

O Senhor Ministro **Cristiano Zanin** (Vogal): Cumprimento, de início, o bem fundamentado voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de julgar improcedente a ação direta e reconhecer a constitucionalidade do art. 2º, §1º, §6º e §7º, assim como do art. 4º, §14º, da Lei n. 12.850/2013, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal a este último dispositivo.

A má ou incongruente aplicação da lei que se encontra em discussão na presente causa demonstra a indispensabilidade de revisitar alguns de seus termos e ajustá-los aos ditames da Constituição Federal.

De fato, como bem alegado pelo requerente, a norma parcialmente impugnada poderia ter disciplinado o crime de impedimento ou embaraço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013) de forma mais detalhada, a fim de prestigiar o princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal) e a taxatividade das leis punitivas.

Não enxergo, porém, no crime legalmente tipificado, inconstitucionalidade material, porquanto a exigência de taxatividade da lei penal não gera o dever de pormenorização do tipo descrito. Nesse sentido, considero pertinentes e necessárias as observações registradas no voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli neste feito:

“Se, de um lado, a constatação de que a exigência de taxatividade da lei penal não implica o dever de pormenorização do tipo corrobora o entendimento perfilhado pelo Relator quanto à suficiência dos termos legais utilizados para a definição do tipo de obstrução da Justiça envolvendo organizações criminosas, do que resultaria a inexistência da inconstitucionalidade aventada; de outro, ela torna indispensável a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto. Diz Sua Excelência: “(...) para se qualificar como ilícita, a conduta deve transcender os limites do exercício do direito de defesa [incluída a Investigação Defensiva; Provimento 188-OAB; BULHÕES, Gabriel. Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. Florianópolis: EMais, 2022], ou seja, os defensores, peritos e outros profissionais, no contexto do exercício das funções legalmente atribuídas, dentro dos limites

normativos, configuram “ações neutras” [GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; MALAN, Diogo. Advocacia Criminal Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 113-122; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Resistência através da efetivação das prerrogativas profissionais. In: GOSTINKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos; MINAGÉ, Thiago (org.). Tempo de resistência. Florianópolis: Empório do Direito, 2017]. LUCIANO FELDENS e ADRIANO TEIXEIRA destacam: “[...] onde estejamos diante de uma ação de resistência defensiva, logo, abrangida pelos direitos fundamentais correlatos, estaremos, paralelamente, diante de uma zona de intervenção penal constitucionalmente proibida”. [FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. O crime de obstrução de justiça. Marcial Pons, 2020. p. 39] Neste sentido, MARLOM FORMIGUERI, em dissertação sobre o tema, bem define os contornos da aplicabilidade do dispositivo: ‘O primeiro limite imposto ao tipo penal decorreu da análise do bem jurídico tutelado. A doutrina é unânime em reconhecer que o bem jurídico tutelado pelo crime de obstrução de justiça é a Administração da Justiça, entendida e delimitada aqui como o regular andamento da investigação criminal. Nesse tom, verificou-se que somente pertence ao bem jurídico Administração da Justiça as atividades realizadas por meios legítimos e não a apuração genérica de crimes, razão pela qual o tipo penal apenas pode tutelar as atividades do Estado que observem a estrita legalidade (art. 5º, II, e art. 37, ambos da Constituição Federal) e o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), ou seja, em relação às atividades do Estado no curso de uma investigação criminal, tudo que não estiver previsto em lei ou que for proibido por lei, não está no âmbito de proteção do art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013, sendo fixado o primeiro limite concreto ao tipo penal. Em relação à técnica de tutela, a pesquisa observou que há divergência na doutrina, porém tanto a modalidade de “impedir”, quanto o ato de “embaraçar”, de qualquer forma, a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, exigem um resultado externo à conduta do agente, de modo que se trata de crime material, o que foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.817.416/SC. Exige-se, portanto, para a consumação do delito, que a conduta de embaraçar do agente imponha dificuldades concretas na

investigação, capaz de alterar o curso normal e legítimo da atividade de investigação do Estado. O sujeito ativo do crime de obstrução de justiça pode ser qualquer pessoa, incluindo o investigado, já que a pesquisa concluiu que não se trata de pós-fato impunível do delito de integrar organização criminosa (art. 2º, “caput”, da Lei n. 12.850/2013), desde que observados estritamente os direitos e garantias individuais, em especial o direito de defesa, o direito ao silêncio e a não autoincriminação. Também é perfeitamente possível que o agente público seja sujeito ativo do crime de obstrução de justiça, como o Delegado de Polícia, o Promotor de Justiça, o agente de polícia etc. Isso porque, a atividade de defesa também faz parte do legítimo desenvolvimento de uma investigação criminal’. A análise dos elementos do crime resultou no entendimento de que é necessário que o sujeito tenha consciência (1º) que existe uma investigação criminal, (2º) que essa investigação apura fatos envolvendo uma organização criminosa e (3º) que sua conduta pode causar embaraço ou impedimento da investigação. Se qualquer um desses três fatores não for de conhecimento do agente, o fato será atípico. Por ‘impedir’ entende-se o ato de interromper, ou seja, fazer cessar indevidamente a investigação existente. Já o ato de ‘embaraçar’ significa criar obstáculos, tumultuar, confundir, atrapalhar o regular andamento da investigação”. [Os Limites Materiais do Crime de Obstrução de Justiça (art. 2º, §1º da lei n. 12.850/2013). Porto Alegre: PUC-RSMestrado, 2022, p. 154-156] Daí podem ser extraídos ao menos quatro importantes parâmetros para o enquadramento (ou não) de um fato no tipo descrito no § 1º do art. 2º da Lei nº 12.850/13: (i) primeiro, é necessário que a investigação em questão transcorra dentro da legalidade; (ii) depois, a resistência defensiva, a princípio, não caracteriza o crime, mas sim exercício de direitos constitucionalmente assegurados (direito de defesa, direito ao silêncio e direito à não autoincriminação); (iii) abusos ou excessos cometidos a pretexto de exercer o direito de defesa podem se revestir de caráter ilícito, amoldando-se à conduta de “embaraçar”, quando efetivamente alterarem o curso normal e legítimo das atividades de investigação; (iv) de todo modo, é indispensável averiguar se está presente o elemento subjetivo do tipo, caracterizado pela consciência da investigação em curso e pela vontade de obstar ou embaraçar sua legítima realização.”

Todas as leis que estabelecem punições criminais trazem, de um modo ou de outro, algum nível de imprecisão, revelando-se excepcionalíssima a intervenção do Poder Judiciário na matéria, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Por essa razão, entendo que o art. 2º, §1º da Lei n. 12.850/2013 contempla os elementos necessários à definição da conduta criminosa, **não havendo que se falar, no ponto, em inconstitucionalidade.**

Registro, porém, a importância da ressalva constante do voto do Ministro Gilmar Mendes a esse respeito, no sentido de que **se devem excluir do âmbito de incidência da norma em questão “as hipóteses de exercício de direitos fundamentais pelo arguido ou seu defensor, no domínio das ações neutras ou do direito de não produzir prova contra si mesmo”.**

Por fim, quanto à previsão do art. 4º, §14º, do mesmo diploma, compreendo que a norma em questão não prevê a renúncia ao direito em si, mas somente seu não exercício circunstancial na hipótese, o que seria um requisito indispensável à obtenção das vantagens do acordo. **Mesmo o colaborador, de fato, não renuncia às garantias, na linha proposta pelo Ministros Dias Toffoli em seu voto:**

“[...] por fim, quanto ao art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, e tendo em Plenário Virtual - minuta de voto - 10/11/2023 vista a má técnica legislativa empregada nesse dispositivo, dando margem a interpretações equivocadas e incompatíveis com a Constituição Federal, com a máxima vênia, divirjo do Relator para julgar procedente em parte o pedido correlato a fim de conferir interpretação conforme à Constituição Federal a esse preceito legal para que o termo “renúncia”, nele contido, seja interpretado “não como forma de esgotamento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de ‘livre exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos ilícitos que constituem objeto dos negócios jurídicos”, haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário, firmado na presença da defesa técnica (que deverá orientar ao investigado acerca das consequências do negócio jurídico) e que possibilita grandes vantagens ao acusado”. A isso acrescento a ressalva

absolutamente pertinente e necessária, feita pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, de que “o § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13 deve ser entendido no contexto negocial, relacionado aos deveres inerentes aos termos obrigacionais assumidos pelo colaborador no sentido de que a não-incriminação é preservada e poderá ser exercida a qualquer tempo.”

Ante o exposto, peço máxima vênia ao Ministro Relator e aos demais pares, **para acompanhar integralmente o voto divergente proferido pelo Ministro Dias Toffoli.**

É o voto.