

## VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, com pedido de medida cautelar, proposta pelo **PARTIDO SOCIAL LIBERAL (PSL)**, contra o **art. 2º, §§ 1º, 6º e 7º, e o art. 4º, § 14º, da Lei Federal nº 12.850/13**, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, além de dar outras providências.

Eis o teor dos preceitos impugnados:

“**Art. 2º** (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

(...)

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

“**Art. 4º** (...)

(...)

§ 14 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Sustenta o requerente, em síntese, que o § 1º do art. 2º da Lei nº 12.850/13, acima transcrito, seria inconstitucional por ensejar imputação de responsabilidade penal “em termos vagos, abstratos, fluidos, abertos e desproporcionais”, afrontando o art. 1º, inciso III, e o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Já com relação ao § 6º do mesmo art. 2º, a inconstitucionalidade alegada pelo requerente estaria consubstanciada na

expressão “subsequentes ao cumprimento da pena”, por violação do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, por tornar irrazoável a reprimenda de perda / interdição de cargo ou função pública. Quanto ao § 7º do art. 2º da Lei nº 12.850/13, o requerente aduz que seria inconstitucional qualquer interpretação do referido preceito que exclua a competência da corregedoria de polícia para a instauração de inquérito policial e para a investigação de crimes da Lei nº 12.850/13, nos quais haja suspeita da participação de policiais. Ressalta, então, o requerente que a designação de membro do Ministério Público para acompanhar as investigações possibilitaria ao órgão acusatório assumir diretamente a investigação do inquérito policial, com afronta ao art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, devendo ser declarada, nesse ponto, a seu ver, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de tal dispositivo. Por último, defende o requerente a inconstitucionalidade do disposto no § 14 do art. 4º do referido diploma legal, argumentando que a obrigatoriedade de o delator se comprometer a dizer a verdade e renunciar ao seu direito ao silêncio violaria o art. 5º, incisos LV, LVII e LXIII, da Constituição Federal, os quais asseguram a ampla defesa e o direito de não produzir provas contra si mesmo como “direitos não renunciáveis”.

O julgamento do feito teve início na sessão do **Plenário Virtual**, realizada de **5 a 15 de junho de 2020**, ocasião em que o Relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, apresentou voto no sentido de **conhecer da ação** e, no mérito, julgar **improcedente o pedido**, conferindo, contudo, interpretação conforme à Constituição Federal ao § 14 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 a fim de declarar que o termo “renúncia” contido no citado preceito

“ deve ser 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 fatos ilícitos que constituem o objeto dos negócios jurídicos’, haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário, firmado na presença da defesa técnica (que deverá orientar o investigado acerca das consequências do negócio jurídico) e que possibilita grandes vantagens ao acusado.”

Na sequência, o Ministro **Marco Aurélio** acompanhou o Relator, **com ressalva de entendimento** apenas quanto ao **§ 7º do art. 2º da Lei nº**

12.850/13. Entende Sua Excelência, nesse ponto, que “[a]s normas mediante as quais previstas as funções e atribuições do Ministério Público são claras” e que “[e]m nenhuma delas está autorizada a investigação criminal”. Diz o Ministro **Marco Aurélio**, *in verbis*:

“A impossibilidade de investigar de forma autônoma não conduz ao desconhecimento do que for apurado. O Ministério Público, como destinatário das investigações, deve acompanhar o desenrolar dos inquéritos policiais, requisitando diligências, acessando os boletins de ocorrências e exercendo o controle externo. O que se mostra inconcebível é membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas. A função constitucional de titular da ação penal e fiscal da lei não se compatibiliza com a figura do promotor inquisitor”.

**Acompanharam integralmente o Relator**, por outro lado, a Ministra **Rosa Weber** e os Ministros **Luiz Fux**, **Edson Fachin** e **Gilmar Mendes**, este último mediante a apresentação de voto vista, no qual se registra, expressamente, que Sua Excelência **acompanha o Relator quanto às conclusões**

“ excluindo do âmbito de incidência do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13, 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 e, também 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”.

Em seguida, **pedi vista dos autos** para melhor examinar a matéria e os votos já proferidos pelos eminentes pares.

Começo, então, por cumprimentar o Relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, pelo substancioso voto e pela análise perspicaz relativamente aos institutos e preceitos legais questionados nestes autos.

De fato, evoluir nas formas de combate à criminalidade em geral - e

da criminalidade organizada em particular - é um grande desafio institucional do Estado Brasileiro na atualidade. E, ao contrário do que se poderia supor, não se trata de peculiaridade nossa. É uma imposição generalizada do nosso tempo.

Como explica Carlos Henrique Borlido Haddad, em artigo intitulado “Sociedade contemporânea, criminalidade moderna, justiça de outrora”<sup>1</sup>, o processo de globalização econômica afeta profundamente o direito positivo e repercute de modo especial nos âmbitos do direito penal e da Justiça criminal. Observa o autor, *in verbis*:

“O universo do direito positivo tem sido profundamente afetado. As novas formas de organização econômica capitalista, a transnacionalização dos mercados, a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais e da compressão do tempo e do espaço, graças ao avanço da informática, das telecomunicações e dos transportes, geram consequências sobre o direito positivo, a ponto de ocasionar a perda gradativa da capacidade das normas de ordenar, moldar e conformar a sociedade. Em decorrência, seus mecanismos processuais também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência. O policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada põe em xeque os três princípios básicos da soberania: supremacia, indivisibilidade e unidade do Estado-nação. Também o direito positivo enfrenta enormes limitações estruturais. O Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção”<sup>2</sup>.

E prossegue o autor, dizendo:

“As transformações sociais provocadas pela globalização são de extrema importância no cenário penal. As modificações do desenvolvimento da criminalidade são, geralmente, reflexos

1 DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coord.). **Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61-95.

2 *Ibidem*, p. 63.

da mudança social, e o desenvolvimento do direito penal e da política criminal são sempre reações, réplicas, respostas a essas modificações. É cada vez maior a prevalência das grandes atividades econômicas transnacionais, tanto lícitas como ilícitas, desde os *off-shores* à criminalidade de colarinho branco, ao tráfico internacional de drogas e armas, até, enfim, às novas formas de criminalidade, como os *cybercrimes* e o tráfico de órgãos, passando pelo aparecimento de novos riscos à escala global, pelo aumento da criminalidade violenta, e por outros modos organizados de atuação, cada vez mais com conexões internacionais e transfronteiriças. Na sociedade mundial de risco, aparecem, no lugar do relacionamento nacional bipolar entre cidadão e Estado - existente em um ordenamento jurídico fechado, organizado hierarquicamente, com um único soberano e direito penal claramente definido -, diversos atores nacionais, supranacionais e internacionais, públicos e privados. Atuam em complexos sistemas com diversos níveis e formas de controle social, contam com distintos subsistemas jurídicos e proteção de liberdades civis variadamente composta, além de haver complexas relações de troca. Hoje é possível escolher jurisdição favorável do ponto de vista da persecução penal, onde existam embaraços à busca das provas, ao repatriamento de eventual capital ilícito, à extradição, enfim, onde, sob a perspectiva da criminalidade transnacional, concorram salvaguardas para o crime e o produto da infração. Essa mudança da sociedade, da criminalidade e do sistema de referência desafia o direito penal clássico - baseado no território estatal e na repressão - e gera modificações fundamentais, especialmente no tocante aos seus limites territoriais e funcionais, o que acarreta a desfronteirização do direito penal.”<sup>3</sup>

Conseqüentemente, e já finalizando esse breve panorama, sirvo-me, mais uma vez, das palavras precisas de Carlos Henrique Borlido Haddad:

“O Poder Judiciário coloca-se diante de cenário novo e cambiante, no qual o Estado perde sua autonomia decisória, e o ordenamento jurídico vê comprometida sua unidade, sua organicidade e seu poder de programar comportamentos, escolhas e decisões. A ineficiência da jurisdição decorre, em

3 DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coord.). **Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64.

grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual tem de atuar. Como foi concebido para operar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de força física monopolizados oficialmente pelo Estado (princípio da aderência territorial), seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que barreiras geográficas são superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação, de produção, das redes de comunicação e dos sistemas de transportes, quanto pela justaposição e intercruzamento de novos centros de poder. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados, no seu papel garantidor de controle da legalidade, por justiça e normatividades paralelas.

O crime organizado apresenta atuação transterritorial e é estruturado de modo reticular, ao passo que as septuagenárias legislações penal e processual penal são voltadas a crimes de caráter interindividual e praticados em contextos sociais de baixo enredamento. Sem saber como dar conta dos novos tipos de conflitos surgidos das contradições socioeconômicas e como lidar com a emergência de inéditos comportamentos confrontacionais à legislação em vigor, editada quando outras eram as condições do país, as instituições judiciais revelam-se crescentemente enrijecidas, do ponto de vista organizacional; presas a matrizes teóricas arcaicas, do ponto de vista de sua cultura técnico-profissional; e excessivamente formalistas e ritualistas, sob o prisma processual e procedimental.”<sup>4</sup>

Ao se ampliar o foco das lentes, é esse o cenário que serve de pano de fundo ao julgamento da presente ação direta e, nesse cenário, nunca é demais ressaltar que cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República, as importantes missões de, a um só tempo, **não atravancar os avanços normativos necessários** para lidar com os novos desafios que se revelam pelo caminho - e, dentre eles, obviamente, está toda a problemática do enfrentamento **adequado, eficiente e tempestivo** à criminalidade organizada -, como também - e, sobretudo - **a de zelar para que a atualização do direito não implique retrocesso em termos de proteção e promoção de direitos fundamentais.**

4 DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (coord.). *Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64-65.

Nessa esteira, a par da formulação de novos tipos penais e da consolidação de novos procedimentos investigatórios pelo legislador ordinário, é sempre pertinente a advertência de “[a] verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mas somente mediante a preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais do acusado”<sup>5</sup>. É com base nessa premissa, da mais elevada ordem, que passo a analisar **apenas duas das quatro impugnações** deduzidas nestes autos.

- I -

A primeira delas diz respeito ao **§ 1º do art. 2º da Lei nº 12.850/13**, que introduz no ordenamento jurídico pátrio o **tipo penal destinado a punir a obstrução da persecução penal de infração que envolva organização criminosa**. Nesse ponto, alega o requerente que referida norma seria inconstitucional por ensejar a imputação de responsabilidade penal “em termos vagos, abstratos, fluidos, abertos e desproporcionais”. Em outras palavras, é o atendimento do princípio da legalidade, sob o aspecto da exigência de taxatividade da norma penal incriminadora, o que se questiona.

A norma em exame dá concretude a mandado de criminalização previsto no art. 25 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>6</sup>, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, a qual foi assinada pelo Brasil em 9 de dezembro do mesmo ano; ratificada em 15 de junho de 2005; e internalizada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A conduta típica consiste em **“impedir” ou, de qualquer forma,**

5 ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; e TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao direito Processual Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 154.

6 **Artigo 25 - Obstrução da justiça**

“Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente:

a) O uso da força física, ameaças ou intimidação, ou a promessa, o oferecimento ou a concessão de um benefício indevido para induzir uma pessoa a prestar falso testemunho ou a atrapalhar a prestação de testemunho ou a apartação de provas em processos relacionados com a prática dos delitos qualificados de acordo com essa Convenção;

b) O uso da força física, ameaças ou intimidação para atrapalhar o cumprimento das funções oficiais de um funcionário da justiça ou dos serviços encarregados de fazer cumprir-se a lei em relação com a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. Nada do previsto no presente Artigo menosprezará a legislação interna dos Estados Partes que disponham de legislação que proteja a outras categorias de funcionários públicos.

‘**embaraçar**’ a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Impedir significa obstar, interromper, tolher, consumando-se com a efetiva cessação da investigação (crime material). Já embaraçar consiste em complicar, perturbar, atrapalhar, ainda que não haja interrupção da investigação, sendo considerado delito formal por parcela da doutrina<sup>7</sup>. Não obstante isso, já decidiu o Superior tribunal de Justiça que **o delito do art. 2º, § 1º, da lei n. 12850/13 é crime material, inclusive na modalidade “embaraçar”**. Isso porque

“referido verbo atrai um resultado, ou seja, uma alteração do seu objeto (...) haverá consumação pelo embaraço à investigação se algum resultado, ainda que momentâneo e reversível, for constatado” (REsp nº 1.817.416, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, Quinta Turma, julgado em 3/8/21, publicado em 16/8/21).

Ainda de acordo com a jurisprudência do Tribunal da Cidadania,

“não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita ‘inquérito policial’, compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal” (HC 487.962/SC, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, Quinta Turma, julgado em 28/5/19, publicado em 7/6/19)

Especificamente quanto a esse ponto, discorda o Relator. Diz Sua Excelência:

“Como o legislador fez uso do termo ‘investigação’, é de fácil compreensão que o dispositivo não se aplica ao processo judicial, sob penal de analogia *in malam partem*. O âmbito de aplicação do referido dispositivo cinge-se **apenas e tão somente ao inquérito policial e a qualquer outro procedimento**

7 Nesse sentido, ver: LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 6ª ed. rev., atual., e ampl., Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 678.

**investigatório criminal (por exemplo, investigações criminais presididas pelo Ministério Público), desde que referente à infração penal que abranja organização criminosa” - grifei.**

Cuida-se de celeuma interessante, mas que em nada influencia o exame da controvérsia posta.

Prosseguindo, então, na análise da norma contestada, verifica-se que ela estabelece uma espécie de **crime comum**, que pode ser cometido por qualquer pessoa, e **monosubjetivo** (ou de concurso eventual), que **tutela a administração da Justiça** (objetividade jurídica) e é **de livre execução**, podendo ser praticado com ou sem violência, com ou sem ameaça, com ou sem fraude etc, consubstanciando-se em **tipo especial** relativamente ao crime de coação no curso do processo (CP, art. 344). Ademais, o delito só é punido **a título de dolo** e é apenado com pena de **reclusão de 3 a 8 anos**.

Constata-se, assim, que a norma penal incriminadora, inserida pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 12.850/13, **reúne os elementos necessários à definição da conduta delituosa** - ou seja, define os sujeitos ativo e passivo, a objetividade jurídica, os núcleos do tipo, o objeto material sobre o qual incide o delito etc. -, **curvando-se, portanto, ao princípio constitucional da legalidade penal**, inscrito no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual “[n]ão há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Há quem defenda que o comando constitucional em questão encontra sua origem remota na fórmula tradicional de Feuerbach, materializada no brocardo latino *nulla poena sine criminae, nullun crimine sine lege poenali*, do qual podem ser extraídos quatro espécies de “cânones fundamentais” do direito penal: o da **(i) *lex scripta***, significando que **a lei formal é a única fonte do direito penal incriminador**, não se admitindo, assim, a incriminação de condutas por meio de mero costume; o da **(ii) *lex stricta***, querendo, com isso, dizer que **não se admite a criminalização de condutas por analogia**; o da **(iii) *lex praevia***, no sentido de **impedir que a lei penal incriminadora alcance fatos praticados antes de sua entrada em vigor**; e, por fim, o da **(iv) *lex certa***, consistindo em verdadeiro “**mandado de determinação**”, tendo em vista que cabe à lei penal - formal e prévia - **descrever minimamente os comportamentos vedados pela norma**; ou seja, esse último cânone corresponde à **exigência de taxatividade da lei penal**. Seu objetivo é o de permitir ao cidadão o conhecimento exato da conduta vedada pelo Estado, demarcando-se com

isso, em contrapartida, o seu espaço de liberdade.

A taxatividade é, portanto, desdobramento importantíssimo do princípio da legalidade penal. No entanto, a exigência de taxatividade **não importa**, como muito bem ressalta Eduardo Viana, em “dever de pormenorização da lei”<sup>8</sup>. Explica referido autor, com base na doutrina de Claus Roxin e Luís Greco, que a pormenorização

“teria a desvantagem de conduzir a uma rigidez indesejada, bem assim conduzir ao paradoxo da insegurança jurídica ou, com outras palavras, a uma ‘indeterminação em razão da sobredeterminação’. Uma lei que está obrigada a regular todas as perguntas imagináveis seria extremamente confusa e, dada a sua extensão, pouco manejável. Isso não significa, por outro lado, como antecipei, que qualquer nível de determinação legal seja cientificamente aceitável; se assim fosse, determinar equivaleria à previsão legal e, nesse caso, não haveria razão lógica para distinção entre *lex scripta* e *lex certa*”<sup>9</sup>.

E prossegue o autor, dizendo:

“Orientado, em primeira linha, para o legislador, determinação significa - a princípio - que **a técnica legislativa deve primar pela elaboração de leis capazes de expressar claramente aquilo que é proibido e quais as consequências jurídicas**. É evidente que essa exigência não possibilita impor ao legislador exigências irrealizáveis - essas derivadas das barreiras linguísticas - como a certeza. Entretanto, e ao mesmo tempo, pode-se exigir que o legislador dê o melhor de si, isto é, que ele se esforce para alcançar a precisão mais elevada possível (**mandado de otimização**).

Contudo, quando a versão da lei não for tão clara, qual a solução? A drástica declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais? Essa opção, como antecipamos, parece bastante remota e também seria bastante drástica se a admitíssemos: muitos tipos - em especial na criminalidade econômica e do meio ambiente - não resistiriam ao filtro da determinação. Para

8 VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, v. 1, n. 02, p. 96-125, 2021.

9 Ibidem.

evitar que o cidadão fique refém das leis ruins, a **concepção dinâmica da legalidade - fundada no modelo constitucional - fornece uma solução intermediária: argumenta-se que o mandado de determinação também está dirigido ao seu intérprete.** Com efeito, como sustenta *Kuhlen*, a prevalência do legislador é somente cronológica, afinal, uma lei precisa ser promulgada antes de ser aplicada. Se concordarmos com essa perspectiva e, de fato, ela nos parece a mais adequada, parece claro que **caberá ao juiz penal, ainda que de modo subsidiário, contribuir para que se alcance o mais alto nível de precisão do tipo.**

O BVerfG - Corte Constitucional alemã - teve a oportunidade de se manifestar sobre essa matéria e esclarecer que nos tipos penais redigidos de forma imprecisa, **os juízes devem intervir para contribuir com a determinação do conteúdo daquilo que é proibido.** Textualmente: **os tribunais penais não podem incrementar a insegurança jurídica mediante interpretação amplas e pouco precisas, senão devem superar as imprecisões existentes pela via da interpretação - o que se convencionou chamar de mandado de precisão via interpretação (*Präzisierungsgesetz*).** Em detalhes, a proposição para o intérprete nada mais é que um compromisso com o aprimoramento do tipo” - grifei.

Por fim, para Eduardo Viana, todos “os tipos penais possuem algum nível de indeterminação”, cabendo ao magistrado, subsidiariamente “funcionar como o segundo filtro das incertezas do tipo”, o que não legitimaria, contudo, a elaboração, pelo legislador, de “tipos penais absurdamente imprecisos porque, nesse caso, não se poderá falar em filtro corretivo do magistrado”.

Faço todas essas considerações para afirmar que tem toda razão o Relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, ao concluir **o crime tipificado no § 1º do art. 2º da Lei nº 12.850/13 não padece de inconstitucionalidade material.** Como esclarece Sua Excelência,

“[a] utilização de termos mais abertos pelo legislador não foi por acaso, mas sim necessária para amoldar condutas penalmente relevantes às alterações sociais cada vez mais rápidas.

No caso específico, a impossibilidade do esgotamento de todas as possíveis condutas a serem praticadas por indivíduos

pertencentes às organizações criminosas fez com que o legislador, acertadamente, descrevesse apenas duas condutas no seu § 1º do art. 2º: ‘impedir’ ou ‘embaraçar’.

A simplicidade do legislador, a meu ver, foi cirúrgica para a delimitação da referida previsão normativa, afinal, ao contrário do *caput* do art. 2º, que prevê condutas diversas (‘promover’, ‘constituir’, ‘financiar’ ou ‘integrar’, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa), cujo bem jurídico tutelado é a paz pública, aqui, a intenção da lei foi justamente outra, isto é, foi a de tipificar como crime aquele que ‘obstrui’, de qualquer forma, as investigações que envolvam organizações criminosas (o bem jurídico, como visto, é a administração da justiça).

Não se pode argumentar, tampouco afirmar, que o tipo penal em análise seja ‘vago’, ‘abstrato’, ‘aberto’ ou mesmo ‘desproporcional’, sob o argumento de que agindo assim estaria a tipificar um sem-número de condutas. A escolha pelas duas condutas, no meu sentir, foi adequada para punir aquele agente que pretende obstruir investigações envolvendo organizações criminosas (não há na norma penal incriminadora qualquer violação ao princípio da legalidade).

Por fim, entendo que a presença do advérbio ‘indevidamente’ não seria necessária para afastar a apontada ‘generalidade’ do dispositivo; primeiramente, porque o objetivo do Direito Penal não é reprimir condutas legítimas (para essas, inclusive, há as chamadas excludentes de ilicitude e de culpabilidade). Além disso, porque há a definição clara do bem jurídico tutelado (administração da justiça), do sujeito ativo da conduta (qualquer pessoa, portanto, crime comum), do sujeito passivo da conduta (o Estado) e dos verbos núcleos do tipo (impedir ou embaraçar), tudo com o objetivo de obstruir investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Ressalte-se, também, com relação à conduta de embaraçar, que o elemento normativo ‘de qualquer forma’ deverá ser devidamente analisado no caso concreto, seja para eventual instauração de inquérito policial, seja para posterior oferecimento da denúncia.”

No caso, a definição dos núcleos do tipo (verbos “impedir” e “embaraçar”), do objeto material do crime (“investigação”) e de sua objetividade jurídica (administração da Justiça) é, pois, suficiente para a mínima determinação do comportamento vedado, **independentemente**

de haver descrição do modo utilizado pelo agente para a prática do delito. A complexidade fenomênica e a dinamicidade da atuação das organizações criminosas - e de como elas conseguem se imiscuir nas instituições sociais e estatais - repercutem na seara da persecução penal, cujos procedimentos investigatórios (e ações penais), mesmo que observadas à risca, pelos atores processuais, as balizas legais pertinentes, também adquirem complexidade e dinamicidade próprias e muito peculiares. Seria humanamente impossível ao legislador, numa realidade assim, antever em detalhes - e positivar - exatamente quais práticas podem adquirir, ao longo da investigação, caráter ilícito.

Observo que **não se está, no caso, a excepcionar ou flexibilizar a exigência de taxatividade da lei penal, mas apenas a reconhecer que essa taxatividade não significa dever de pormenorização.** Numa reflexão rápida, vislumbro inúmeros outros exemplos nos quais, na prática, podem ser suscitadas dificuldades de enquadramento típico em razão da largueza dos termos usados pelo legislador ou da indefinição quanto ao modo de execução. Aqui, limito-me a citar apenas um deles, que me parece inquestionável: o que se poderia dizer do crime de ato obsceno, descrito no art. 233 do CP, como “**praticar ato obsceno** em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”? Em que consistiria a tal prática de ato obsceno vedada pela norma penal? O legislador não diz, cabendo ao juiz verificar, diante das circunstâncias do caso concreto, se o fato se amolda à descrição legal por reunir todos os seus elementos constitutivos. Da mesma forma ocorre no delito de obstrução da Justiça envolvendo organização criminosa.

Se, de um lado, a contatação de que a exigência de taxatividade da lei penal **não implica** o dever de pormenorização do tipo **corroborá 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-

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.

Portanto, quanto a esse primeiro ponto, os fundamentos do Relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, e do Ministro **Gilmar Mendes** são **convergentes e complementares**, não havendo como deixar de concordar com ambos.

- II -

A segunda impugnação a merecer algumas considerações é a relativa à possibilidade de o colaborador renunciar a seu direito ao silêncio, nos termos do § 14º do art. 4º da Lei nº 12.850/13, cujo teor transcrevo novamente:

“Art. 4º (...)

(...)

§ 14 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Quanto a esse dispositivo, sustenta o requerente que a obrigatoriedade de o colaborador renunciar ao seu direito ao silêncio e se comprometer a dizer a verdade violaria o art. 5º, incisos LV, LVII e LXIII, da Constituição Federal, os quais asseguram o direito à ampla defesa e o direito de não produzir provas contra si mesmo, enfatizando o **caráter**

**irrenunciável de tais direitos.**

Apesar de toda a polêmica gerada pelo dispositivo em questão e da inegável má técnica de redação empregada pelo legislador, a dar margem a interpretações variadas, ao menos uma delas incompatível com a Constituição Federal, **alinho-me à corrente que não enxerga nele nenhum vício material de inconstitucionalidade.**

Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC nº 127.483**, de minha relatoria,

“[a] colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração” (HC nº 127.483, **de minha relatoria**, julgado em 27/8/15; publicado em 4/2/16).

Por conseguinte, como expliquei naquela oportunidade,

“ embora tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o **imputado-colaborador**, se resultar exitosa sua cooperação), ela [a colaboração premiada] se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

(...)

Dentre os relevantes efeitos processuais do acordo de colaboração, destacam-se os previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13: i) ‘o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional’ (§ 3º); ii) ‘o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração’ (§ 4º); e iii) ‘nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade’ (§ 14). Além disso, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.850/13, o acordo de colaboração judicialmente homologado

confere ao colaborador o direito de: i) 'usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica'; ii) 'ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados'; iii) 'ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes', e iv) 'participar das audiências sem contato visual com os outros acusados'.

É dentro desse novo contexto normativo, concebido segundo um **modelo de "justiça criminal consensual"**, em contraposição ao **modelo tradicional de processo criminal adversarial**, que se deve interpretar o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 12.850/13.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro **Gilmar Mendes**, em seu voto, ao afirmar que "a alegada inconstitucionalidade deve ser analisada no contexto da colaboração premiada", ressaltando Sua Excelência que

"[a] tendência do Processo Penal contemporâneo orienta-se à abertura de espaços de consenso, com a atribuição de direitos, deveres, privilégios, ônus e poderes negociais [disponibilidade regrada e circunstancial da ação penal] aos legitimados [ativo e passivo], a partir do reconhecimento do interesse público subjacente orientado à gestão eficiente da atividade jurisdicional, à redução do tempo de resposta estatal e à satisfação dos interesses patrimoniais das vítimas".

Nessa linha de inteligência, é preciso ter em mente que a mudança de paradigma processual (do modelo clássico adversarial para o modelo de justiça criminal consensual ou consensuada) acarreta, inevitavelmente, **uma mudança de postura por parte do acusado-colaborador e de sua defesa técnica**.

Com efeito, em vez de se defender da acusação que lhe é direcionada pelo órgão acusatório, o "**acusado-colaborador**", como lembra o Ministro **Gilmar Mendes**, "alinha-se à acusação", assumindo comportamento processual de "alinhamento probatório porque a entrega das informações é condição de possibilidade ao recebimento do prêmio acordado". Eis o que diz Sua Excelência:

"(...) a eficácia da proposta de Colaboração Premiada homologada pela autoridade judiciária subordina-se à eficácia da sentença penal condenatória, incluindo os efeitos da

sentença condenatória contra o colaborador, porque não há previsão legal para que os efeitos subsequentes ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória possam ser objeto de disposição antecipada quando da homologação da 'proposta' da **Colaboração Premiada**.

Logo, o produto da barganha antes da sentença condenatória, negociada entre o agente estatal e o colaborador, sob necessária orientação técnica de defensor, sem a participação do juiz nas rodadas de negociação, limita-se materialmente ao objeto negociável, **incluída a assunção circunstancial de dizer a verdade**, com a nulidade das cláusulas que extrapolam a função de 'proposta'.

Em face da conformação da Justiça Negocial ou Premial admite-se a homologação de proposta de Colaboração Premiada, subordinada à condição de eficácia [desempenho] entre o conteúdo prometido e o cumprido, a ser verificado pelo órgão judicial quando da decisão de mérito, salvo nas hipóteses de não oferecimento da denúncia. Em todas as demais situações, o cumprimento do acordado submete-se ao trânsito em julgado da decisão condenatória, momento em que será executada [STF, ADCs 43, 44 e 54].

O motivo é que, em geral, o Processo Penal é de partes adversárias [Acusação e Defesa], contexto em que acusado defende-se da Hipótese Acusatória [HAc] por meio de defesa positiva ou negativa com a pretensão de ser absolvido. No caso de **acusado-colaborador**, embora ocupe o polo passivo da relação processual, ao contrário do **acusado-padrão**, que se defende, o colaborador alinha-se à acusação, isto é, para que obtenha os prêmios negociados a condenação é desejável. Por isso, o comportamento processual é o de alinhamento probatório porque a entrega das informações é condição de possibilidade ao recebimento do prêmio acordado. Do contrário, não receberá os benefícios ajustados quando da homologação da proposta".

Nesse cenário, atento à dinâmica da colaboração premiada, ao examinar o disposto na norma impugnada, **compreendo que o legislador se utilizou do verbo renunciar para se referir, em verdade, ao não exercício circunstancial e esclarecido dos direitos ao silêncio e à não-autoincriminação, visando à obtenção de vantagens, ou melhor, de sanções premiaais acordadas**. Tanto é assim que a própria lei, também no

art. 4º, determina que “[a]s partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (§ 10).

**Falar a verdade e apresentar provas das declarações feitas (ou das informações repassadas)** são condições *sine qua non* para que o colaborador possa gozar dos benefícios legais previamente acordados, e **não uma imposição a priori** de quem quer que seja. Por isso mesmo, o que se exige é que **(i)** primeiro, o acusado seja advertido previamente de que possui o direito ao silêncio, sendo assistido por advogado que possa orientá-lo quanto ao custo-benefício de fazer uso de tal direito ou de colaborar; e **(ii)** segundo, que a colaboração resulte de deliberação voluntária e esclarecida, e não de coação ou ameaça de qualquer natureza, o que também é, em parte, assegurado pela assistência de defensor.

No tocante ao primeiro ponto, importa destacar que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LXIII, confere ao acusado **um direito ao silêncio**. Não há, assim, como ressalta Renato Brasileiro de Lima, um “dever ao silêncio”, motivo pelo qual “todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados”, cabendo “ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”<sup>10</sup>. Quanto a segundo e último ponto, recorro que na **ADPF nº 444**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida de instrução criminal forçada, ante o comprometimento dos preceitos constitucionais do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação, nos termos da seguinte ementa:

“1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais.

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Criminal Comentada: volume único**. 6ª ed.rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 709.

Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrario sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O

conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (ADPF nº 444, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, julgado em 14/6/18, publicado em 22/5/19)

Como visto, apesar de a norma em questão **não padecer de nenhum vício** de inconstitucionalidade, **a má técnica legislativa dá margem a interpretações equivocadas e, até mesmo, incompatíveis com a Constituição Federal**, a exemplo daquela sustentada pelo requerente. No mesmo sentido, entende Renato Brasileiro de Lima:

“Parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo *renunciar*. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, alínea ‘g’), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade, não há falar em *renúncia* ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica do seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a ‘colaborar para

a sua própria destruição' (*nemo tenetur se detegere*)".<sup>11</sup>

E prossegue o autor, explicando:

Tanto é verdade que não há renúncia ao direito ao silêncio que o próprio art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas *exclusivamente em seu desfavor*. Como se percebe, ante a possibilidade de ser beneficiado por um dos prêmios legais previstos na nova Lei de Organizações Criminosas, o colaborador opta pelo não exercício do direito ao silêncio, sujeitando-se às consequências de sua confissão. Assim, com a expectativa de receber determinado prêmio legal, o colaborador identifica os demais coautores e partícipes do fato delituoso, contribui para a localização da vítima com sua integridade física preservada, etc. Frustrada a proposta em virtude da retração por uma das partes, seria no mínimo injusto que todo esse acervo probatório fosse contra ele utilizado"<sup>12</sup>.

Na mesma linha de entendimento, afirma o Relator, *in verbis*:

"A indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais (aqui sob a óptica do direito ao silêncio) devem ser entendidas como inerentes ao seu titular, o que não significa a impossibilidade do agente, por sua vontade, de não exercer ou mesmo suspender alguns desses direitos.

(...)

Daí ser pertinente a distinção entre 'renúncia à titularidade do direito fundamental' e a 'renúncia à capacidade de exercício de um direito fundamental', muito bem apresentada por JORGE REIS NOVAIS (Renúncia a direitos fundamentais, p. 283, in JORGE MIRANDA, *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Volume 1, Coimbra Editora, 1996) e desenvolvida por PATRÍCIA MÉRI DRIASEL e SANDRA GEARA CARDOSO (Direitos

11 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Criminal Comentada: volume único**. 6ª ed.rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 709.

12 Ibidem.

Fundamentais, p. 279, in EDUARDO MILLÉO BARACAT, Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos, 1ª ed., Editora Juruá, 2009), a saber:

‘Quando se faz distinção entre renúncia à titularidade e renúncia à capacidade de exercício de um direito fundamental, fica mais claro que valores devem ser considerados na ponderação de uma situação concreta de renúncia. Na renúncia à titularidade é renunciar total e irrevogavelmente à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes que decorrem da posição, enquanto a renúncia ao exercício não é definitiva, pois o sujeito continua na titularidade do direito, podendo voltar a assumir a capacidade plena do exercício do direito’.

Essa distinção é tão importante e pertinente para a análise do caso concreto, que o próprio § 10 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. É dizer: como não houve renúncia ao direito ao silêncio, mas simples não exercício dessa prerrogativa diante da expectativa de receber determinado benefício legal, na hipótese de as partes se retratarem do acordo (por exemplo, quando o colaborador altera o seu depoimento em juízo), as provas autoincriminatórias produzidas por ele não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, embora possam ser úteis, na medida de sua veracidade, contra os demais agentes. Assim, frustrada a proposta em virtude da retratação do colaborador, seria no mínimo injusto que todo esse acervo probatório fosse utilizado contra ele (a retratação equivaleria ao exercício do direito ao silêncio).

Sendo assim, para mim, a colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo). Os benefícios legais oriundos da colaboração premiada servem como estímulo para o acusado fazer uso do exercício de não mais permanecer em silêncio. Na verdade, o que o acusado faz é uma opção: em troca dos benefícios que a Lei n. 12.850/13 oferece, ele escolhe abrir mão, voluntariamente, do direito de permanecer em silêncio. DAMÁSIO E. DE JESUS registra que

‘voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica’ (disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiadano-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 25/02/2020).

Portanto, caberá ao próprio indivíduo decidir, livremente e na presença da sua defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos responsáveis pela persecução penal”.

Portanto, especificamente quanto a essa impugnação, penso que é o caso de se **julgar parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal**, nos termos propostos pelo Relator, o Ministro **Alexandre de Moraes**, com acréscimo da ressalva trazida pelo Ministro **Gilmar Mendes**.

- III -

Com relação às impugnações direcionadas contra os **§§ 6º e 7º do art. 2º da Lei nº 12.850/13**, acompanho o Relator, o Ministro **Alexandre de Moraes**, pelas razões já declinadas por Sua Excelência, deixando de reproduzi-las aqui para evitar repetições e delongas desnecessárias.

- IV -

Ante o exposto:

I - reconhecendo a constitucionalidade do art. 2º, §§ 6º e 7º, da Lei nº 12.850/13, **acompanho o Relator** e, por conseguinte, **julgo improcedentes os pedidos correlatos**;

II - reconheço, outrossim, a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, motivo pelo qual também **acompanho o relator relativamente a esse ponto para julgar improcedente o pedido** de declaração de sua inconstitucionalidade, fazendo aqui, contudo, a mesma ressalva que constou do voto do Ministro **Gilmar Mendes** a respeito, no sentido de que se **deve 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”**;

III - por fim, quanto ao art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, e tendo em

vista a má técnica legislativa empregada nesse dispositivo, dando margem a interpretações equivocadas e incompatíveis com a Constituição Federal, com a máxima vênua, **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”.

É como voto.