VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES : Cuida-se de referendo de decisão, proferida em 08/01/2023, por meio da qual o Relator determinou a imposição de medida cautelar diversa da prisão consistente na suspensão do exercício da função pública (art. 319, VI, do CPP), afastando do cargo o Governador do Estado do Distrito Federal, IBANEIS ROCHA, pelo prazo inicial de 90 (noventa) dias.

Por força da mesma decisão foram determinadas, ainda, as seguintes medidas: (i) a DESOCUPAÇÃO e DISSOLUÇÃO, em 24 horas, dos acampamentos realizados nas imediações dos Quartéis Gerais e outras unidades militares, com apoio das Polícias Militares dos Estados e DF, com apoio da Força Nacional e Polícia Federal se necessário; (ii) a DESOCUPAÇÃO, em 24 (vinte e quatro) horas, de todas as vias públicas e prédios públicos estaduais e federais em todo o território nacional, bem como a PRISÃO EM FLAGRANTE de seus participantes pela prática dos crimes previstos nos artigos 2^a, 3^o, 5^o e 6^o (atos terroristas, inclusive preparatórios) da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 e nos artigos 288 (associação criminosa), 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) e 359-M (golpe de Estado), 147 (ameaça), 147-A, § 1^o, III (perseguição), 286 (incitação ao crime); (iii) a APREENSÃO e BLOQUEIO de todos os ônibus identificados pela Polícia Federal, que trouxeram manifestantes para o Distrito Federal, com a identificação dos proprietários e apresentação da relação e identificação de todos os passageiros, dos contratantes do transporte, meios de pagamento e quaisquer outras informações pertinentes; (iv) a PROIBIÇÃO IMEDIATA, até o dia 31 de janeiro, de ingresso de quaisquer ônibus e caminhões com manifestantes no Distrito Federal; (v) a EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO às empresas Facebook, Tik Tok e Twitter, para que, no prazo de 2 (duas) horas, procedam ao bloqueio dos canais/perfis/contas discriminados na mesma decisão, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com o fornecimento de seus dados cadastrais a esta SUPREMA CORTE e a integral preservação de seu conteúdo.

As medidas acima foram determinadas em virtude de requerimento da UNIÃO, por meio da AGU, em que se sustenta a prática de “atos terroristas contra a Democracia e as Instituições Brasileiras.”

O Senador RANDOLFE RODRIGUES apresentou, por sua vez, requerimentos, objetivando, em síntese: (i) a prorrogação do inquérito dos atos antidemocráticos a partir dos acontecimentos ocorridos no dia 08/01/2023; (ii) o afastamento do Sr. Anderson Torres da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal ou o impedimento de sua posse, caso ainda não tenha sido efetuada; (iii) a inclusão do Governador do Distrito Federal, Sr. Ibaneis Rocha, e do Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, Sr. Anderson Torres, como investigados no inquérito dos atos antidemocráticos; (iv) a determinação da imediata dissolução dos acampamentos no Distrito Federal e em outras localidades; (v) a intimação da Procuradoria-Geral da República para apresentar pedido de intervenção federal na segurança pública do Distrito Federal, com fulcro nos artigos 34, VII, e 36, III, da Constituição Federal; e (vi) a determinação de todas as medidas cautelares, inclusive a prisão, contra os participantes e financiadores dos atos ocorridos no dia 08/01/2023, bem como das autoridades públicas responsáveis, com a competente intimação da Advocacia-Geral da União para que promova todas as ações de reparação pelos danos ao patrimônio público na data de hoje.

O Diretor-Geral da Polícia Federal, DELEGADO FEDERAL ANDREI AUGUSTO PASSOS RODRIGUES, por meio do ofício 8/2023, requereu providências em relação a 14 (quatorze) perfis que, em síntese, continuariam a estimular a prática de atos violentos e antidemocráticos.

A Assessoria de combate à desinformação do TSE encaminhou relatório apontando outros 3 (três) perfis que insistem na prática delituosa contra a Democracia e o Estado de Direito.

A decisão proferida pelo Relator se encontra submetida a referendo em Plenário Virtual desta Corte.

É, em apertada síntese, o relatório. Adoto, no mais, o relatório apresentado pelo ministro Alexandre de Moraes.

Inicialmente, registro meu total e veemente repúdio aos atos de vandalismo, desrespeito e afronta aos poderes constituídos protagonizados por inúmeros participantes do movimento ocorrido na Praça dos Três Poderes no dia 08/01/2023.

No entanto, pedindo sempre as mais respeitadas vênias, entendo que não há como serem mantidas, na íntegra, as medidas determinadas na decisão ora submetida a referendo, consoante fundamentação que passo a apresentar a seguir, a fim de demonstrar minha divergência parcial em relação ao voto apresentado pelo Relator.

(i) Incompetência desta Suprema Corte para processar investigação envolvendo supostos ilícitos criminais atribuídos a Governador do Distrito Federal.

O Regimento Interno desta Corte, em seu artigo 43, dispõe, que “Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.”

Saliento que o Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal foi editado no exercício de competência legiferante para edição de normas primárias de direito processual, concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, conforme previsão contida na ordem constitucional em vigor à época de sua edição (art. 119, § 3º, c, da CF/1969), tendo sido recepcionado, formalmente, pela Constituição de 1988 com o *status* de lei ordinária.

Nesse sentido, vale mencionar os seguintes precedentes da jurisprudência firme e remansosa desta Corte: ARE 1047578 ED-AgR-EDEDv-AgR, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2018, DJe de 14/12/2018; STA 10-AgR, Rel. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 4/3/2004, DJ de 2/4/2004; Rcl 377 EI-AgR, Rel. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 2/9/1994, DJ de 27/10/1994; AI 148475 AgR, Rel. Octávio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 2/3/1993, DJ de 30/4/1993.

Destaco, entre os precedentes acima citados, o do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, firmado por ocasião do julgamento do ARE 1047578 ED-AgRED-EDv-AgR, relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – MATÉRIA PENAL – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, “c”) – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA QUESTÃO SUSCITADA NO APELO EXTREMO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, mencionar as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. – Não se mostram suscetíveis de conhecimento os embargos de divergência nos casos em que aquele que deles se utiliza descumpra a determinação contida no art. 331 do RISTF, que, mais do que o confronto analítico, exige que haja, entre os acórdãos confrontados, o necessário vínculo de pertinência temática, em ordem a permitir a constatação de efetiva existência de dissídio interpretativo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena

legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). – A inadmissibilidade dos embargos de divergência evidencia-se quando o acórdão impugnado sequer aprecia o mérito da questão suscitada no recurso extraordinário. (ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2018)

Por outro lado, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso I, alínea “a”, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, “ **nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal** , e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.”

Embora esta Corte tenha reconhecido a instauração – de ofício – de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 572) e a constitucionalidade das investigações conduzidas no âmbito do Inquérito 4879, fazendo-o com base, essencialmente, no art. 43 do RISTF, tal dispositivo – por ostentar o *status* de lei ordinária - **cede passo** , por força de hierarquia normativa, diante da regra de competência cogente prevista no art. 105, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal.

Portanto, é concebível, à luz do art. 43 do RISTF, a instauração de inquérito por esta Corte para apuração de infração à lei penal ocorrida na sede ou dependência do Tribunal. Todavia, tal regra não prevalece diante do disposto no art. 105, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal.

Vale ressaltar que este Supremo Tribunal Federal vem firmando a compreensão no sentido de que **na hipótese em que não haja menção à autoridade detentora de foro por prerrogativa de função** , a declinação de competência deve se dar em favor da autoridade judiciária perante a qual tramitam procedimentos que guardam aparente conexão com os fatos narrados, nos termos do art. 79, *caput* , do Código de Processo Penal (Pet 6780 AgR-Quarto – DF).

De tal sorte que, **mesmo se reconhecida a eventual conexão dos fatos atribuídos ao Governador do Distrito Federal, Secretário de Segurança e Agente da Polícia Militar, com os fatos investigados no âmbito do Inq. 4789**, há que se conferir prevalência à regra constitucional que define a competência de foro por prerrogativa de função e atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar os Governadores dos Estados e do Distrito Federal nos crimes comuns.

Vale salientar que a imprensa noticiou que a Procuradoria Geral da República requereu ao Superior Tribunal de Justiça (juízo natural) investigação sobre o Governador do Distrito Federal afastado por força da decisão submetida a referendo. Assim, sob a supervisão do Superior Tribunal de Justiça, as investigações criminais em face do Governador deveriam ser conduzidas pelo Ministério Público Federal, em consonância com o princípio acusatório, e tramitar perante aquela Alta Corte, sob pena de nulidade das medidas.

Nessa perspectiva, a regra do art. 43 do RISTF deverá ser lida, sistematicamente, *permissa venia*, com o disposto no art. 105, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal de 1988, impondo-se, assim, o reconhecimento da **incompetência absoluta** desta Suprema Corte para processar investigações envolvendo o Governador do Distrito Federal, bem assim o Secretário de Segurança e o agentes da Polícia Militar da mesma unidade federativa, haja vista a possibilidade da existência de conexão com as investigações que poderão ser processadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

E, em face da incompetência absoluta deste Supremo para processar investigação envolvendo o Governador do Estado do Distrito Federal, concluo pela nulidade e insubsistência, *data venia*, da medida cautelar de afastamento da função pública imposta a IBANEIS ROCHA.

(ii) Afastamento do cargo público

Caso superada a incompetência desta Suprema Corte para processar a investigação e eventual ação penal envolvendo o Governador do Distrito Federal, analiso, desde logo, o cumprimento dos requisitos para a imposição da medida de afastamento da função pública.

Nos termos do art. 282: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se:

I – **necessidade** para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

Em análise do artigo 282, do Código de Processo Penal, EUGÊNIO PACELLI (in Curso de Processo Penal, 20^a ed., Atlas, 2016, pp. 503/506), assim leciona a propósito dos requisitos para a concessão das medidas cautelares:

“O que ressalta dos aludidos textos é que toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida, a serem aferidas a partir de:

a) garantia da aplicação da lei penal;

b) conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Note-se que, tanto para as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP), quanto para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), estão presentes as mesmas exigências, quanto ao juízo de necessidade da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal).

E não só isso: a referência feita à adequação da providência (art. 282, II, CPP), tendo em vista a gravidade e demais circunstâncias do fato, bem como as condições do indiciado (na investigação), ou, do acusado (no processo), vem a ser, na realidade, a verdadeira pedra de toque do novo sistema de cautelares.

(...)

Necessidade e adequação, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal.

E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da proporcionalidade.

(...) o postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber:

a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o interprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessiva e desbordantes da necessidade de regulação;

b) na segunda, presta-se a permitir um **juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada** em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Por isso, e quanto a esta última função, ROBERT ALEXY, dentre outros, se refere aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva divergência de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto (Direito e razão prática. Colonia de Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofia do Direito e Política, 2002)."

Nos termos do art. 319, VI, do Código de Processo Penal:

"Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

(...)

VI – **suspensão do exercício de função pública** ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

(...)" (realcei)

Segundo GUILHERME SOUZA NUCCI (in Código de Processo Penal Comentado, 20^a ed. - Forense – p. 728) as medidas cautelares alternativas referem-se ao:

"(...) cerne da reforma processual introduzida pela Lei 12.403 /2011, buscando evitar os males da segregação provisória, por meio do encarceramento de acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas ínfimas. Porém, como já mencionamos nas notas ao art. 282, não se cuida de medida automática, a ser padronizada e aplicada aos réus em geral. Elas

dependem dos requisitos de **necessariedade** e **adequabilidade** . Além disso, se não forem cumpridas, pode o magistrado decretar a prisão preventiva como *ultima ratio* . A mudança, em princípio, é bem-vinda, restando ao Estado implementá-la na prática.”

Como se pode observar, para a aplicação da medida cautelar de afastamento de função pública imposta ao Governador do Distrito Federal IBANEIS ROCHA, é imprescindível, além da existência de indícios consistentes de sua participação nos crimes a ele atribuídos, a análise da necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) da medida no presente caso concreto.

E, na espécie, pedindo as mais respeitosas vênias ao Relator e aos que pensam de forma diferente, não vislumbrei nos elementos de prova colhidos nessa etapa embrionária das investigações, sem que tivesse havido a análise desses elementos pelo Ministério Público, a existência de indícios razoáveis a caracterizar o “ *fumus comissi delicti* ” em relação ao Governador do Distrito Federal, consistente em sua **participação dolosa** por omissão (suposta conivência) nos crimes a que se refere a decisão submetida a referendo nesta Corte [crimes de responsabilidade previstos nos artigos 101, I, II e IV e 101-A, I, II e IV, da Lei Orgânica do Distrito Federal; crimes comuns previstos nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º da Lei 13.260 /2016, artigo 288 (associação criminosa), artigo 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) e 359-M (golpe de Estado), 147 (ameaça), 147-A, §1º, III (perseguição), 286 (incitação ao crime) e artigo 163, III (dano ao patrimônio público), todos do Código Penal].

Os tipos penais previstos na Lei 13.260/2016 e nos dispositivos acima referidos do Código Penal exigem, necessariamente, a presença do dolo, isto é, a vontade livre e consciente de produzir o resultado, não se podendo afirmar, no presente momento processual, que teria o Governador Ibaneis Rocha concorrido, **de forma consciente e voluntária, mediante omissão dolosa (omissão imprópria)**, para a prática dos crimes a serem investigados.

A negligência, ainda que grave, não é suficiente para a configuração do elemento subjetivo dos tipos penais em análise.

A propósito, esta Corte, no julgamento do ARE 843989, Rel. Min. Alexandre de Moraes, fixou a tese de que “a norma benéfica da Lei 14.230

/2021 revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes”.

Ora, se nem mesmo o ato de improbidade pode assumir a modalidade culposa, por maior de razão não se pode cogitar de delito culposo contra o estado de direito sem previsão legal em tipo específico. Então, com a devida vênia, a demonstração do dolo deve ser clara e segura, não podendo ser construída, *data venia*, para a adoção de medidas cautelares penais de grande impacto, a partir de inferências extraídas de provas indiretas.

E, especificamente no que concerne ao crime de terrorismo, cumpre salientar, ainda, que a ocorrência de atos políticos qualificados como “antidemocráticos” não constam como motivação prevista nos estritos termos da Lei nº 13.260/2016, que expressamente prevê que os delitos sejam cometidos a título de dolo e “por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião”.

Por outro lado, como se pode verificar, a princípio, dos documentos encaminhados a este gabinete por meio de Memorial apresentado pelo Governador do Distrito Federal, há elementos que apontam para a adoção de providências, tanto no sentido da tentativa de retirada do acampamento em frente ao QG do Exército, quanto para a fiscalização e policiamento da chegada dos ônibus e locomoção dos manifestantes.

Vale mencionar, a propósito, os relatórios e ofícios expedidos aos órgãos responsáveis pela fiscalização – SOPI (Cel. Cintra), CEATE/SOPI (TC Rosivan), CIOB/SOPI (Del. Michelan), PMDF/DOP (Cel Cassimiro e Maj Leonardo), PCDF (Del. Paulo Henrique), CBMDF (TC Rangel), DETRAN-DF (Ag. Souto), DF LEGAL (Wilson Edson), SENADO FEDERAL (Gabriel Dias e Wesley Correa – Chefe da Intel e Assistente de Chefia), CÂMARA DOS DEPUTADOS (Lívio), STF (Hipólito Cardoso – Coordenador de Segurança), MRE (Igor Alves – Chefe de Segurança), PRF (Ediney Souza – Chefe SEOP), DER (Ribeiro Sinomar – Superintendente de trânsito).

Entre os documentos apresentados, cabe mencionar, ainda, uma ATA NOTARIAL registrada no Cartório JK, em que consta a degravação das

mensagens do WhatsApp relativas a diálogo mantido entre o Governador do Distrito Federal e o Sr. Secretário interino de Segurança Pública, Dr. Fernando de Sousa Oliveira, nas quais consta que, até às 15:39hs do dia 08/01/2023, nenhuma ocorrência havia sido registrada, quando, então, os fatos saíram do controle com alguns dos manifestantes. Em relação a esse episódio, constam as mensagens do Excelentíssimo Governador do Distrito Federal:

“ 05) 08/01/2023 15:39 – IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR: Coloca tudo na rua; 06) 08/01/2023 15:39 – IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR: Tira esses vagabundos do congresso e prenda o máximo possível”.

Assim, não se pode concluir, com a devida *venia*, na atual quadra de apuração dos fatos, pela ocorrência de **omissão dolosa** preordenada à consumação dos crimes atribuídos ao Governador do Distrito Federal e às demais autoridades, quais sejam, o Comandante da Polícia Militar e o então Secretário titular da Segurança Pública, que se encontrava em gozo de férias regulamentares.

Consigno, ainda, que, por força do princípio acusatório, previsto no art. 129, I, da Constituição da República, as competências para a dedução da pretensão punitiva – aí compreendidos os pedidos de medidas cautelares indispensáveis para assegurar a eficácia da persecução penal – e para o julgamento da pretensão devem ser cometidas a órgãos distintos no modelo delineado pela referida Carta (Ministério Público e Poder Judiciário), sob pena de se afastar a necessária imparcialidade que deve ser imanente ao exercício da jurisdição, comprometendo, em última análise, a própria garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Ademais, a medida cautelar de afastamento do exercício da função pública (art. 319, VI, do CPP) reveste-se de evidente excepcionalidade, justificando-se, tão somente, nas hipóteses em que a permanência do investigado no desempenho do cargo caracteriza **risco concreto** de reiteração delituosa (garantia da ordem pública) ou risco para a eficácia da persecução criminal e para a dignidade da função exercida pelo agente político. Nesse sentido:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO. (AC 4070 Ref, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 21-10-2016)

A medida cautelar imposta ao Governador do Estado do Distrito Federal IBANEIS ROCHA constitui uma das mais extremas, porquanto subtrai do agente político o exercício de competência que lhe foi legitimamente conferida pelo voto, sendo menos gravosa apenas do que a prisão cautelar. Por essa razão, tal medida exige redobrado cuidado, além de rigor, seja na avaliação de seus pressupostos (*fumus comissi delicti*), justificando-se quando se está às vésperas de eventual deflagração de ação penal – vale dizer, quando os autos reúnem elementos para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, seja na verificação da proporcionalidade da medida no presente caso concreto.

Na espécie, além de não se estar às vésperas de eventual deflagração de uma ação penal, **encontrando-se as investigações em fase ainda embrionária e sem o crivo do Ministério Público**, o *periculum in mora* não se faz presente, *concessa venia*, porquanto ausentes elementos de convicção que permitam concluir que o Governador do Distrito Federal poderia reiterar no cometimento (por omissão) dos delitos que lhe foram atribuídos ou que exerceria influência deletéria sobre as investigações, em ordem a frustrar a aplicação da lei penal.

Ademais, por força da intervenção federal, o Governador IBANEIS ROCHA não se encontra no exercício do cargo, inexistindo o risco de futuras "omissões dolosas", o que torna desnecessária, *data venia*, a medida imposta.

Diante desse contexto, peço respeitosa *venia* para divergir do Relator e aos que entendem de forma diversa, negando o referendo à medida cautelar de afastamento do Governador do Distrito Federal IBANEIS ROCHA de suas funções.

(iii) Desocupação/dissolução dos acampamentos, desocupação de todas as vias públicas e prédios públicos estaduais e federais em todo o território nacional, e prisão em flagrante de participantes pela prática dos crimes a que se refere a decisão.

Embora concorde com necessidade de se realizar a desobstrução de vias públicas estaduais e federais, em todo o território nacional, verifico que se mostra imprecisa, *data venia*, a motivação contida na decisão objeto de referendo, no que concerne às determinações de desocupação (dissolução) dos acampamentos e de prisão em flagrante, eis que a argumentação genérica no sentido de que haveria em tais ambientes o acolhimento de "terroristas" exige, necessariamente, a identificação dos responsáveis pelos ilícitos criminais ocorridos no dia 08/01/2023 – os quais causaram danos de grande monta ao patrimônio público - e a individualização de suas condutas criminosas.

A Constituição Federal assegura o exercício do direito de reunião e de manifestação, **desde que de forma pacífica e nos locais abertos ao público (art. 5º, XVI)**, não tendo essa regra, porém, sido observada por aqueles que realizaram as invasões e depredações dos prédios públicos e demais ilícitos criminais ocorridos no domingo do dia 08/01/2023.

Torna-se necessário ressaltar, portanto, que a desocupação do acampamento do QG do Exército de Brasília e as prisões – **desde que realizadas estas em situação de flagrante delito** – devem recair sobre as pessoas responsáveis pelos ilícitos criminais perpetrados no dia 08/01/2023 (autores e partícipes).

Acompanho, ainda, as demais medidas de desocupação de todas as vias públicas e prédios públicos estaduais e federais em todo o território nacional.

(iv) Apreensão e bloqueio de todos os ônibus e proibição imediata, até o dia 31 de janeiro, de ingresso de quaisquer ônibus e caminhões com manifestantes no Distrito Federal.

As medidas de apreensão e bloqueio dos ônibus nos quais os manifestantes foram transportados se justifica no interesse das investigações e pelo tempo necessário às identificações e diligências a serem realizadas pela Polícia Federal, não podendo tais medidas ser estendidas por prazo não razoável e para além das finalidades de identificação dos agentes dos ilícitos e individualização de suas respectivas condutas.

Por outro lado, a proibição imediata, até 31 de janeiro do corrente ano, de ingresso no Distrito Federal de quaisquer ônibus e caminhões com manifestantes, justifica-se, nas circunstâncias excepcionais destes autos, tendo em vista a necessidade de readequação e reestruturação da Secretaria de Segurança no contexto da intervenção federal já decretada, porquanto o órgão não se encontra preparado para evitar novos fatos graves como os que ocorreram no dia 08/01/2023, além de se tornar necessária a integração de suas ações aos esforços do Ministério da Justiça e Ministério da Defesa.

(v) Bloqueio integral de perfis em redes sociais. Desproporcionalidade da medida.

Registro, uma vez mais, o repúdio à utilização das redes sociais para a propagação de discursos que incitem a violência ou a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

Todavia, a Constituição Federal assegura, em seu artigo 220, que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dispondo, também, no § 1º, que “Nenhuma lei

conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

De sorte que, a teor da parte final do disposto no § 1º, do artigo 220 da Constituição Federal, a interferência legislativa no campo da liberdade de informação em veículo de comunicação social é admitida para afastar o anonimato, para assegurar o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, em virtude de ilícito que venha a ser perpetrado, bem assim para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, para que seja garantido a todos o direito de acesso à informação.

No § 2º, de seu artigo 220, a Constituição veda, expressamente, “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Senhores Ministros, é preciso que esta Suprema Corte afirme, hoje e sempre, que nenhum direito é absoluto, mas o zelo dos valores insculpidos na Constituição de 1988 e a busca incessante da preservação do Estado Democrático de Direito constituem nossa missão institucional.

Relembro que esta Corte Constitucional tem consistentemente conferido primazia ao exercício das liberdades comunicativas (ADPF 130/DF, Ministro Ayres Britto; ADPF 187/DF, Ministro Celso de Mello), atribuindo à liberdade de expressão posição preferencial em nosso catálogo de direitos fundamentais (Rcl 22.328/RJ, Ministro Roberto Barroso), dada a sua essencialidade para a vida democrática.

Em síntese, a liberdade de expressão é ampla e, de fato, não pode ser limitada previamente, segundo a nossa Constituição (art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”).

Rememoro, neste ponto, a contundente observação feita pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.815/DF (Ministra Cármen Lúcia, j. em 10/06/2015), no sentido de que não é admissível a censura prévia no direito brasileiro, sob nenhum pretexto.

De outro lado, é preciso que todos os cidadãos, **independentemente de sua posição político-partidária**, saibam conviver, em harmonia e paz, com as diferenças e pautem suas condutas, mesmo que críticas, com respeito e urbanidade.

Isso porque a manutenção da harmonia institucional dos Poderes da República passa, necessariamente, pela atuação de seus agentes e pela observância rigorosa do texto Constitucional.

Destaco, também, que um dos pilares do Estado Democrático de Direito é o princípio da proporcionalidade, que impõe a proteção das pessoas contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, capazes de gerar danos mais graves que o indispensável à proteção do interesse público.

Como se sabe, o princípio da proporcionalidade é aplicado por meio de três subprincípios: (i) adequação: compatibilidade entre o fim pretendido pelo Estado e os meios por ele utilizados para atingir seus objetivos; (ii) necessidade: o Estado deve adotar, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos dos administrados; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito: a medida adotada deve oferecer vantagens que superem quaisquer desvantagens.

Convém, ainda, lembrar que referido princípio conta com duas vertentes: a da proibição de excesso e a da proibição de proteção deficiente.

Assim, se, por um lado, ele impõe ao Estado que este crie mecanismos de combate à criminalidade de modo a garantir a proteção eficiente dos bens jurídicos tutelados, por outro, inibe a intervenção excessiva na esfera dos direitos fundamentais das pessoas submetidas à persecução penal.

Esse também é o entendimento desta Suprema Corte na matéria, valendo citar fragmento do seguinte acórdão:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos

como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (HC 104.410, ministro Gilmar Mendes)

Nessa perspectiva, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, ao estabelecer os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, fixando o marco civil da rede mundial de computadores, dispõe, em seu art. 19, que “ *Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.*” O § 1º do dispositivo legal citado estabelece, ainda, que a ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Como se vê, em razão da garantia constitucional da liberdade de expressão e da vedação à censura prévia, o provedor de acesso de internet somente poderá atuar, por força de texto expresso de lei, diante de ordens judiciais específicas voltadas para a remoção dos conteúdos ilícitos.

Conforme consignado, com propriedade pelo Relator no julgamento do Ag.Reg na Petição 10.373 – DF, “A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.”

A despeito da veracidade da premissa, tenho que o bloqueio **prévio, integral e generalizado**, de contas, perfis em redes sociais e canais na internet contraria, *permissa venia*, a garantia da liberdade de expressão, densificada essa garantia pelo legislador na fixação das balizas que delineiam o marco civil da internet.

É que os perfis em rede sociais e canais na internet constituem ferramenta indispensável para comunicação e interlocução dos diversos agentes em sociedade, encontrando-se o uso dessa ferramenta consolidado como veículo de criação, expressão, intercâmbio e debate de ideias de toda natureza, nos campos político, econômico, social, jurídico, histórico, dentre inúmeros outros.

O ambiente das redes sociais constitui, em suma, um dos principais espaços de expressão dos direitos inerentes à personalidade do indivíduo.

A propósito, em voto que proferi na ADI-MC nº 7261 (Ref), observei que:

“ Tenho que em uma democracia, compete ao povo ter a liberdade de examinar, por si, o que é fato verídico ou inverídico. Em outras palavras, a liberdade de expressão, garantia constitucional, permite o contraditório dentro do seio da sociedade. A amplitude do debate, por si, leva a que a própria sociedade tenha capacidade cada vez maior de exame dos fatos, de forma a que cada cidadão, então, consiga discernir o que é um fato verídico daquele que não é.

(...)

Nos EUA, os *founding fathers* reconheceram a relevância da liberdade de expressão e outorgaram-lhe significado tão profundo, que foi prevista expressamente pela 1ª Emenda à Constituição; a deixar claro que tal garantia fosse preservada de forma explícita ao cidadão:

“O congresso não deverá fazer qualquer lei (...) restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente (...)”.

Ou seja, nem mesmo o Congresso, em seu regular exercício, pode tolher do cidadão sua liberdade de expressão. E a Suprema Corte, enquanto guardião da Constituição, compete-lhe zelar por tal garantia.

Assim, após o direito à vida, a liberdade de expressão é garantia tão importante que constitui, em meu sentir, a principal base para que os demais direitos e garantias consigam ser livremente exercidos. Sem possibilidade de que o cidadão possa expressar suas ideias livremente, elimina-se o debate e o contraditório. Sem isso, não há avanço das ideias nem evolução; limita-se o progresso da sociedade.

(...)

Tenho que, à luz desse raciocínio, também aqui, o direito à liberdade de manifestação do pensamento é garantia fundamental que protege a livre circulação das ideias, pressuposto para o debate amplo e constante evolução da sociedade. Tal garantia é cláusula pétrea prevista pelo art. 5º, IV, Constituição Federal:

“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”;

A exemplo de outras democracias ao redor do mundo, no Brasil, portanto, todo cidadão, em regra, é livre para poder expressar suas ideias e opiniões, na medida em que esse intercâmbio de pensamentos, tão relevantes à sociedade, é um dos traços fundamentais daquilo que se caracteriza como um Estado de Direito.

Ainda, a propósito da prevalência da liberdade de expressão sobre o risco de notícias falsas no processo eleitoral, há um precedente relevante no Tribunal, relatado pelo eminente Min. Alexandre de Moraes. Refiro-me à ADI 4451, na qual se discutia a constitucionalidade dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/97. Na ocasião, prevaleceu a liberdade de expressão, não obstante os riscos que ela poderia trazer para a verdade no processo eleitoral. Assim ficou ementado aquele julgamento:

“LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático.

Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019) (grifei)
(...)”

E, especificamente, quanto ao banimento eletrônico de perfis em redes sociais sustentei que:

Tal banimento pode esbarrar em indesejável censura prévia — expressamente vedada pela Constituição Federal (art. 5º, IX e art. 220, §2º), que é nossa “Constituição Cidadã” — de conteúdos futuros que o usuário poderia produzir. De resto, é bastante questionável a eficácia prática dessa proibição em relação àquelas pessoas que realmente se dedicam a produzir notícias falsas, porque elas, enquanto estiverem livres, sempre encontrarão meios de propagar Fake News na internet, dada a facilidade com se pode criar um novo perfil em rede social.

É verdade que o abuso da liberdade de expressão pode e deve ser penalizado, mas tais penas devem se dar sempre a posteriori, conforme tem acentuado a jurisprudência pacífica do Supremo (por todos, ver ADPF 130). A suspensão temporária do acesso à internet pode até vir a ser definida como pena restritiva de direitos, em alguma lei vindoura, que apresente uma regulamentação proporcional; mas, no momento, não há qualquer lei

que autorize essa restrição por determinação judicial. E pior: a Resolução sequer define qual é o prazo da suspensão judicial de acesso à internet, tratando-se, portanto, de uma pena indeterminada.

Assim, o bloqueio integral de perfis e canais em redes sociais contraria o disposto nos artigos 5º, inciso IV, e 220, § 2º, da Constituição, bem assim a própria legislação infraconstitucional aplicável à espécie, considerando a possibilidade de caracterização de censura prévia de conteúdo lícito existente nas milhares de postagens realizadas pelos usuários, além de censura prévia também relativamente ao direito de postagens futuras no exercício do direito de liberdade de expressão. E, nos termos do art. 19 da Lei 12.965/14, a ordem judicial de bloqueio deve conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Tenho que a questão de as redes sociais constituírem uma ágora constitucional, ou não, cede passo para a questão fundamental, que aponto: atualmente, as redes sociais servem como ferramenta ou instrumento de preservação da democracia e diálogo aberto e direto entre os membros da sociedade. Sem isso, corremos o indesejável risco de nos distanciarmos da liberdade de expressão e liberdade de pensamento, valores que devem ser protegidos por esta Suprema Corte, a fim de proteger a sociedade como um todo, de forma isonômica, independentemente de espectros ideológicos e políticos. Isso é consequência direta da isonomia, princípio que dá legitimidade a todo o Estado de Direito.

Em suma, a derrubada de perfis, contas ou canais em redes sociais afasta, previamente, o direito de exposição de ideias com conteúdos lícitos nos mais diversos campos (político, econômico, social, jurídico, histórico, cultural, dentre inúmeros outros); e retira o indivíduo das redes sociais, ambiente de expressão dos direitos inerentes à sua personalidade, caracterizando verdadeira pena de banimento do mundo digital.

Com essas considerações e com as ressalvas acima consignadas, acompanho o Relator para admitir a realização de bloqueios dos conteúdos apontados como ilícitos nos perfis, contas e/ou canais em redes sociais apontados na referida decisão.

Diante do exposto, acompanho o Relator para referendar as medidas cautelares determinadas por Sua Excelência, com as ressalvas acima delineadas, divergindo, porém, apenas no que concerne à medida de afastamento do Governador IBANEIS ROCHA.

É como voto.

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