúncia quer imputar o crime de associação pelo simples fato de o acusado estar no local.

Dessa forma, quando não comprovada a permanência/estabilidade da associação criminosa, resta apenas a **autoria colateral**, não havendo que se falar na imputação do delito do art. 288 do Código Penal.

Não procede a alegação da acusação de que o acampamento apresentava uma complexa e engenhosa organização, com distribuição das tendas em setores específicos, destinadas à cozinha e despensa, a medicamentos e atendimento médico, ao fornecimento de energia por geradores. E que por isso estaria demonstrada a estabilidade e a

permanência da associação formada. Vejamos os fundamentos para negar essa afirmação:

- a) Grande parte das pessoas presas no interior dos prédios sequer passaram pelo acampamento.
- b) A estrutura não foi disponibilizada pelo acusado, e por esse fato devem responder os organizadores, e não o acusado.
- c) As pessoas acampadas tinham desígnios e objetivos diferentes, e uma pessoa não pode responder pela ação de uma parte do grupo.

A situação muito se assemelha a de um estádio de futebol, em um dia de jogo de times com conhecidas torcidas organizadas que usualmente agem de forma violenta. Bem, as pessoas que vão ao jogo sabem que tais torcidas estarão presentes, sabem que eventualmente eles atuem de forma violenta na entrada, durante ou na saída do jogo. **Contudo**, nem por isso, **só por estarem no mesmo local, partilham da mesma intenção de praticar atos violentos.**



Note-se que tanto o membro da torcida organizada, como o torcedor avulso que vai ao estádio com a família, partilham de um interesse comum de torcer pelo seu time. Contudo, não é por isso que partilham de uma comunhão de desígnios\interesses.



Do mesmo modo, nos citados grupamentos do dia 08/01, até poderia haver algum interesse em comum, como por exemplo serem contra o aborto, ou apoiarem pautas em relação ao “conservadorismo”, mas isso não significa que todos ali possuíam exatamente um interesse em comum, ou o mesmo desígnio.

Bem por isso que o tipo penal do art. 288, do CP, tem como núcleo uma associação de pessoas, e não meramente o fato das pessoas se encontrarem no mesmo local.

Ou seja, é insubsistente a acusação de associação criminosa pois claramente ausente o vínculo subjetivo entre os acusados.

Para além da ausência de vínculo subjetivo, a própria dinâmica de uma manifestação bem demonstra a ausência de estabilidade. Nesse ponto a acusação sustenta que “a estabilidade da associação seria comprovada pelo conjunto de materiais difundidos para arregimentar o grupo criminoso, os quais faziam referência aos desígnios de tomada de poder.”

Tal conjunto de documentos apresentados pela acusação não foram extraídos do celular do acusado ou de suas redes sociais, bem como não foram decorrentes da busca pessoal. Ou seja, não dizem respeito ao acusado, o qual não pode responder por fato de terceiro.

Os documentos citados, e a aludida estabilidade que a acusação pretende sustentar até poderia servir em relação aos organizadores, mas não em relação ao acusado, que de fato não distribuía material, e nem arregimentava pessoas, e não pode responder por fato de terceiro.

Indevida criação do concurso por crime multitudinário

1. A ficção jurídica do concurso de pessoas por crime multitudinário como hipótese de responsabilidade objetiva

Outro ponto que merece destaque é o argumento **que consta nas alegações finais da acusação** relativamente à uma “espécie de

concurso de pessoas por crime multitudinário”.

Primeiramente a defesa deve esclarecer a possível intenção da acusação nessa construção jurídica. Foi bem demonstrado no processo a inexistência de provas em relação ao acusado, fato também presente na maioria das ações decorrentes do INQ 4922.

Por causa disso a acusação pretende defender que todos estavam em coautoria em relação àqueles que tem provas no processo, supostamente assim não precisaria provar a ação de todos. Contudo tal pretensão não tem amparo legal.

O concurso de pessoas tem a seguinte estrutura:



Fonte: GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 26 ago. 2023..

Ao comentar o tema do crime multitudinário é bem elucidadora a orientação de Rogério Greco, que para além de afastar o concurso de pessoas nessa situação, vai criticar a posição de parte isolada da doutrina que defende o concurso de pessoas nos crimes multitudinários, vejamos:

As pessoas, nessas situações, muitas vezes não atuam querendo cooperar umas com as outras. **Agem por conta própria e estimuladas pela atuação do grupo. Não atuam, em última palavra, em concurso.**

Vale o registro da magistral passagem de Aníbal Bruno, quando descreve a multidão criminosa. Diz o mestre pernambucano:

“As multidões são agregados humanos, informes, inorgânicos, que se criam espontaneamente e espontaneamente se dissolvem, construídos e animados sempre segundo uma **psicologia particular**, que torna inaplicáveis aos seus feitos criminosos as regras comuns da participação. Quando uma multidão se toma de um desses movimentos paroxísticos, inflamada pelo ódio, pela cólera, pelo desespero, forma-se, por assim dizer, uma alma nova, que não é a simples soma das almas que a constituem, mas sobretudo do que nelas existe de subterrâneo e primário, e esse novo espírito é que entra a influir as manifestações de tão inaudita violência e crueldade, que espantarão mais tarde aqueles mesmos que dele faziam parte. Nesses momentos decisivos do destino das multidões, surgem inesperadamente seres que se podem dizer mais próximos da animalidade primitiva e tomam a dianteira, fazendo-se os arautos e inspiradores da multidão em tumulto. O homem subterrâneo, que se esconde no mais profundo do psiquismo, desperta a esse apelo, para inspirar as façanhas mais imprevistas de força e ferocidade. É uma arrancada de animais enfurecidos, levados pelos meneurs, mas esses mesmos, arrastados por esse espírito da multidão amotinada, já então difícil de dominar. Cria-se uma moral de agressão, que sufoca a habitual hierarquia de valores e subverte a vigilância da consciência ético-jurídica comum e que contamina por sugestão todos os que se encontram em presença do tumulto.”⁷⁶

A sugestão do grupo, por inibir temporariamente a capacidade do agente de refletir sobre aquilo que faz, bem como

a respeito das consequências de seu ato, fez com que o legislador, no art. 65, inciso III, e, do Código Penal, atenuasse a pena do agente quando este viesse a praticar o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Cezar Bitencourt, advogando a tese da possibilidade de se falar em concurso de pessoas nas infrações cometidas por multidão, assevera:

“Essa forma *sui generis* de concurso de pessoas pode assumir proporções consideravelmente graves, pela facilidade de manipulação de massa que, em momentos de grandes excitações, anulam ou reduzem consideravelmente a capacidade de orientar-se segundo padrões éticos, morais e sociais. A prática coletiva de delito, nessas circunstâncias, apesar de ocorrer em situação normalmente traumática, não afasta a existência de vínculos psicológicos entre os integrantes da multidão, caracterizadores do concurso de pessoas.”⁷⁷

Se adotarmos a posição de Cezar Bitencourt, aceitando a presunção desse vínculo psicológico existente entre a multidão delinvente, teremos de atribuir os fatos, na sua grandiosidade, a todos aqueles que se encontravam nessa multidão e que, de alguma forma, praticaram condutas que, à primeira vista, seriam penalmente atípicas.

Raciocinemos com o seguinte exemplo: Um caminhão de refrigerantes sofre um acidente e tomba em plena via pública. Imediatamente, uma multidão é formada e passa a saquear a carga espalhada pela rodovia. A carga era composta por 12.500 refrigerantes, e foram todos subtraídos. Alguns daqueles que também levaram a efeito o saque subtraíram apenas duas ou três latas, cujo valor total não ultrapassava a R\$ 3,00. A carga possuía o valor aproximado e hipotético de R\$ 12.500,00. Se entendermos que todos aqueles que estavam inseridos nessa multidão agiam unidos pelo liame subjetivo, caracterizador do concurso de pessoas, poderemos responsabilizá-los penalmente pelo crime de furto da carga de refrigerantes no valor total de R\$ 12.500,00. Agora, se excluirmos o vínculo psicológico, aqueles que somente subtraíram um ou dois refrigerantes poderão ser beneficiados com a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade material e, como consequência, o próprio fato típico. Sem fato típico não há

crime e, portanto, poderia aquela pessoa que praticou a subtração de bagatela ser absolvida, ao passo que se visualizarmos o liame subjetivo fatalmente seria ela condenada, independentemente do valor daquilo que efetivamente subtraiu.

No caso, também, do linchamento com resultado morte, se exigirmos a comprovação do liame subjetivo, teremos de imputar a cada agente a infração penal correspondente ao seu dolo, bem como ao resultado produzido pela sua conduta. Se queria ferir e, para tanto, desferiu um golpe com um pedaço de pau na perna daquele que estava sendo linchado, responderá somente por lesões corporais; se tinha intenção de matar, mas a sua conduta não contribuiu para o resultado morte, deverá ser responsabilizado somente pela tentativa de homicídio etc. Se viermos a presumir o vínculo psicológico entre todos aqueles que se encontravam na multidão delinquente, todos responderão pelo resultado final.

Concluindo, somos da opinião de que nos crimes multitudinários não podemos presumir o vínculo psicológico entre os agentes. Tal liame deverá ser demonstrado no caso concreto, a fim de que todos possam responder pelo resultado advindo da soma das condutas.²

A questão da ausência de um mesmo vínculo psicológico foi demonstrada durante todo o processo, e não só em relação a questão da ação multitudinária.

De fato, já no início da defesa ao apreciar a prova produzida, relembro que as testemunhas de acusação bem declararam que as pessoas perfaziam um grupo heterogêneo, e nem todos aparentavam ter os mesmos desígnios. E o segundo ponto a ser lembrado é que nem todos estavam praticando atos de depredação, ou participavam da manifestação pelo mesmo motivo.

² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 26 ago. 2023.

A questão do que se considera vínculo subjetivo nas multidões não é algo trivial, embora possa se afirmar que os crimes eventualmente cometidos nessa situação não podem ser atribuídos genericamente a todos do grupo, **pois senão teríamos responsabilidade objetiva.**

Aliás, caso fosse aceita a tese exposta pela acusação teríamos uma reviravolta em processos penais por todo Brasil. Como exemplo recente pode-se citar o caso de uma torcedora que foi morta ao ser atingida por uma garrafa durante uma briga das torcidas do Palmeiras e Flamengo nas imediações do Allianz Parque em São Paulo, SP, no dia 08/07/2023 ³.

Também em ocasião de multidão, no dia 6 de fevereiro de 2014, o repórter cinematográfico Santiago Ilídio Andrade, da TV Bandeirantes, foi morto durante um protesto ao ser atingido por um rojão disparado por manifestantes⁴.

Em comum entre esses casos é que foram cometidos em meio a um confronto em multidão. No entanto, a persecução penal foi direcionada apenas ao autor do fato, e não em relação à multidão como um todo.

E isso ocorre por um motivo muito simples, caso fosse possível presumir o vínculo psicológico entre todos aqueles que se encontravam na

³ <https://www.folhape.com.br/esportes/o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-a-morte-da-palmeirense-de-23-anos-no/279944/>

<https://www.band.uol.com.br/noticias/brasil-urgente/ultimas/preso-pela-morte-da-torcedora-gabriella-anelli-passa-pelo-1o-interrogatorio-16623061>

<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/07/30/detalhes-exclusivos-como-a-policia-chegou-ate-o-flamenguista-acusado-da-morte-de-uma-palmeirense.ghtml>

⁴ <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/06/05/junho-de-2013-10-anos-depois-familia-de-reporter-cinematografico-morto-ainda-aguarda-juri-popular.ghtml>

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/07/24/santiago-andrade-tj-suspende-juri-de-acusados-pela-morte-do-cinegrafista.htm>

multidão delinquente, todos responderiam pelo resultado final, ou seja, perante o tribunal do Juri.

Além desses exemplos muitos outros poderiam ser apresentados para indicar que a tese da acusação não ter aparo legal e nem aderência à realidade.

Artigos 359-L e 359-M do CP

1. Ausência do elemento do tipo abolir o Estado Democrático.
2. Ausência do elemento do tipo em relação ao modo de impedir ou restringir o exercício dos poderes.
3. Ausência de relevância da conduta em relação a

Os tipos penais dos artigos 359-L, e art. 359-M, foram recentemente introduzidos pela Lei nº 14.197, de 2021, com a seguinte redação:

Abolição violenta do Estado Democrático de Direito

Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Golpe de Estado

Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

Os dois tipos penais têm como meio a violência ou grave ameaça, ora para abolir o Estado Democrático de Direito, ora para depor o governo legitimamente constituído.

As normas são muito próximas, e a ação de abolir o Estado

Democrático de Direito, por certo já contém por lógica básica a ideia de depor o governo legitimamente constituído. O que encerra clara consunção, que será abordado mais ao final.

Do que surge uma primeira dúvida: Quem poderia ser o sujeito ativo do crime? Será que um grupo de pessoas poderia abolir o Estado Democrático de Direito?

A resposta não é simples, tanto que Cezar Bitencourt vai defender que o sujeito ativo desse crime só poderia ser as Forças Armadas, vejamos:

Sujeito ativo do crime de “abolição violenta do Estado Democrático de Direito”, em uma democracia consolidada como a brasileira, só pode ser, sem sombra de dúvida, as próprias Forças Armadas, embora, na atualidade, aparentemente, não apresentem qualquer sintoma possível de ter ou, no futuro vir a ter, tamanha pretensão antidemocrática, quer pela formação democrática de seus generais e respectivos comandados, quer pela consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiro. Por outro lado, a conexão mundial via Rede Internacional de Computadores — Internet — transformou o mundo em uma verdadeira “aldeia global”, como já se disse, e, certamente, as Forças Armadas Brasileiras, pela formação democrática que têm, não correriam o risco de transformar-se em ditadoras caindo no descrédito internacional, imediatamente. Seria, é bom que se diga, uma perda inestimável de tantas conquistas que as Forças Armadas brasileiras adquiriram interna e externamente ao longo das últimas décadas, aliás, inclusive, em alguns continentes, sendo, com frequência, chamadas para administrar crises de miséria associadas com ditaduras ou práticas antidemocráticas, vivenciadas por muitos pequenos países em situações caóticas, dominados pela miséria, pobreza e ímpetos antidemocráticos de seus representantes despreparados. (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. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627680/>. Acesso em: 27 ago. 2023.)

E ainda que se admita a possibilidade de alguma organização revolucionária também pudesse ter tal força, já se denota que um grupo de manifestantes, por maior ou mais organizado que seja, não teria como abolir o Estado Democrático.

E o citado autor prossegue:

Trata-se da criação de um tipo penal especial e específico com destinação certa, qual seja, as Forças Armadas brasileiras, as quais, desvirtuando-se de suas funções institucionais, como destacamos anteriormente, se mal comandadas, no caso, por subversivos ou traidores da Pátria, essa própria instituição pode, comandada e consumida pela ânsia de poder, tentar depor, de forma violenta (mediante violência ou grave ameaça), governo legitimamente constituído. Ou, dito de outra forma, criminaliza-se, neste dispositivo legal, a conduta de “tentar derrubar” um governo legitimamente eleito, pelo voto direto da população, destruindo, dessa forma, o Estado Democrático de Direito, o qual deveria ser protegido pelas próprias Forças Armadas, que é sua função institucional. Com ou sem uso efetivo de armas, mas mediante violência ou grave ameaça, a “abolição violenta do Estado Democrático de Direito” é sempre uma ruptura institucional violenta e antidemocrática, praticada por uma instituição armada destinada a protegê-lo, que se volta contra ele. Ainda que não utilize o seu armamento disponível, mas a simples ostentação bélica é mais que suficiente para criar o efeito psicológico ou físico do uso de armas contra uma população ordeira, democrática e desarmada, que acredita nessa instituição.

Bem por isso ele conclui que se trata de crime próprio, eis que “somente pode ser praticado por uma instituição pública poderosa, *in casu*, pelas Forças Armadas do país, ou por qualquer organização ou organismo revolucionário. Exige, portanto, qualidade ou condição especial, para poder

realizar a conduta descrita neste tipo penal, e, clara e legalmente, quem pode ter referida condição são as Forças Armadas, inclusive por definição e autorização constitucional” (obra citada).

Em outras palavras, o crime em questão é conectado com a história nacional e mundial, a qual bem aponta a abolição do Estado Democrático como uma tomada do poder pelas forças militares do próprio Estado, **e não por um grupo de pessoas.**

Nessa linha de argumentação impossível compreender a acusação que imputa o crime em questão ao acusado.

Uma manifestação, como aquela que ocorreu no dia 08/01/2023, apesar de sua violência ou tamanho, não teria o condão de abolir o Estado Democrático. No mesmo sentido, o acusado que foi destacado dessa multidão não pode ser acusado de tentar abolir o Estado Democrático.

Para além disso também está ausente outro elemento do tipo penal, no que diz respeito ao modo da ação, “impedindo ou restringindo o exercício dos poderes”.

É fato público e notório, e por assim dizer uma realidade processual, que a invasão aos três prédios ocorrida no dia 08/01/2023, ficou marcada pela prisão, horas depois, dos manifestantes. E que no dia seguinte os três poderes funcionaram plenamente.

Justamente nesse sentido as autoridades dos três poderes marcaram posição ao informar ao público que as instituições não foram abaladas.

Dessa forma não se pode dizer que a ação impediu ou restringiu o exercício dos poderes.

E quanto a esse ponto cabe uma importante observação. O

crime do art. 359, L, do CP, é um crime de atentado em relação a ação de abolir o Estado Democrático de Direito, e isso ocorre pelo comando do verbo “tentar”.

Contudo, em relação ao fato de impedir ou restringir o exercício dos poderes constitucionais **a situação não é de tentativa**. Note que o tipo penal nesse ponto utiliza outra estrutura ao dispor – impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

Exige-se de fato uma ação impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais, o que não ocorreu.

Ou seja, em relação ao acusado estão ausentes dois elementos do tipo penal.

E ainda em tal linha de argumentação, é importante citar ausência de relevância da conduta em relação a tentativa de abolir o Estado Democrático de Direito. Tal abordagem requer uma atenção para a adequada diferenciação dos objetos jurídicos dos crimes.

A invasão e destruição dos prédios públicos com certeza encerra gravidade em relação ao crime de dado, eis que o objeto jurídico protegido é o bem público.

Contudo, o objeto jurídico do crime de abolir o Estado Democrático de Direito é outro, e tem em conta o risco que o “Estado Democrático de Direito” sofreu **em relação à ação dos manifestantes**.

Em outras palavras, a lesividade (ofensividade) da conduta é apreciada de forma isolada em relação a cada um dos crimes. E embora relevante a ofensividade no que diz respeito aos danos patrimoniais, foi irrelevante em relação a alegação de abolir o Estado Democrático, pois não tem sentido dizer que aquele grupamento de pessoas teria condições de abolir o Estado Democrático.

De tal modo, para que a tipicidade seja de fato verificada, o bem jurídico deve sofrer ao menos um perigo de dano, nesse sentido cito:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.⁵

Note-se, a defesa não pretende argumentar que a ação para abolir o Estado Democrático de Direito seja irrelevante ou de pouca monta para o Direito, não é isso. A conduta é de fato grave. Contudo, responde por essa acusação somente àquelas pessoas com efetiva parcela de poder que

⁵ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: Parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1). [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 978655597172. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655597172/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

organizaram e tinham esse objetivo.

De outro lado, um grupamento de pessoas em uma manifestação, a maioria dos quais “motoboy, ambulantes, vendedores, donas de casa, aposentados e etc, muitos com sinais claros de terem sofrido alguma manipulação, não teriam condições de abolir o Estado. **E é a conduta dessas pessoas que pode ser qualificada como irrelevante para efeito do tipo penal em questão.**

O artigo do art. 359 – M, do CP apresenta estrutura fundamentalmente igual, diferindo em substância pelo conceito de governo legitimamente constituído no lugar do Estado Democrático de Direito.

Por isso, a rigor a argumentação em relação ao art. 359-L, do CP, aplica-se quase integralmente ao art. 359-M, no que se dispensa a repetição.

Em linhas gerais, em relação as duas acusações de violação aos art. 359, L, e 359-M, ambos do CP, conclui-se que estão ausentes os elementos do tipo, bem como, carecem de tipicidade material ante ao reduzido grau de ofensividade do acusado.

O acusado foi o instrumento da ação

1. Direito penal estruturado sob as bases do século passado.
2. Questão do livre arbítrio, a as redes sociais e a tecnologia persuasiva.
3. Pessoas em posição de autoridade defendendo o golpe.
4. Constituição de uma posição de legitimidade e autoridade defendendo a intervenção das forças armadas.
5. **Experimentos de Milgram e da Prisão de Stanford.**
6. **Responsabilidade exclusiva de pessoas e autoridades que induziram propositalmente a**

Neste tópico a proposta é demonstrar como o acusado foi colocado na condição de mero instrumento da ação de um grupo, o que foi feito por meio de um conjunto de técnicas de ciência persuasiva. E como

mero instrumento da ação de terceiro o acusado não pode ser considerado culpado, eis que presente a ausência da potencial consciência da ilicitude.

1. Direito penal estruturado sob as bases do século passado.

Direito penal é estruturado fundamentalmente sob as bases do século passado, e com isso se quer dizer que ainda se faz muito presente a noção da culpabilidade do agente como uma avaliação do livre-arbítrio.

E por esse motivo que novos apontamentos sobre coculpabilidade e responsabilidade social são afastados de pronto quando se avalia a conduta individual, apesar de “provas irrefutáveis da sociologia” demonstrarem que a ação individual foi conduzida por fatores externos ao indivíduo.

E para resolver esse dilema, da conduta individual *versus* fatores sociais, o “Direito” se protege enquanto sistema penal de repressão penal ao afirmar que se havia consciência potencial sobre a ilicitude do fato, e poderia ser exigida uma conduta diversa, **a pessoa é culpada.**

Nesse sentido é definição de culpabilidade na concepção

Muito já se discutiu sobre o fundamento da reprovabilidade da conduta daquele que praticou a infração penal. ...

A primeira, fruto da Escola Clássica, prega o livre-arbítrio, sob o argumento de que o homem é moralmente livre para fazer suas escolhas. O fundamento da responsabilidade penal está na responsabilidade moral do indivíduo, sendo que esta, ou seja, a responsabilidade moral, tem por base o livre-arbítrio.

Moniz Sodré preleciona: “Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se impõem aos delinquentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária. Só é punível quem é moralmente livre e, por conseguinte, moralmente responsável, porque só estes podem ser autores de delitos. Se o homem cometeu um crime deve ser punido porque estava em suas mãos abster-se ou se o quisesse, praticar ao invés dele um ato meritório.”¹² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 18 ago. 2023.

finalista de Welzel,⁶ partindo da definição analítica do crime com fato típico, antijurídico e culpável.



Outras visões de culpabilidade não serão abordadas, como as de Enrico Ferri, Guther Jakobs, Zaffaroni, e etc, apesar de relevantes, eis que o sistema penal brasileiro se apoia majoritariamente na visão tradicional.

Contudo, essa visão tradicional não pode ser aplicada ao caso sem reflexão, pois, a conduta do acusado é fruto de um grande processo de manipulação coletiva, que perdurou por anos nas redes sociais, com inúmeras pessoas em posição de autoridade defendendo ações golpistas e construindo uma posição **de legalidade, legitimidade e autoridade** defendendo a intervenção das forças armadas.

E tudo isso orquestrado por ação massiva do uso de **persuasão computacional**, e ao final, fazendo com que o acusado não tivesse a potencial consciência sobre a ilicitude do ato.

2. O livre arbítrio, a as redes sociais e a tecnologia persuasiva.

No imaginário popular, e mesmo no meio jurídico, o papel persuasivo das redes sociais (internet) é visto frequentemente como mero indutivo do “comportamento” inato, mas nunca como determinante do “comportamento”. O que é reflexo de uma sociedade que avalia a conduta coletiva sob a ótica do indivíduo supostamente

Aliás, já se diferencia persuasão de manipulação, a primeira como indutor da mudança de um comportamento baseado na autorreflexão lastreada em fatos e informações reais. E a manipulação centrada na ideia de mudança de comportamento tendo como base o isolamento do indivíduo do coletivo, e baseado em fatos e informações irreais.

⁶ Greco, Rogério. Curso de Direito Penal, vol I, 17ª ed. Rio de Janeiro:

livre, mesmo que essa sociedade (esse observador/pessoa) mal compreenda os limites do poder de auto decisão, além de ignorar o alcance e poder da ciência persuasiva nas ações humanas.

De fato, quando não ignorado, o papel persuasivo das redes sociais é minimizado.

Tal linha de pensamento não leva em conta fatores atuais, especialmente o poder das redes sociais em uma sociedade de massas no qual o comportamento pode ser moldado, e não somente induzido. Fenômeno que muito recentemente vem sendo chamado de tecnologia persuasiva ou computação persuasiva:

A tecnologia persuasiva é uma interseção entre a área de design e a tecnologia. Basicamente, trata-se do desenvolvimento de produtos capazes de influenciar atitudes e modificar o comportamento de seus usuários. É uma tecnologia projetada com fins de persuasão e influência social⁷.

No campo jurídico a discussão também é atual quanto aos limites da nossa vontade, em especial quando estudada em conjunto com a neurociência e psicologia, no que citaria:

De acordo com WEGNER, a experiência da vontade consciente nada mais é do que a percepção que temos de que fazemos as coisas. Essa percepção, aplicando-se a várias das coisas que fazemos, nos transmite, seguidamente, a

⁷ (JOAQUIM, Rui Mateus. Homo on-line: instruções neuropsicológicas na era das redes sociais. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2021. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2023.)

sensação de que nós conscientemente causamos nossas ações. Ocorre, segundo o autor, que essa percepção não é uma leitura correta do que ocorre na mente e no cérebro humanos enquanto nossas ações são produzidas. Em verdade, a experiência de vontade consciente surgiria a partir de processos em que a mente interpreta a si própria - e não de processos em que a mente dá causa à ação. Explicando de outra forma, a vontade consciente, conforme a teoria do professor de Harvard, constituiria uma indicação de que pensamos que causamos uma ação, e não a revelação da sequência causal por meio da qual a ação foi produzida. O argumento central dessa tese é o seguinte: como os mecanismos da tomada de decisão são altamente complexos - envolvendo uma extensiva e ainda pouco conhecida gama de sistemas cerebrais - e regem-se por uma cadeia causal oculta em nosso inconsciente, ao realizamos nossos comportamentos conscientemente buscamos uma explicação do porquê de termos agido da maneira como agimos. Nesse sentido, como as verdadeiras razões pelas quais agimos da forma como agimos não nos estão acessíveis, buscamos um modo conferir sentido à realização de nossas ações, e o fazemos atribuindo-as a nossa "vontade". A ilusão da vontade consciente, segundo o pesquisador, é produzida da mesma maneira que as demais ilusões, tais como as provocadas por mágicos e ilusionistas. Valendo-se dessa analogia, haveria a sequência causal real dos fatos - isto é, o conjunto de eventos que o mágico orchestra nos bastidores - e a sequência causal percebida dos fatos - vale dizer, o conjunto de eventos que parecem ter acontecido. A última (sequência causal percebida) é a responsável pelo truque, isto é, pela aparência de que as leis da natureza são quebradas - como quando, por exemplo, pessoas são "partidas ao meio" (e depois "reunidas", novamente) e animais e coisas surgem "do nada". A primeira (a sequência causal real), por sua vez, é geralmente mais complicada - ou inesperada - que a ilusão, mas devido ao treinamento do mágico e ao uso de equipamentos especiais (trajes com bolsos ocultos, caixas com fundos falsos etc.), passa despercebida do público.

...

Conforme se tem exposto neste trabalho, as pesquisas em neurociência - e, em especial, algumas interpretações dadas a seus resultados - têm suscitado uma série

de questionamentos no direito penal, particularmente no âmbito da culpabilidade e de suas possíveis alternativas teóricas, em grande medida por conta de a estrutura de responsabilização criminal encontrar-se fundamentada na compreensão que o homem tem de si mesmo - enquanto ser dotado de racionalidade e consciência, que toma decisões com base em sua livre vontade -, a qual confronta-se com a perspectiva de ampla parcela dos neurocientistas, em sentido oposto, de que o livre-arbítrio constitui mera percepção subjetiva ilusória (DEMETRIO CRESPO, 2013 [2], pp. XVII e XVIII). (Coelho, Thales Cavalcanti Livre-arbítrio e culpabilidade: a responsabilização penal em face das contribuições da neurociência / Thales Cavalcanti Coelho; orientador Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez - São Paulo, 2015. 232 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.).

Ou seja, a ciência tem indicado que a vontade não é esse elemento **decorrente puramente da consciência do indivíduo**, para além disso, é parte e produto de um conjunto de fatores, muitos ainda desconhecidos, mas ao que se sabe no atual estágio da arte, **a conduta pode ser moldada**.

E esse binômio entre o papel da vontade *versus* as redes sociais/computação em uma sociedade de massa informatizada, é parte da linha de pesquisa sobre **persuasão computacional**, que tem como expoente mais atual o Dr. Brian Fogg, autor o Livro *Persuasive Technology*, e um dos responsáveis pelo **Laboratório de tecnologia persuasiva da Universidade de Stanford, na Califórnia, EUA**⁸.

Até então muitos pensavam equivocadamente que a modulação do comportamento teria por base a propaganda de massa, repedita

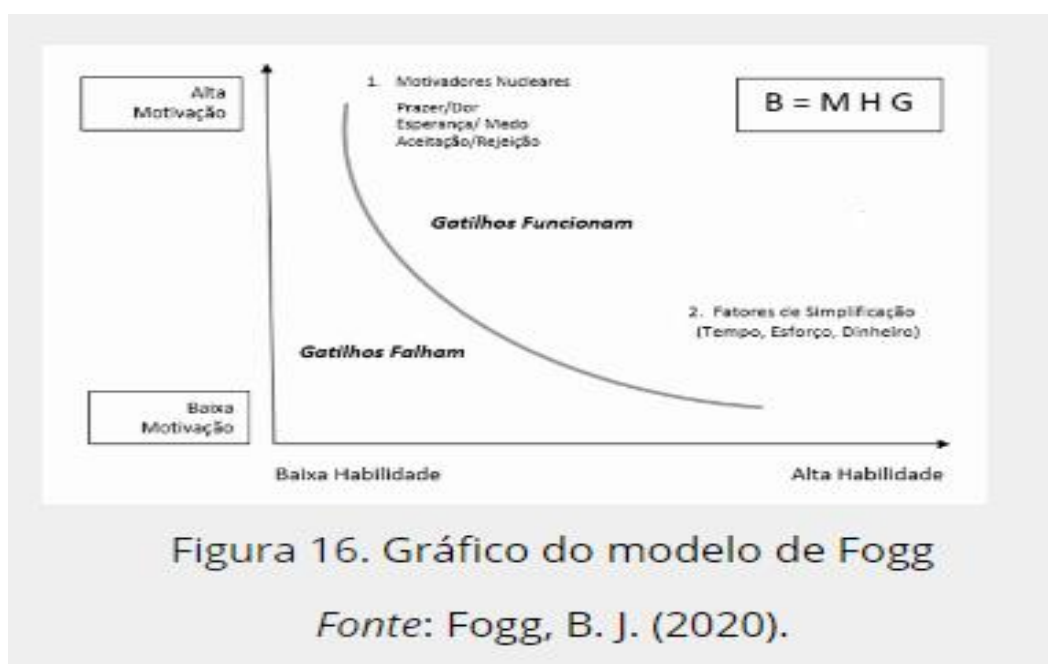
⁸ <https://behavioraldesign.stanford.edu/>

continuamente, e que o uso da internet apenas replicaria tal modelo. Aliás, foi isso que a imprensa brasileira diariamente noticiou, com o rótulo de “gabinete do ódio”, robôs do facebook, Instagram e etc.

Entretanto, tudo leva a crer que não foi isso que ocorreu. O modelo que levou o acusado a não ter a potencial consciência sobre a ilicitude da ação é muito mais complexo.

A noção de persuadir/manipular sempre foi largamente utilizada na política, **ocorre que agora tem dois elementos novos**. O primeiro deles é o **Bigdata**⁹, conhecido como grande acúmulo de dados pessoais em bancos de dados. E o outro ponto é o uso da tecnologia para seleção de pessoas/grupos, e o direcionamento de mensagens customizadas (gatilhos), de forma repetida e de baixo custo.

E um dos modelos propostos para seleção dos grupos vulneráveis é o modelo de Fogg (obra citada acima):



⁹ Big data é a área do conhecimento que estuda como tratar, analisar e obter informações a partir de conjuntos de dados muito grandes. O termo big data surgiu em 1997, e foi inicialmente utilizado para nomear conjuntos de dados não ordenados em rápido crescimento. [Wikipédia](#)

É a partir de modelos como esses que os grupos são selecionados, e as ações são desencadeadas para tentar moldar o comportamento.

Sobre o tema é bem clara a explicação de JOAQUIM, Rui Mateus, em seu livro Homo on-line: instruções neuropsicológicas na era das redes sociais, que peço licença para citar um grande trecho:

"Tecnologias persuasivas são projetadas para que possam direcionar nossas decisões de maneira muitas vezes inconsciente, e isso só é possível por causa de certas vulnerabilidades neuropsicológicas, como automatismo do sistema 1, nossa oscilação homeostática, afetiva e motivacional e nossa racionalidade limitada. Ora, se tomamos decisões muitas vezes sem dar-mo-nos conta dos reais gatilhos e motivações que as orientam, temos, de fato, livre-arbítrio[47]?No que tange à arquitetura das decisões, os nudges podem ser utilizados tanto para a manipulação e a exploração quanto para influenciar escolhas saudáveis e éticas, porém, abalam a noção de escolhas verdadeiras. Se escolhas verdadeiras não existem para o bem ou para o mal, não se pode ajudar as pessoas a conseguirem o que realmente desejam, pois o livre-arbítrio acaba por se revelar uma ilusão. Existe o argumento plausível de que as aplicações da economia comportamental e tecnologias persuasivas em instituições públicas privadas devem ser dirigidas à promoção da mudança de comportamentos nocivos para comportamentos preventivos e protetivos em diferentes âmbitos. É evidente que uma das vantagens para a implementação estratégica de aplicação desses conhecimentos em nível institucional esteja em sua propriedade não punitiva, ou restritiva, o que é uma opção à ideia de que não há outro modo de promover mudanças comportamentais, a não ser recorrendo a medidas coercitivas e de punição ou a reforçadores tardios." (Rui Mateus Joaquim, , Homo on-line: instruções neuropsicológi...)

...

"Mas e quando desenvolvedores insistem em projetar estratégias de tecnologias persuasivas com finalidades de manipulação que não necessariamente sejam do interesse dos cidadãos de um país? Seriam esses cidadãos violados no que tange a um direito à privacidade de seus dados? Tecnologias persuasivas poderiam ser classificadas como uma arma de guerra psicológica?" (Rui Mateus Joaquim, , Homo on-line: instruções neuropsicológi...)

...

"O exército brasileiro também conta com um batalhão de operações psicológicas: o 1º Batalhão de Operações Psicológicas (1º BT Op Psc), cujo lema é "Conquista corações e mentes e almas te seguirão", localizado na cidade de Goiânia (GO). O intercâmbio entre unidades de operações psicológicas norte-americanas e brasileiras tem sido frequente: em 2019, dois encontros foram publicados em sites oficiais do exército brasileiro, tendo recebido dois sargentos do exército norte-americano para intercâmbio e troca de experiências, cujo objetivo foi a permuta de conhecimentos e experiências sobre o preparo e o emprego das operações psicológicas. ... (Rui Mateus Joaquim, , Homo on-line: instruções neuropsicológi...)

...

Atualmente, o conhecimento sobre a personalidade humana não é utilizado apenas por psicólogos durante processos de avaliação psicológica, mas, sobretudo, por empresas de tecnologia, que utilizam informações de big data[39] e psicográficos (Resnick, 2018)[40], a exemplo da Cambridge Analytica[41]. O modelo Big Five de avaliação da personalidade é internacionalmente conhecido pela sigla O. C. E. A. N. – Openess (abertura), Conscientiousness (conscienciosidade), Extroversion (extroversão), Agreeableness (amabilidade) e Neuroticism (neuroticismo). Basicamente, questionários desenvolvidos com base para elaboração de perfis Big Five eram administrados on-line, na forma de uma pesquisa ou enquete, de maneira ampla e capaz de gerar dados sobre a personalidade das pessoas. A personalidade como, disse Catell, é o que permite prever como um homem potencialmente responderá em certas condições. A personalidade exerce ampla

influência sobre o comportamento, ou seja, suas escolhas, seus desejos, suas compras, seu voto. De posse dessas informações e com vistas a influenciar o comportamento de consumidores, estratégias de tecnologia persuasiva desenvolvem nudges[42] específicos para cada perfil, de modo que vídeos, memes e notícias são precisa e altamente focados de maneira individualizada, fortalecendo impressões e hábitos, cristalizando impressões de mundo e fortalecendo crenças pessoais muitas vezes irrealistas em diversos âmbitos. A avaliação da personalidade é, talvez, o elemento de maior importância para se construir o perfil psicológico de alguém.

Mensagens persuasivas tendem a ser eficazes quando personalizadas para refletir os interesses e preocupações de um público-alvo. Grande parte da literatura sobre enquadramento de mensagens enfoca as vantagens de utilizar arranjos contingenciais de ganho ou perda, dependendo do perfil dos alvos. A eficácia de um apelo persuasivo pode ser aumentada alinhando o enquadramento da mensagem com o perfil de personalidade do destinatário. Com base no modelo dos cinco grandes fatores de personalidade, os pesquisadores Hirsh, Kang e Bodenhausen (2012) elaboraram cinco diferentes anúncios para um único produto. O objetivo era testar a eficácia de apelos persuasivos e verificar se estes eram maiores se estivessem alinhados ao enquadramento de perfil de personalidade dos destinatários. Os resultados confirmaram a hipótese inicial e, numa amostra de 324 respondentes da pesquisa, os anúncios foram avaliados de maneira mais positiva quanto mais coerentes com os motivos disposicionais dos participantes (JOAQUIM, Rui Mateus. Homo on-line: instruções neuropsicológicas na era das redes sociais. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2021. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2023.)

...

Antes de explicar com mais detalhes o que é um nudge, convém contextualizar. As pesquisas na área de economia comportamental têm demonstrado de maneira consistente que nós, humanos, tomamos decisões de maneira inconsistente e influenciada por fatores de irracionalidade (Kahneman, 2011; Kahneman, Slovic, & Tversky, 1982). Esses

fatores envolvem interações sociais, ambiente e estados afetivos. A discriminação de tais propriedades e características torna possível a elaboração de arranjos e estratégias de ação, a fim de minimizá-las ou otimizá-las. Certo produto ou ferramenta, uma vez desenvolvido, pode ajudar na efetivação da mudança de comportamento, de modo positivo e sem interferência nas escolhas.

Richard Thaler[45] define um *nudge* como “qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que possua o potencial de modificar o comportamento das pessoas de forma previsível sem interferir em qualquer opção, sem práticas coercitivas e sem mudança significativa em estimulações econômicas” (Thaler & Sunstein, 2009).

...

No que tange à arquitetura das decisões, os *nudges* podem ser utilizados tanto para a manipulação e a exploração quanto para influenciar escolhas saudáveis e éticas, porém, abalam a noção de escolhas verdadeiras. Se escolhas verdadeiras não existem para o bem ou para o mal, não se pode ajudar as pessoas a conseguirem o que realmente desejam, pois o livre-arbítrio acaba por se revelar uma ilusão. Existe o argumento plausível de que as aplicações da economia comportamental e tecnologias persuasivas em instituições públicas privadas devem ser dirigidas à promoção da mudança de comportamentos nocivos para comportamentos preventivos e protetivos em diferentes âmbitos. É evidente que uma das vantagens para a implementação estratégica de aplicação desses conhecimentos em nível institucional esteja em sua propriedade não punitiva, ou restritiva, o que é uma opção à ideia de que não há outro modo de promover mudanças comportamentais, a não ser recorrendo a medidas coercitivas e de punição ou a reforçadores tardios.

...

De acordo com Roy Baumeister, Bauer e Lloyd (2010), algumas de nossas ações são mais livres que outras, e tais diferenças são fundamentais em termos de processo interno, percepção subjetiva e consequências sociais. O autor aponta, ainda, que a psicologia pode estudar a diferença entre ações mais

livres e menos livres, sem fazer compromissos metafísicos duvidosos, e isso é possível pois, em uma perspectiva da evolução humana, nosso cérebro parece ter desenvolvido uma forma relativamente nova e mais complexa de controle de ação que corresponde às noções populares de livre-arbítrio.

Nossa capacidade de autocontrole e escolha racional, ambos altamente adaptáveis, parece ter sido especialmente selecionada para funcionar na cultura. Os processos que criam essas formas de “livre-arbítrio” podem ser biologicamente caros e, portanto, são usados apenas ocasionalmente, de modo que as pessoas provavelmente permanecerão apenas incompletamente autodisciplinadas, virtuosas e racionais, o que explica nossa racionalidade frágil e limitada.

Não se quer defender, ao menos não por enquanto, que o uso dessa tecnologia possa impelir uma pessoa a cometer um homicídio. Contudo, a persuasão computacional, ainda mais quando somada a outros fatores que serão vistos adiante (uso da posição de autoridade e legitimidade), **pode perfeitamente levar uma pessoa a não ter a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, a depender do tipo de crime, como no caso, vejamos.**

E possivelmente um dos primeiros a identificar essa nova condução da população no meio político foi Giuliano Da Empoli, em seu livro “Os engenheiros do Caos”, no qual bem destaca a relação direta entre Fake News, algoritmos de redes sociais e a condução de massas, obra que citaria o seguinte fragmento para exemplificar a tese até aqui defendida: (Empoli, Giuliano. Os engenheiros do Caos¹ ed. São Paulo: Editora Vestígio, 2000, página 175)

Os algoritmos da Apple, do Facebook ou do próprio Google fazem com que cada um de nós receba informações que nos interessam. E se, como diz Zuckerberg, nos interessamos

mais por um esquilo agarrado na árvore em frente à nossa casa do que pela fome na África, o algoritmo dará um jeito de nos bombardear com as últimas notícias sobre os roedores do bairro, eliminando assim toda referência sobre o que se passa do outro lado do Mediterrâneo.

Assim, na política quântica, a versão do mundo que cada um de nós vê é literalmente invisível aos olhos de outros. O que afasta cada vez mais a possibilidade de um entendimento coletivo. Segundo a sabedoria popular, para se entender seria necessário "colocar-se no lugar do outro", mas na realidade dos algoritmos essa operação se tornou impossível. Cada um marcha dentro de sua própria bolha, no interior da qual certas vozes se fazem ouvir mais do que outras e alguns fatos existem mais do que os outros. E nós não temos nenhuma possibilidade de sair disso, e menos ainda de trocar com outra pessoa. "Nós parecemos loucos uns para os outros, diz Jaron Lanier, e é verdade. Não são nossas opiniões sobre os fatos que nos dividem, mas os fatos em si.

Na velha política newtoniana, a advertência de Daniel Patrick Moynihan, "Cada um tem direito a suas próprias opiniões, mas não a seus próprios fatos", podia ainda ter valor, mas na política quântica esse princípio não é viável. E todos mais aqueles que se estorçam para reabilitá-lo contra os Salvini e os Trump, estão destinados ao fracasso.

A política quântica é plena de paradoxos: bilionários bilionários se tornam os porta-estandartes da cólera dos desvalidos; os responsáveis por decisões públicas fazem da ignorância uma bandeira; ministros contestam os dados de sua própria administração. O direito de se contradizer e ir embora, que Baudelaire invocava para os artistas, virou, para os novos políticos, o direito de se contradizer e permanecer, sustentando tudo e seu contrário, numa sucessão de tweets e de transmissões ao vivo no Facebook que vai construindo, tijolo após tijolo, uma realidade paralela para cada um dos seguidores.

Até aqui a linha de argumentação coloca a possibilidade de persuasão/manipulação das ações humanas. Do que surge a pergunta: Como isso se deu a ponto de alterar a potencial consciência

sobre a ilicitude do fato, no sentido de o acusado não agir com culpabilidade?

A questão da consciência potencial sobre a ilicitude do fato não é de fácil definição, e em uma proposta de explicação do tema Rogério Greco vai colocar que:

A diferença fundamental entre consciência real e consciência potencial reside no fato de que, naquela, o agente deve, efetivamente, saber que a conduta que pratica é ilícita; na consciência potencial, basta a possibilidade que o agente tinha, no caso concreto, de alcançar esse conhecimento.

Segundo Sanzo Brodt, “conforme a concepção finalista da teoria do delito, à reprovação penal não é necessária a atual consciência da ilicitude; basta a possibilidade de obtê-la. Daí conceituarmos consciência da ilicitude como a capacidade de o agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento.”⁷¹ Ou, ainda, de acordo com as lições de Cezar Roberto Bitencourt:

“Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, vêm naturalmente com o ar que a gente respira

¹⁰.

¹⁰ Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v. 1.* Disponível em: Minha Biblioteca, (25th edição). Grupo GEN, 2023.

Outro conceito do tema, conforme NUCCI¹¹, “a falta de consciência potencial de ilicitude, que provoca a excludente de culpabilidade, significa que o agente não teve, no momento da prática da conduta típica, noção da ilicitude, nem teria condições de saber, em razão das circunstâncias do caso concreto. Em síntese, para se configurar o erro de proibição escusável, **torna-se indispensável que o agente não saiba, nem tenha condições de saber, que o ato praticado é ilícito, ainda que típico.**”

E NUCCI propõe os seguintes requisitos para avaliação: “a) quando o agente atua com consciência de que está fazendo algo errado; b) quando o agente não possui essa consciência, mas lhe era fácil, nas circunstâncias, obtê-la; c) quando o agente não tem consciência do ilícito, porque, de propósito, **não se informou**; d) quando não possui essa consciência, **não se informando quando deveria tê-lo feito**, tendo em vista tratar-se de atividade regulamentada em lei. “

Ao que se percebe, um dos temas centrais para avaliação da potencial consciência da ilicitude **é o aspecto informacional**. E não por acaso, **foi justamente esse o ponto que foi mais atingido pelo processo de manipulação.**

Aliás, não se trata apenas de informações falsas recebidas por meios das redes sociais, pois se fosse somente isso restaria à pessoa a obrigação de buscar a informação correta. Pois, para muito além de informações enganosas por meio de redes sociais, ocorreram ainda inúmeros comícios e passeatas no mesmo sentido.

¹¹ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>. Acesso em: 20 ago. 2023

E o mais grave, e justamente o ponto de mutação para que o acusado não tivesse como compreender o caráter ilícito, e nem de buscar outra informação, é que o próprio Estado, de forma massiva, repetia ou “curtia em redes sociais”, por meio de agentes públicos, as informações que eram difundidas em redes sociais.

E como elemento importante de todo esse bombardeio de informações, mudou-se a legitimidade da origem das informações, pois até então os agentes públicos que se manifestavam por meio de veículos oficiais de comunicação, passaram a se comunicar quase que exclusivamente por meio de redes sociais. **No que gerou em parte da população um sentimento de credibilidade em tais fontes.**

Uma vez construído esse cenário, faltavam mais duas importantes peças, muito úteis na psicologia, a posição de autoridade e a força no convencimento.

3. Pessoas em posição de autoridade defendendo a ação, além da construção de uma posição de legitimidade e autoridade defendendo a intervenção das forças armadas.

O papel da autoridade é muito estudado na sociologia e psicologia ante o seu impacto nas ações humanas, e justamente por esse motivo é objeto de atenção jurídica, especialmente no campo penal ao prever uma forma de “afastamento do dolo” no art. 22, do CP, se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

O Direito Penal não reconhece o papel da autoridade fora de uma estrutura estatal, bem por isso, afasta-se a alegação de ordem não manifestamente ilegal nas relações familiares.

Independentemente disso a figura de uma posição de “autoridade” é marcante em nossa sociedade, e tanto mais assim quanto mais for de estrutura patriarcal a sociedade.

Nesse sentido foi bem explorado o papel da autoridade, ou para alguns o conceito de liderança ou dominação carismática, na **desconstrução** da ideia de que ‘a tomada de poder’ é ilegal.

Para isso, políticos das três esferas, juristas de renome, religiosos, oficiais das forças armadas e empresários passaram a repetir que a Constituição, em seu art. 142, a autoriza as Forças Armadas a moderar os conflitos entre os poderes.

E o apoio a essa ideia foi dada em inúmeros palanques, e postagens na internet, e a partir daí foi construída a ideia do “eu autorizo”.

Muito embora flagrantemente inconstitucional a proposição, é fato que inúmeras pessoas com relevante posição de autoridade social, e por assim dizem em posição de “legitimidade” **perante a sociedade, perpassaram a noção que a possibilidade de intervenção ou não das Forças Armadas era uma questão de mera dúvida jurídica.**

Esse é o ponto que faltava para impulsionar a ação de muitas pessoas. Pois, quase a totalidade dos acusados não tem antecedentes, e não pretendiam cometer qualquer ilegalidade.

Em verdade, ou melhor dizendo em época de “pós-verdade”, o ilícito foi transformado em dúvida jurídica, e assim a conduta foi perpetrada sem a potencial consciência da ilicitude.

4. O papel da autoridade e o Experimento de Milgram

O Direito Penal enquanto ciência jurídica pretende regular a vida em sociedade. Contudo, aquele que lida no foro criminal há algum tempo nota que o Direito Penal tem uma clara inclinação e vocação para a avaliação da ação isolada do indivíduo.

E quando se diz vocação não se quer negar que em alguma medida o Direito Penal considere o contexto da conduta, como no caso do fato cometido sob coação irresistível, em estrita obediência a ordem (art. 22, CP), estado de necessidade, legítima defesa (art. 23), ou ainda a atenuante por motivo de relevante valor social ou moral.

Contudo, ainda assim é uma apreciação da ação do indivíduo no contexto que ele está inserido, e não propriamente do contexto em si, salvo no exemplo mais claro no crime de rixa (art. 137, CP), que ainda assim regulamente ocorre em um contexto reduzido.

Ciente dessa deficiência, em alguma medida o Direito Penal vem tentando alcançar o fato do crime cometido em multidão, e o exemplo mais claro pode ser o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.641/2003), que para além de meramente reprimir a ação isolada do indivíduo, passa a identificar o problema não como uma ação isolada, mas como um fato social de múltiplas causas, e bem por isso também força a repressão aos dirigentes.

Pois bem, a marca do crime multitudinário, se bem que ainda não é consenso, poderia **anular ou reduzir em algum grau a capacidade de orientar-se segundo padrões éticos, morais e sociais.**

Em tal linha de argumentação, não seria forçado defender que a legislação penal não apresenta mecanismos para avaliar o contexto do crime multitudinário, mas apenas o crime como ação individual do “acusado” nesse contexto. *Com essa visão simplesmente se ignora a força da idealização, comando e liderança em tais ações na colocação de uma pessoa como instrumento do crime.*

Em tal linha de argumentação, se no crime classicamente cometido em multidão poderíamos identificar um fator para redução da culpa (lato sensu). Para o presente caso, tal construção seria insuficiente apesar da ação em multidão, pois, a idealização e direção foi feita por pessoas alheias a conduta em concreto, mas com expressiva autoridade “moral /social” sobre o grupo.

Como agora, muito se debateu sobre as ações de pessoas sem história de violência que acabaram por colaborar de alguma forma com o governo alemão nos idos de 1945. E possivelmente o último julgamento foi o da Sra. Irmgard Furchner, que na época com 18 anos, trabalhou por um ano como estenógrafa e datilógrafa no campo de Stutthof, na Polônia, e foi considerada culpada pelo envolvimento em 10.505 mortes de 1943 até 1945, condenada em 2022 a pena de 2 anos.

Observação: A comparação é de fato desproporcional, mas será útil para demonstrar como uma pessoa pode reagir em uma situação de condução persuasiva.

Casos como esses chamam a atenção não só da comunidade jurídica, mas também da psicologia na intenção de compreender o processo volitivo das pessoas nesse contexto, e os reflexos no Direito Penal.

Bem por isso, em 1963, o cientista Stanley Milgram publicou os resultados de seu experimento no qual objetivava responder como

pessoas em contexto de observação tendem à obedecer às autoridades, apesar do comando, ordem ou sugestão contradigam valores e o histórico de comportamento individual. Para o experimento a autoridade era exercida por um suposto professor na condição de chefe do laboratório de pesquisa.

A pretensão era explicar os crimes de guerra no contexto da Alemanha da 2ª Guerra Mundial. Em 1964, Milgram recebeu por este trabalho o prêmio anual em psicologia social, atribuído pela American Association for the Advancement of Science[2]. Os resultados da experiência foram apresentados no artigo Behavioral Study of Obedience no Journal of Abnormal and Social Psychology (Vol. 67, 1963 Pág. 371-378) e, posteriormente, no seu livro Obedience to Authority: An Experimental View 1974.

O experimento foi realizado em um laboratório da Universidade de Yale e contou com a participação de voluntários que foram informados de que estavam participando de um estudo sobre aprendizagem e memória. Os voluntários foram instruídos a aplicar choques elétricos em um “aprendiz” sempre que ele errasse uma resposta. O “aprendiz” era, na verdade, um ator que não recebia choques elétricos reais, mas simulava dor e sofrimento sempre que os choques eram aplicados.

Os voluntários foram informados de que os choques elétricos começariam com uma intensidade baixa e aumentariam gradualmente a cada erro cometido pelo “aprendiz”. Na realidade, os voluntários não estavam aplicando choques elétricos reais, mas o ator simulava dor e sofrimento sempre que os choques eram aplicados. O objetivo do experimento era testar até onde os voluntários estariam dispostos a ir na aplicação dos choques elétricos.

Os resultados do experimento foram surpreendentes. A maioria dos voluntários continuou a aplicar choques elétricos mesmo quando o “aprendiz” gritava de dor e pedia para parar. Alguns voluntários chegaram a aplicar choques elétricos com intensidade máxima, mesmo quando o “aprendiz” parecia estar inconsciente ou morto.

Em linhas gerais, a conclusão é que em determinado contexto, e quando inseridas em meio social sob alguém que julgam **com alguma autoridade**, as pessoas em sua maioria tendem a seguir a ordem mesmo que o resultado contradiga valores e o histórico de comportamento individual.

A seu ponto, curioso notar que muitas das pessoas presas no QG do Exército em Brasília, no Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal ou Palácio do Planalto, **relataram nas audiências de custódia, quase que invariavelmente, o apoio das forças armadas e de religiosos à ação deles no dia da manifestação, muito embora isso não fosse real.**

Outro experimento muito vinculado à realidade dos movimentos golpistas, parecido com o anterior, mas com o ponto de adicionar à pesquisa não a ação isolada do indivíduo, mas do grupo que seria colocado como coeso no experimento. O **Experimento da Prisão de Stanford** tinha um objetivo de investigar o comportamento humano em uma sociedade na qual os indivíduos são definidos apenas pelo grupo, e quando direcionados, constituindo um pequeno grupo, tendem a perder a sua identidade pessoal, consciência e senso de responsabilidade, alimentando o surgimento de impulsos anti-sociais.

Nenhum desses trabalhos são novos, e no campo jurídico tais ideias muitas vezes são colhidas como retórica argumentativa, e quando

muito servem como atenuantes, pois o Direito Penal continua na sua vocação de olhar o fato da pessoa e puni-lo, o que para alguns teria apoio nas posições muito bem construídas de Hannah Arendt.

Para além disso, e que muda consideravelmente o contexto, é que o papel da autoridade (e na psicologia não é a mera relação hierárquica decorrente de uma relação de Direito Público, como consta no Código Penal), foi combinado com um conjunto de ações, a saber: a) persuasão computacional, e o poder que as redes sociais vão exercer em tal sociedade; b) desconstrução das fontes formais de comunicação pública, com ataque à imprensa, aos órgãos públicos, e autoridades que passaram a comunicar-se publicamente quase que exclusivamente por meio de Redes Sociais, legitimando assim essa fonte de informação; c) criação de um forte sentimento de polarização contribuindo para o isolamento e segmentação da informação, por isso a informação correta não circulava em certos grupos; d) divulgação de uma suposta linha jurídica de que a Constituição permitiria a mediação das Forças Armadas.

Ou seja, foi um processo amplo que atingiu o aspecto **informacional** sobre os deveres em sociedade. E é esse justamente o ponto central para verificar que o acusado não possuía a potencial consciência da ilicitude.



E o aspecto **informacional** sobre os deveres em sociedade é requisito relevante sobre a compreensão dos valores de Estado Democrático de Direito, e de governo legitimamente eleito, pontos nucleares dos artigos 359- L, e 359-M, ambos do CP.

É sobre esse contexto que o acusado não possuía a potencial consciência da ilicitude em relação aos citados artigos do código penal.



Essa longa argumentação, apesar necessária, tem por finalidade não renegar a gravidade dos fatos, mas defender que por eles devem responder os organizadores, e não o acusado.

Inaplicabilidade das regras do concurso material

1 . Absorção do art. 359-L, pelo art. 359 -M, do CP.

2. Inaplicabilidade do concurso material entre os crimes do art. 163, do CP, em relação ao artigo 62, I, da Lei nº 9.605/1998

Os dois tipos penais dos artigos 359-L, e 359-M, do CP, têm como meio a violência ou grave ameaça, ora para abolir o Estado Democrático de Direito, ora para depor o governo legitimamente constituído:

Abolição violenta do Estado Democrático de Direito

Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Golpe de Estado

Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

A ação descrita em uma norma está contida na outra. Note que a ação de abolir o Estado Democrático de Direito, por certo já contém por lógica básica a ideia de depor o governo legitimamente constituído, que necessariamente é parte do Estado Democrático de Direito. O que encerra clara consunção.

Para exemplificar citaria Fabretti, Humberto, B. e Gianpaolo Poggio Smanio:

O princípio da consunção, segundo Edgard Magalhães Noronha, ocorre quando o fato previsto por uma norma está compreendido em outra de âmbito maior e, portanto, só esta se aplica (...) Na consunção, o crime consuntivo é como que o vértice da montanha que se alcança, passando pela encosta do crime consumido.⁹⁴

Nelson Hungria, ao comentar o referido princípio, faz as seguintes afirmativas: “(...) uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta (...)” e, ainda, “o crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada na efetuação do malefício (...)”.⁹⁵

Por sua vez, Heleno Fragoso aponta que “há consunção quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime”.⁹⁶

Vale, então, a lição de Stevenson:

Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas do delito previsto em outra, exclui, por absorção, a aplicabilidade desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático.⁹⁷

Conforme o exposto são as seguintes as hipóteses de aplicação da consunção:

1. Quando houver a relação de crime-meio para crime-fim, por exemplo, na falsidade de documento público ou particular para a prática de estelionato. O crime de estelionato (art. 171 do CP) vai absorver o crime de falsidade de documento público (art. 297 do CP) ou de falsidade de documento particular (art. 298 do CP). Neste sentido, a Súm. 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.(FABRETTI, Humberto B.; SMANIO, Gianpaolo P. Direito Penal - Parte Geral. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597020465. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020465/>. Acesso em: 30 ago. 2023.)

Por isso inaplicável o concurso material, de modo que o acusado somente pode responder pelo crime fim, mais abrangente.

O mesmo ocorre em relação a acusação dos crimes dispostos nos artigos 163, parágrafo único, I, II, III e IV, do CP, e artigo 62, I, da Lei nº 9.605/1998.

Os artigos citados têm as seguintes redações:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

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:

Aqui também o núcleo é a ação de destruir, contudo em uma relação especialidade.

E nos termos da descrição contida na peça de acusação, o crime teria sido cometido em um mesmo contexto de modo, tempo e lugar, e com uma ação **a atingir vários bens patrimoniais do mesmo ente** (patrimônio da mesma vítima, o Estado).

Note que foi citada a destruição de bem especialmente protegido, como por exemplo, um dos presentes que estava em exposição em uma vitrine no Congresso Nacional. A vitrine foi quebrada, e isso já é crime de dano, e o conteúdo foi destruído, o bem protegido. Em tal situação o acusado responde somente por um dos crimes, **e não em** concurso material do art. 163, do CP, c/c 62, I, da Lei nº 9.605/1998.

Conclusão

De tal modo, a Defensoria Pública da União vem requerer, em ordem de subsidiariedade:

- a) O reconhecimento da incompetência do Supremo Tribunal Federal,
- b) A absolvição por ausência de tipicidade, nos termos do art. 386, III, do CPP, para a acusação dos artigos 288, 359-M, 359-L, todos do CP ,
- c) A absolvição por ausência de prova, nos termos do art. 386, IV, VII, do CPP, para a acusação dos artigos 163, 288, 359-M, 359-L, todos do CP, e art. 62, I, da Lei nº 9.605/1998,
- d) O reconhecimento da isenção de pena por ausência da potencial consciência da ilicitude, nos termos do art. 386, VI, do CPP, em relação a acusação dos artigos 288, 359-M, 359-L, todos do CP ,

- e) Consunção do art. 359-M, pelo art. 359-L, do CP, e o a inaplicabilidade do concurso material entre os crimes do art. 163, do CP, em relação ao artigo 62, I, da Lei nº 9.605/1998,
- f) A pena no mínimo diante das circunstâncias judiciais favoráveis, a aplicação do art. 65, II, III, “c” e “e”, todos do CP.

Brasília, DF, 29 de agosto de 2023.

(assinatura eletrônica)

José Carvalho do Nascimento Junior
Subdefensor Público-Geral Federal

