

Opinião: O crime de obstrução de Justiça conforme a Lei 12.850/2013

21/05/2019

A Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) trouxe não só novos mecanismos de persecução altamente impactantes no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a colaboração premiada, mas também uma inédita incriminação no Brasil: o chamado “crime de obstrução de justiça”, que já consta de imputações célebres no âmbito da operação “lava jato”.

No entanto, pouco ainda se sabe sobre os contornos desse tipo penal. A ainda incipiente jurisprudência sobre o tema, até o momento, não foi capaz de fornecer uma moldura segura nem sobre o teor nem sobre a extensão do comportamento proibido pela norma. Essa situação não é (somente) imputável à jurisprudência, senão, ainda que parcialmente, ao legislador, que criou um tipo penal bastante vago: nele, apenas se diz que também incorre nas penas cominadas ao crime de organização criminosa (artigo 2º, caput [1]) “quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (artigo 2º, § 1º). Por esse motivo, o Partido Social Liberal (PSL) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.567) contra esse dispositivo, alegando tratar-se de um tipo aberto e desproporcional. Embora a ação ainda não tenha sido julgada, o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, já se manifestou pela constitucionalidade da norma [2].

Na sequência, à luz dos poucos julgados que já trataram do crime de obstrução de justiça, iremos destacar os principais problemas prático-dogmáticos que envolvem esse tipo penal.

Delito de resultado ou de mera conduta?

A primeira questão dogmática que se coloca relaciona-se com a estrutura do delito de obstrução de justiça. Pergunta-se: trata-se de um delito de resultado ou de mera conduta, em que não há uma distinção espaço-temporal entre a ação e um resultado externo — ou na terminologia usada tradicionalmente: crime material ou formal?

Uma leitura direta do tipo penal sugere tratar-se de um delito de resultado, pois as condutas descritas são “impedir” e “embaraçar” investigação de infração penal que envolva organização criminosa. A lei não fala em atos tendentes a ou com potencial para impedir ou embaraçar, mas já se refere diretamente ao resultado dessas ações, qual seja, o impedimento e o embaraço — tal qual nos clássicos crimes de resultado como homicídio (“matar alguém”), lesão corporal (“ofender a integridade corporal ou saúde de outrem”) etc.

Essa parece ser também a posição da jurisprudência do STF, que, em decisões de recebimento ou rejeição de denúncia, alude à modalidade tentada do delito.[3] Por exemplo, no Inquérito 3.980:

“[...] ainda que se admita a prática deste delito na forma tentada, no caso concreto não se visualizam presentes elementos suficientes à caracterização da tentativa. [...] Como se vê, no caso concreto, a narrativa acusatória depende de tantos eventos independentes da vontade e da

atuação do suposto autor em seu *iter criminis*, que em termos de cadeia causal típica não se pode atestar a idoneidade do meio (ameaça velada em circunstâncias não típicas, considerando o encontro casual) sequer para a caracterização da tentativa deste delito”.[4]

Também nos Inquéritos 4.506 e 4.112 imputou-se aos réus (respectivamente, Aécio Neves e Fernando Collor) o crime na forma tentada.[5] Caso se entendesse que o delito em questão fosse de perigo abstrato, cujo tipo penal descreve uma conduta que em regra representa um perigo para o bem jurídico protegido, ou de mera conduta, não seria necessário recorrer a imputação por tentativa, pois as próprias condutas orientadas no sentido do resultado (ainda que esse não viesse a ocorrer) já realizariam o tipo penal na forma consumada.

Obstrução de justiça fora da investigação criminal/no curso do processo?

Outra discussão levada a juízo diz respeito à tipicidade da conduta de obstrução realizada não na investigação, como consta do texto legal, mas já no processo criminal. Na análise do Inquérito 4.720, fundamentando recebimento de denúncia, o ministro Fachin, relator, entendeu que os atos de obstrução praticados no curso da instrução — ou seja, finda a investigação — também são abarcados pelo tipo penal do artigo 2º, § 1º, da Lei das Organizações Criminosas. Como fundamento, aduziu:

“Assim, destinando-se o artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 a tutelar a administração da justiça, e sendo certo que os elementos de informação obtidos no curso das investigações serve-se à formação do convencimento do magistrado no exercício da prestação jurisdicional, eventuais condutas dolosas tendentes ao embaraçamento dos atos de investigação já praticados também se incluem no âmbito de proteção da norma penal, diante da amplitude conceitual que deve ser emprestada ao bem jurídico protegido. [...]

Desse modo, o crime em análise também tutela o produto das investigações, o qual integra, insisto, os elementos de conhecimento sobre os quais o juiz formará o seu convencimento, motivo pelo qual, ainda que deflagrada a fase processual, eventuais condutas tendentes a embaraçar os atos investigativos já produzidos amoldam-se ao tipo penal, que tem por bem jurídico tutelado, como visto, a administração da justiça. Convém ressaltar, de passagem, que embora seja certo que o Direito Penal pátrio é regido pelo princípio da legalidade estrita, que serve como limite à atuação jurisdicional na responsabilização criminal, o recurso à técnica da interpretação extensiva não é proibido, em absoluto, no juízo de subsunção do fato à norma penal incriminadora, podendo o magistrado dela valer-se desde que guarde fidelidade à *mens legis*”.[6]

Nesse ponto, não é possível concordar com a posição do ministro Fachin. De fato, tendo em vista o fim de proteção da norma, que é proteger a Administração de Justiça de interferências externas, seria ou ao menos aceitável que o dispositivo penal também compreendesse ações de obstrução do processo criminal em sentido estrito. No entanto, o bem jurídico protegido ou a finalidade de proteção da norma são *topoi* legítimos, porém apenas *adicionais* na interpretação de um tipo penal, que deve mover-se dentro dos limites do sentido literal possível dos termos que compõem a norma incriminadora. O intérprete não pode criar novas elementares típicas, seja para restringir, seja (principalmente) para ampliar o alcance do tipo (contra o réu), ainda que isso seja racional de um ponto de vista político-criminal.[7]

No caso, o legislador referiu-se expressamente a “investigação de infração penal”, termo técnico, previsto no Código de Processo Penal, que de forma alguma se confunde com a ação ou o processo penal. Ampliar o alcance do tipo penal para condutas praticadas no curso da instrução não seria uma mera interpretação extensiva (já de discutível legitimidade), como afirmou o ministro Fachin, mas sim verdadeira analogia *in malam partem*.

Obstrução de justiça pelo próprio investigado/réu?

Embora ainda não tematizada nos julgados até aqui conhecidos, é preciso atentar para uma outra questão, referente à aplicabilidade (e seus limites) da proibição ao próprio investigado. É verdade que não há no texto legal nenhuma ressalva quanto a isso. Contudo, na sistemática dos crimes contra a Administração da Justiça, é comum isentar-se o réu ou investigado de pena quando sua conduta se destina a evitar sua própria punição, de modo a prestigiar a proibição de não-autoincriminação — *nemo tenetur se detegere* — e à ideia de inexigibilidade de conduta diversa (estado de necessidade exculpante). É o que se dá, por exemplo, no crime de favorecimento pessoal (artigo 348 CP), que estende a impunibilidade até mesmo ao ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso (artigo 348 CP, §2º).

A situação é ainda mais clara no direito comparado, especialmente de tradição romano-germânica. Por exemplo, na Alemanha, no delito que mais se aproxima ao nosso tipo penal de obstrução de justiça, qual o seja o § 258 (*Strafvereitelung*) do CP alemão, há uma cláusula expressa (inciso 5) que prevê que não será punido aquele que, com a conduta, “ao mesmo tempo quer impedir, completa ou parcialmente, que ele mesmo seja punido ou que uma pena ou medida contra ele já impostas sejam executadas”[8]. No mesmo sentido o CP italiano, que, ao final da seção dos crimes contra a Administração da Justiça — incluindo o tipo penal de favorecimento pessoal (artigo 378 CP) —, estabelece que “não é punível quem tenha cometido o fato por ter sido forçado pela necessidade de salvar a si mesmo ou a alguém próximo de um dano grave e inevitável para a liberdade ou a honra”[9].

O problema se torna ainda mais agudo quando a conduta imputada não consiste numa agressão positiva contra a investigação, mas sim meramente autodefensiva, ainda circunscrita à esfera pessoal do investigado, como a exclusão de mensagens de whatsapp no próprio celular. [10] Punir o sujeito por isso, sob o argumento de que o aparelho seria apreendido posteriormente, equivale praticamente a impor-lhe um dever positivo de colaboração (leia-se, nesse caso autoincriminação), algo dificilmente compatível com o *nemo tenetur*.

Outras questões

Finalmente, remanescem ulteriores indagações, as quais, neste espaço, nos cumpre apenas levantar e mencionar:

a) Seriam típicas ações em si mesma legais, transparentes e/ou neutras, como por exemplo, apresentação de projetos de lei tendentes a afrouxar ou colocar limites à persecução penal (anistia, punições contra abuso de autoridade)[11]? Não haveria com isso uma intromissão indevida na atividade parlamentar legítima? Não se poderia considerar que seriam ações cobertas pelo “risco permitido”?

b) Consuma-se o crime de obstrução de justiça quando o agente tenta (por exemplo, mediante pagamento) dissuadir outrem a realizar um acordo de colaboração premiada? O princípio da autorresponsabilidade [12] (aqui referida ao possível colaborador) não afastaria a imputação do primeiro agente? Nesse caso deve-se ponderar que deixar de realizar uma colaboração premiada não é um ato em si ilícito, que atenta contra a Administração de Justiça, senão lícito e voluntário.

c) Quando há pagamento de propina a atores processuais ou de persecução para embaraçar investigação, a punição por obstrução de justiça não esbarra no *ne bis in idem*, tendo a vista a concomitante realização dos tipos penais de corrupção?[13]

Conclusão

As questões acima levantadas apontam que o delito de obstrução de justiça merece ser objeto de maiores reflexões e estudos, que enfoquem não só a interpretação dogmática do tipo penal, mas também as possíveis fricções com princípios basilares do direito penal que visam resguardar direitos fundamentais dos cidadãos, como o *nemo tenetur se detegere*, o direito de defesa, o direito à privacidade etc.

1 artigo 2º: Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

2 STF, Inq 4720, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 06/11/2018, public. 22/11/2018.

3 Em sentido diverso JFPR, AP 5027868-69.2017.4.04.7000, Juiz Federal Marcos Josegrei da Silva, 14ª VF, julgado em 19/02/2018.

4 STF, Inq 3980, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. em 06/03/2018, DJe-113 Div. 07/06/2018, Public. 08/06/2018. Sobre essa questão cf. o estudo de Porciúncula, José Carlos. Reflexão crítica: Obstrução de investigação de organização criminosa, Capítulo 2, em: Jota (<https://www.jota.info/especiais/reflexao-critica-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa-02102016>, acesso em 20/05/2019).

5 STF, Inq 4506, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 17/04/2018, DJe Div. 03/09/2018, Public 04/09/2018; STF, Inq 4112, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, julgado em 22/08/2017, DJe Div. 09/11/2017, Public. 10/11/2017. Neste último caso, a denúncia foi rejeitada, porque se entendeu que se tratava, na espécie de crime impossível. A suposta conduta era “pedir estorno de créditos relativos a depósitos em dinheiro na sua conta pessoal com a finalidade de se desvincular dessas operações e evitar a instauração de investigação sobre os fatos no âmbito do STF”. Argumentou-se que “[...] em se tratando de lançamentos em conta aperfeiçoados há mais de um ano, o estorno solicitado não se prestaria a ocultar os registros antigos, mas, acaso viável, apresentar-se-ia como mais uma movimentação sequencial acrescida às anteriores”. A nosso sentir, não se trata de crime impossível, mas já de *atipicidade* da conduta.

6 STF, Inq 4720, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 06/11/2018, public. 22/11/2018. Em sentido próximo STJ, RHC nº 102117, Joel Ilan Paciornik, 5ª TURMA, DJE 19/10/2018.



7 Cf, *Schünemann*, Bernd. *Nulla Poena Sine Lege*, p. 4, 1978, passim; Puppe, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª. Ed., 2016, p. 120, 123; nesse sentido também *Leite*, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (artigo 89 da Lei 8.666/1993) – Interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do Gestor Público e a relevância jurídica da opinião técnica da Procuradoria do Município (STF, Inq. 2.482), em: RBCC 104 (2013), p. 104 s.

8 Wegen Strafvereitelung wird nicht bestraft, wer durch die Tat zugleich ganz oder zum Teil vereiteln will, daß er selbst bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird oder daß eine gegen ihn verhängte Strafe oder Maßnahme vollstreckt wird.

9 Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

10 Cf. JFPR, AP 5027868-69.2017.4.04.7000, Juiz Federal Marcos Josegrei da Silva, 14ª VF, julgado em 19/02/2018.

11 Caso do mencionado Inq. 4506 STF, envolvendo o Deputado e ex-Senador Aécio Neves.

12 Cf. *Greco*, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade, em: Greco/Leite/Teixeira/Assis. *Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, Marcial Pons: Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, p. 203 e ss.

13 Nesse sentido TRF4, ACR 5022179-78.2016.4.04.7000, 8ª Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 14/11/2017.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-mai-21/opiniao-crime-obstrucao-justica-conforme-lei-128502013/>