

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Paola Alcântara Lima Dumont

**OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA:
Em busca da legitimação material e processual**

Belo Horizonte
2023

Paola Alcântara Lima Dumont

**OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA:
Em busca da legitimação material e processual**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção de título Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen.

Coorientador: Prof. Dr. Vinícius Diniz Monteiro de Barros.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Belo Horizonte
2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D893o Dumont, Paola Alcântara Lima
Obstrução de justiça: em busca da legitimação material e processual / Paola Alcântara Lima Dumont. Belo Horizonte, 2023.
148 f.

Orientador: Guilherme Coelho Colen
Coorientador: Vinícius Diniz Monteiro de Barros
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013]. 2. Crime organizado. 3. Obstrução da justiça. 4. Princípio da legalidade. 5. Direito penal. 6. Tipo penal. 7. Tipicidade. 8. Autoincriminação. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Barros, Vinícius Diniz Monteiro de. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.232

Paola Alcântara Lima Dumont

**OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA:
Em busca da legitimação material e processual**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção de título Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Vinícius Diniz Monteiro de Barros – PUC Minas (Coorientador)

Prof^a. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques – UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. José de Assis Santiago Neto (PUC Minas)

Belo Horizonte, 19 de maio de 2023

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de retribuir a todos os que, de alguma forma, contribuíram e fizeram diferença em um momento tão importante da minha vida. Cursar o mestrado foi um sonho, desejado e planejado e que certamente impactou a vida de todos a minha volta, que viveram o meu desejo como se fosse o deles.

Preciso começar agradecendo a minha família, eles sempre me deram todo apoio e amor. Ana Clara e Marcus Vinícius, vocês são tudo! Ainda que gastasse todo o espaço dessa dissertação, não conseguiria demonstrar o quanto vocês são especiais. Sei que não foi um período fácil, mas vocês se entregaram incondicionalmente e sonharam junto comigo, só tenho que agradecer.

Mãe, quero aproveitar o momento e expressar todo o meu amor e gratidão por você. Ao longo dos anos, você me ensinou, apoiou e fez dos meus sonhos os seus, com absolutamente tudo. Sua dedicação incondicional e amor infinito foram primordiais em toda minha vida e não seria diferente para a conclusão desta dissertação.

Ao Marco Aurélio e Tânia, que sempre me acolheram, na convicção de que a educação é de fato uma forma de mudança para alcançar todo e qualquer sonho. Vocês contribuíram das mais diversas formas e eu tenho certeza de que tudo isso somente foi possível com o apoio e amor de vocês.

Preciso também agradecer ao Matheus, minha referência de pessoa, comprometimento e de responsabilidade. Obrigada pela ajuda na vida, na advocacia e por segurar todas as minhas crises existenciais!

Ao meu orientador, Professor Guilherme Colen, que de maneira muito despretensiosa me recebeu ainda em 2017 em uma disciplina isolada e após a aprovação como efetiva no PPGD, me acolheu de maneira desmedida e confiou em toda a minha trajetória. Ensinou-me que o mestrado é, para além de uma boa dissertação, oportunidade de aprendizado, de aproximação e, especialmente, de definir quais caminhos seguir. Obrigada, Professor, pelas lições da advocacia, da docência e por depositar em mim a sua confiança.

Também agradeço ao meu coorientador, Professor Vinícius Monteiro de Barros, por me inserir na atividade acadêmica, por acreditar e incentivar o meu

sonho de ingressar no mestrado, mas especialmente, por entender as minhas limitações e por sempre ter uma palavra acolhedora.

Ao Programa de Pós-Graduação da Puc Minas e aos seus funcionários, especialmente à Erinalda, por sempre ser diligente e atenta, demonstrando toda a responsabilidade e seriedade do nosso programa. Agradeço também pelos bons papos e as dicas de vida!

Meus agradecimentos se estendem também ao Professor Marciano Godoi, pelos conselhos, conversas, cafés e pílulas rápidas de sabedoria, sempre com bom conselho de vida.

Aos Professores Lucas Gontijo e Klélia Canabrava, pelos encontros de quarta, na construção de pensamento crítico e humano na condução do Colegiado que foi coerente, responsável, comprometido com o ensino, mas acima de tudo, humano. Eu aprendi muito com vocês!

Às minhas amigas da vida, Gabriela Mendes e Jamilla Sarkis, que sempre serão as minhas referências, seja pela seriedade e comprometimento com absolutamente tudo o que fazem, mas também, pelos sorrisos frouxos, comidas, dancinhas horríveis (com exceção da Gabi, obviamente), e por todo amor envolvido no nosso trio. Eu só tenho que agradecer pelo apoio!

Agradeço também a minha amiga Talita Assis, que além de todo apoio e confiança na pesquisa, me deu apoio com todas as demandas da advocacia enquanto desenvolvia este trabalho.

Aos meus amigos do PPGD, Felipe Amore, Marcus Vinícius e Pedro Henrique, formamos o melhor grupo de “excluídos”. A trajetória foi mais leve e engraçada com vocês!

Agradeço, ainda, reconhecendo a possibilidade de me esquecer de alguém, à Paula Brenner, ao Renato Almeida e Dorcas Almeida. Nossas conversas, trocas, sugestões, além dos cafés e sucos – já que o meu paladar infantil me impede de ir além – foram imprescindíveis para a realização e consolidação da pesquisa.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo perquirir se o tipo penal previsto no art. 2º, §1º, da Lei de Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/13), conhecido como “obstrução de justiça”, possui legitimidade material, encontrando amparo no princípio da legalidade, sob a perspectiva da taxatividade – o qual impõe a criação de leis incriminadoras com conteúdo preciso –, bem como a necessidade de verificação de resultado lesivo frente ao princípio da ofensividade. Ademais, por se tratar de um tipo penal que possui repercussões processuais, uma das preocupações do trabalho também foi o desenvolvimento crítico sob o aspecto processual, em razão da não-autoincriminação. Partindo da premissa de um Direito Penal e Processual democrático como limitador do poder punitivo, apresentou-se uma hipótese crítica ao produto da atividade do legislador brasileiro, hipótese está fundada no fato de que os elementos inseridos na descrição do tipo não só violam requisitos teóricos da tipicidade como também inviabilizam o direito de não-autoincriminação. Para verificação da hipótese, realizou-se estudo da motivação e criação normativa, perpassando a análise do tipo penal do modo como se encontra posto. Em seguida, buscou-se apresentar os conceitos de “modelo garantista” e os elementos que compõem o princípio da legalidade, relacionando-os com os elementos de tipicidade e do tipo penal e identificando, especialmente, a falta de limitação de condutas delituosas e a vagueza da exigência e dos limites de resultado naturalístico e jurídico no tipo penal em questão. Também se explicitou o conceito de “não-autoincriminação” e a contradição existente em um tipo penal que criminaliza condutas por essência defensivas ou de resistência. Verificou-se, por meio de análise de casos, que a inobservância da técnica legislativa e das interpretações judiciais realizadas ocasionou persecuções penais descabidas, reforçando a hipótese inicialmente estabelecida, de imprecisão do conteúdo do tipo penal que incrimina a obstrução de justiça em razão da abertura textual, da ausência de definição de “lesão ao bem jurídico” e da limitação ao direito à não-autoincriminação.

Palavras-chave: Direito Penal. Legalidade. Taxatividade. Tipicidade. Obstrução de justiça. Não auto-incriminação.

ABSTRACT

The present study aims to investigate whether the criminal type presented in art. 2, paragraph 1, of the Law on Criminal Organizations (Law No. 12.850/13), known as "obstruction of justice", has material legitimacy, finding support in the principle of legality, from the perspective of taxativity – which imposes the creation of incriminating laws with precise content – as well as the need to verify harmful results against the principle of offensiveness. Moreover, as it is a criminal type that has procedural repercussions, one of the concerns of the work was also the critical development under the procedural aspect, due to the non-self-incrimination principle. Starting from the premise of a democratic Criminal and Procedural Law as a limitation of the punitive power, a critical hypothesis was presented to the product of the activity of the Brazilian legislator, a hypothesis based on the fact that the elements inserted in the description of the type not only violate theoretical requirements of typicality but also obstruct fruition of the right of non-self-incrimination. To verify the hypothesis, a study of the motivation and normative creation was carried out, encompassing the analysis of the criminal type as it is in Brazilian legislation. Then, the concepts of "guarantee system" and the elements that make up the principle of legality were presented and related to the elements of typicality and of the criminal type. It was possible to identify, particularly, the lack of limitation of the criminal conduct and the vagueness of the requirement and limits of naturalistic and legal results in the criminal type in question. The concept of "non-self-incrimination" and the existing contradiction in a criminal type that criminalizes essentially defensive or resistant behaviors were also explained. It was verified, through the analysis of cases, that the non-observance of the legislative technique and the judicial interpretations carried out caused unreasonable criminal prosecutions, reinforcing the initially established hypothesis of imprecision of the content of the criminal type that incriminates the obstruction of justice due to vagueness of the text, the lack of definition of "damage to the legal interest" and the limitation of the right to non-self-incrimination.

Keywords: Criminal Law. Legality. Taxativity. Typicality. Obstruction of justice. Defense Right.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art.	Artigo
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CSPCCO	Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado
CRFB/88	Constituição Federal de 1988
SG	Garantismo Penal
Inc.	Inciso
Inq.	Inquérito
Min.	Ministro
ORCRIM	Organização Criminosa
ONU	Organização das Nações Unidas
PLS	Projeto de lei
Rel.	Relator
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1.APRESENTAÇÃO DO CRIME DE OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA	20
1.1 Apontamentos antecedentes à criação do tipo e estrutura do delito prevista no art. 2º §1º da Lei n.º 12.850/13	20
1.2 Objeto de proteção da norma e sujeitos	25
1.3 Tipicidade objetiva	26
1.4 Tipicidade subjetiva	27
1.5 Resultado, consumação e tentativa	28
2. MODELO GARANTISTA DE DIREITO E PROCESSO PENAL	29
2.1 Teoria do Garantismo	41
2.2 Modelo do Garantismo Penal e seus axiomas	47
3. (IN)ADEQUAÇÃO DO TIPO PENAL DE OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA AO MODELO GARANTISTA	50
3.1 Legalidade: taxatividade e analogia	49
3.3.1 <i>Falta de delimitação das condutas proibidas</i>	60
3.2 Ofensividade: ausência de resultado lesivo.....	85
3.2.1 <i>Delimitação do resultado lesivo e necessidade de valoração da afetação</i>	93
3.3 Direito à não-autoincriminação: Condutas delitivas e sujeito ativo. 99	
3.3.1 <i>Nemo tenetur se detegere ou direito à não-autoincriminação</i>	100
3.3.2 <i>Inadequação do sujeito ativo no caso de investigado em procedimento investigatório por atos de obstrução de justiça que envolva ORCRIM</i>	116
3.4 Análise de casos: jurisprudência e a busca por uma interpretação constitucional.....	123
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS.....	138

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo central analisar o tipo penal que criminaliza os chamados “atos de obstrução de justiça”, previsto no §1º do art. 2º da Lei n.º 12.850/13.

O tipo penal de obstrução de justiça está inserido na Lei n.º 12.850/2013, que define o que é organização criminosa (ORCRIM), como também trata das medidas legais e infrações penais a ela relacionadas, determinando incorrer nas mesmas penas cominadas a quem integra organização criminosa e “[...] quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (BRASIL, 2013).

O conteúdo aqui apresentado é fruto de insucesso obtido em experiências profissionais, quando se observaram persecuções criminais em desfavor de cidadãos que não tinham consciência das condutas praticadas e que eventualmente estavam amparados pela não-autoincriminação, tornando-se alvos de persecuções penais por obstrução e/ou embaraço a investigações e instruções criminais.

Simultaneamente, também verificou-se que a jurisprudência encontra problemas ao tentar delimitar o alcance do tipo penal, gerando grandes dificuldades em solucionar problemas práticos, que serão aqui apresentados, além de questionamentos referentes à inconstitucionalidade do tipo, vagueza das condutas ali inseridas, conflitos aparentes e reais de normas, dentre outros.

A título exemplificativo, cita-se a denúncia ofertada em desfavor de C. N, do deputado federal E.F. e do ex-deputado M.J pelo crime de obstrução de justiça em decorrência de alegada exigência de silêncio¹ de um ex-assessor e absolvição de L.I.L.S e outros denunciados pela prática de obstrução de justiça em vista de alegado pagamento a terceiro para que não firmasse acordo de colaboração premiada com as autoridades².

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4.720. Relator: Min. Edson Fachin. Redator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22/08/2021. Órgão Julgador: 2.a Turma. Publicação: DJ-238, 02/12/2021.

² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Ap. Criminal n.º 0042543-76.2016.4.01.3400. Relator: Des. Federal Néviton Guedes. Julgamento: 01/07/2019. Órgão Julgador: 4.a Turma. Publicação: 16/07/2019.

O problema da pesquisa também é fruto de discussões acadêmicas, visto que não há muitas pesquisas com enfoque na análise do tipo penal ora abordado, tendo sido identificado um único trabalho de dissertação, realizado no ano de 2022, de autoria de Ivan Navarro Zonta³, além de obra elaborada por Luciano Feldens e Adriano Teixeira em 2020⁴, de modo que há necessidade e espaço para o desenvolvimento de um trabalho no âmbito da teoria e da técnica penal e processual, o que, por consequência, também justificou o empreendimento deste estudo.

Busca-se então compreender a ausência de elementos necessários para se efetivar o princípio da legalidade penal, tendo em vista que o tipo é demasiadamente vago, não definindo com clareza as condutas delitivas e os resultados exigidos para sua concretização.

Ademais, procura-se verificar se a criminalização de potenciais condutas teria sua legitimidade afirmada por entrarem na esfera do direito à não autoincriminação, do ponto de vista processual.

A partir da pesquisa, questiona-se: o tipo em análise, frente a sua abertura, atende ao que é exigido pelas garantias penais e processuais fixadas em direito penal e processual democrático?

Para o desenvolvimento do trabalho, é realizada uma exposição do tipo penal, de modo a identificar e estabelecer os principais pontos que permeiam e problematizam o delito, perpassando pelos elementos descritivos, elementos objetivos e subjetivos e objeto de proteção. Percebe-se, desde logo, um tensionamento entre o poder estatal, na perspectiva de criminalização de condutas que possam afetar a condução da persecução penal, e os direitos individuais e fundamentais, como limite de poder, em favor daqueles que podem estar sob o manto do direito de defesa.

Frente ao cenário apresentado, a pesquisa passa a uma segunda etapa. O percurso adotado foi a construção de um marco teórico pautado no Garantismo Penal e do Estado Democrático de Direito, de forma a analisar eventual abuso de poder por parte daqueles que criam e realizam a incidência

³ ZONTA, Ivan Navarro. **Obstrução de justiça**: análise do crime à luz do direito de defesa.

⁴ FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. **O crime de obstrução de justiça**: alcances e limites. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

da norma, nos âmbitos Legislativo e Judiciário, no âmbito das ciências penais e processuais.

Apresentam-se os conceitos de princípio da legalidade, tipicidade e tipo penal, verificando-se seus requisitos, segundo a teoria penal.

Em sequência, investiga-se se os limites estabelecidos na teorização penal foram respeitados, especialmente no que diz respeito aos elementos objetivos do tipo penal, verificando o âmbito de incidência das condutas, a necessidade de resultado e demais aspectos controversos que foram identificados.

Posteriormente, verifica-se os aspectos do tipo penal em relação ao direito de não autoincriminação, como garantia do indivíduo, relacionando-as a possibilidade de responsabilização de condutas defensivas de sujeitos que estejam sendo investigados por organização ORCRIM.

Indicados os parâmetros impostos pelas garantias constitucionais, seus efeitos são testados em estudos de casos penais. Busca-se, com isso, compreender o que os órgãos acusatórios têm entendido como práticas criminosas, avaliar a incidência e eficácia dos princípios e, especialmente, investigar a ocorrência de violação aos princípios da legalidade e do direito de não autoincriminação.

Ao final, constatada a hipótese do trabalho, almeja-se a verificação da hipótese inicialmente apresentada e a possibilidade ou não da coexistência dos atos de obstrução de justiça da forma como está posta na legislação frente às garantias individuais, como a liberdade, a legalidade, o devido processo legal e o direito de não autoincriminação aos jurisdicionados.

1 APRESENTAÇÃO DO CRIME DE OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA

Objetivando apresentar todas as características analíticas que compõem e permeiam o tipo penal previsto no §1º do art. 2º da Lei 12.850/13, optou-se por realizar uma análise expositiva para, posteriormente, abordar a problemática envolvendo o seu conteúdo – ou a imprecisão do conteúdo.

Pretende-se descrever, a partir das poucas obras nacionais⁵ que se dedicam à análise do tipo penal, as supostas condutas nucleares do tipo, para então analisar o que se entende pelos seus elementos complementares, o momento de sua consumação ou da possibilidade da tentativa, bem com o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal.

1.1 Apontamentos antecedentes à criação do tipo e estrutura do delito prevista no art. 2º, §1º, da Lei n.º 12.850/13

Para entendermos o modo como o tipo penal atualmente se apresenta, faz-se necessário realizar, ainda que de maneira breve, apontamentos antecedentes à sua criação e seu processo de elaboração.

A existência de crime organizado é uma demonstração de poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro-criminalidade (GOMES, 2008, p. 3).

Verificou-se aumento exponencial da criminalidade organizada a partir do século XXI, com as novas tecnologias e expansões geográficas características desse tempo, o que ocasionou significativas mudanças no modo de agir dos criminosos.

Nesse cenário, em 1992, houve expressivo marco na história das organizações criminosas: dois membros da magistratura do Ministério Público italiano, Giovane Falcone e Paolo Borsellino, foram mortos pela *Cosa Nostra*, uma sociedade criminosa secreta italiana, nos massacres de Via Capaci e Via d'Amelio. Os homicídios foram uma resposta da organização criminosa ao

⁵ Observa-se, pela pesquisa conduzida, que grande parte da doutrina realiza a análise do tipo em manuais, os quais fazem exposição de leis penais extravagantes, de modo que não existe aprofundamento sobre questões que serão posteriormente abordadas no trabalho.

chamado *Pool Antimafia*, que levou à prisão dezenas de pessoas ligadas à organização criminosa na época (VARGAS, 2008).

Com o objetivo de coibir o avanço dessas organizações, a Organização das Nações Unidas (ONU) elegeu a cidade siciliana de Palermo como sede de sua conferência sobre o combate ao crime organizado, na tentativa de pensar em meios e instrumentos jurídicos para aperfeiçoar os sistemas de justiça criminal dos países.

Em 15 de novembro de 2000, houve uma deliberação da Assembleia Geral da ONU para a criação do texto da Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional, à disposição dos Estados-membros. Seu objetivo geral era promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

A convenção é um documento normativo básico que, no plano internacional, rege as ações legais e as políticas institucionais de combate ao crime organizado praticadas nas maiores cidades dos países celebrantes desse tratado internacional. Com efeito, é a convecção de Palermo que contém os postulados básicos, as diretrizes fundamentais que inspiram e orientam a elaboração de leis e a formulação das políticas de prevenção e repressão ao crime organizado, adotados pelos 147 países que a subscreveram (GOMES, 2008, p. 25).

O Brasil, como país signatário, aprovou a Convenção pelo Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, ratificou-a em 28 de janeiro de 2004 e a promulgou pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, aceitando não só as obrigações e orientações ali inseridas, mas também a necessidade de criminalização e, dentre elas, a da obstrução de justiça, que consta nos seguintes termos:

Artigo 23

Criminalização da obstrução à justiça

Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente:

- a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;
- b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos

Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos. (BRASIL, 2004)

Conforme se percebe, a previsão determina a criminalização de condutas específicas, tais como: atos de violência, ameaças, promessas, ofertas e concessões para obtenção de benefício indevido, além de impedir o testemunho falso e assegurar a apresentação de provas relacionadas a ORCRIM, bem como a proteção a agentes policiais ou judiciais que atuem com tal matéria.

No plano interno, na tentativa de operacionalizar o compromisso assumido, foi protocolado projeto de lei (PLS), no Senado Federal, pela Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT), que recebeu o n.º 150/2006, e que tinha por objetivo tipificar os crimes envolvendo organização criminosa, os meios de obtenção de provas, o procedimento e demais aspectos processuais⁶.

Naquele primeiro momento, tentou-se realizar uma descrição das condutas que deveriam configurar o crime organizado e seus correlatos, sendo que, entre elas, haveria a descrição da criminalização da obstrução de justiça, precisamente no art. 2º, §1º, inc. III⁷, o qual indica que incorre nas mesmas penas quem:

Intimida ou influencia, por qualquer dos modos de execução referidos no caput deste artigo, testemunhas ou funcionários públicos responsáveis pela apuração de atividades do crime organizado; impede ou dificulta, valendo-se dos mesmos modos, a investigação do crime organizado (BRASIL, 2006).

Da simples leitura da proposta inicial, percebe-se que ela pouco se relaciona ao que foi pretendido com o mandado de criminalização emanado pela

⁶ Projeto inicialmente proposto disponível em:

https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/77859#tramitacao_9101577

⁷ O tipo penal era redigido da seguinte forma:

Art. 2º Promover, constituir, financiar, cooperar, integrar, favorecer, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena: reclusão, de três a dez anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais crimes praticados.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - por meio de organização criminosa:

a) fraudar concursos públicos, licitações, em qualquer de suas modalidades, ou concessões, permissões e autorizações administrativas;

b) intimidar ou influenciar testemunhas ou funcionários públicos incumbidos da apuração de atividades de organização criminosa;

c) impedir ou, de qualquer forma, embaraçar o procedimento investigatório de crime que envolva organização criminosa;

II - financiar campanhas políticas destinadas à eleição de candidatos com a finalidade de garantir ou facilitar as ações de organizações criminosas.

Convenção. Na proposta, a redação sugerida amplia o espectro de incidência e torna crimes condutas indeterminadas, enquanto na Convenção, as condutas de obstrução se relacionam ao uso da força física ou de ameaças para obtenção de falso testemunho ou coação dos agentes de presunção no desenvolvimento da investigação.

Nota-se ainda que, no primeiro momento da proposta, o tipo era claro em vincular aos atos de obstrução somente àqueles sujeitos que integravam a organização e que por meio dela criar obstáculos à investigação.

Durante o trâmite legislativo, a partir da proposta de alteração de n.º 26 sugeriu-se a alteração do § 1º do art. 2º para prever que, nas mesmas penas do *caput*, incorreria o agente que, por meio de organização criminosa, intimidasse ou influenciasse qualquer funcionário público – e não apenas aqueles envolvidos na apuração de crimes relativos à atuação de organizações criminosas –, conforme se extrai do Parecer da CCJ⁸, aumentando ainda mais o âmbito de incidência da conduta ilícita.

Em seguida, as condutas de promover, constituir, financiar, cooperar, integrar ou favorecer, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, passaram a ser tipificadas no art. 2º, assim também como as condutas tipificadas nos incisos I a IV do §1º e as do §2º, com a determinação de incorrerem nas mesmas penas, conforme Parecer n.º 264, da CCJ⁹.

Ao chegar à Câmara dos Deputados, em 09 de dezembro de 2009, em razão do trâmite bicameral e de modo substitutivo, o projeto passou a ser identificado como PLS n.º 6.578/2009 e lá se reforçou a importância da criação do tipo penal, conforme manifestação contida no parecer do Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO), quando da manifestação na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO).¹⁰

⁸ Parecer elaborado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre as Emendas nos 25 a 36 – PLEN ao Projeto de Lei do Senado nº 150, de 2006, que dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências.

⁹ Parecer de n.º 264, elaborado pela CCJ na íntegra: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809842&ts=1630430507518&disposition=inline>.

¹⁰ Parecer do Relator, Dep. João Campos (PSDB-GO), pela aprovação, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=825569

O delito de obstrução era previsto no inc. I, alíneas b e c¹¹. O Deputado Delegado Waldir (PSDB-GO)¹² apresentou em voto em separado n.º 1 CSPCCO, a proposta de alteração de conteúdo do âmbito de incidência da alínea b, incluindo, além de testemunhas, “as vítimas e familiares”. Propôs, também, a exclusão do inc. II, pois criminalizaria apenas o financiamento de campanhas políticas pelas ações de organizações criminosas, condutas que já estavam abarcadas pela alínea c do inc. I (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 22).

O procedimento foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e após a apresentação do Parecer do Relator n.º 1 CCJC, pelo Deputado Vieira da Cunha (PDT-RS)¹³, o tipo penal passou por novas modificações, tendo os incisos do §1º sido excluídos e a conduta de obstrução redigida nos seguintes termos: “Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”.

Durante o trâmite para aprovação do projeto, nada mais foi alterado em relação ao tipo penal, de modo que, após sanção presidencial, a aprovação da redação se deu nos seguintes termos:

Art. 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.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. (BRASIL, 2013)

A construção do delito de obstrução de justiça ocorreu à margem da estruturação da conceituação e tipificação do crime de organização criminosa. Pouco se disse a seu respeito e de suas características específicas, cabendo à ciência jurídico-penal definir seus contornos (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 23).

¹¹ Projeto inicialmente apresentado no Senado, disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723727

¹² Voto separado n.º 1, de autoria do Deputado Waldir, na CSPCCO, disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=851664

¹³ Parecer do Relator, Dep. Vieira da Cunha (PDT-RS), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo, além da alteração do tipo, disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1002151

1.2 Objeto de proteção da norma e sujeitos

Ao analisar o objeto de proteção da norma, nota-se que o pretense bem jurídico a ser tutelado é a Administração da Justiça e com a regularidade de seu funcionamento. O objetivo é que o interesse na realização da justiça não sofra intervenções ou impedimentos em seu regular trâmite.

Desse modo, o crime em estudo se aproxima dos crimes previstos no capítulo III do Código Penal, intitulado: “Dos Crimes Contra a Administração da Justiça”, que abarca tipos penais como o falso testemunho, coação, fraude, dentre outros.

Contudo, conforme apontam Luciano Feldens e Adriano Teixeira, é necessário realizar uma distinção e precisar o objeto de proteção deste tipo frente aos demais que também visam à proteção da Administração da Justiça¹⁴.

Isso porque os tipos penais que tipificam esses crimes em questão se dividem em dois blocos: aqueles que atentam contra os *meios de* que o Estado dispõe para desenvolver a persecução e aqueles que comprometem diretamente os *resultados* que o Estado visa a alcançar com a aplicação da lei e a realização de justiça (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 28).

As condutas tipificadas por obstrução de justiça buscam proteger a persecução penal, sendo classificadas como instrumento à disposição da Administração da Justiça. As ações que não atentam diretamente contra os mecanismos persecutórios não violam o objeto de proteção do crime de obstrução, já que não realizam o conteúdo material do injusto, como, por exemplo, a utilização de outros meios para manter oculta a prática de crime (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 29).

Sendo assim, o objeto material sobre o qual recai a ação delituosa será a investigação de infração penal envolvendo organização criminosa, em razão da leitura limitada do tipo, que não se estende à fase judicial do processo penal.¹⁵

¹⁴ A importância de tal distinção se dá na medida da valoração de afetação de bem jurídico para criminalização, conforme veremos adiante.

¹⁵ Veja-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.817.416 – SC, pela 5ª Turma do STJ, circunstância em que o paciente alegou atipicidade da conduta, pois já estaria em curso ação penal e o tipo penal determina a criminalização apenas para a fase de investigação. Entende-se que os ministros realizaram leitura equivocada e extensiva do tipo penal, permitindo um excessivo alargamento da incidência do tipo, pois o entendimento de que investigação de infração penal abrange não só a fase de investigação criminal, mas também a fase processual, implica analogia *in malam partem*, e não interpretação extensiva. Nesse sentido, Bitencourt e

A obstrução de justiça configura delito acessório, somente sendo possível a sua imputação se caracterizada a organização criminosa, tal como ocorre nos delitos de lavagem de dinheiro (MASSON; MARÇAL, 2020, p. 105).

Caso não seja demonstrada a existência da ORCRIM e frente à inexistência de outro tipo penal com a previsão de obstrução de justiça em qualquer outro tipo de investigação, tais como outros delitos não abarcados pela lei, é correto afirmar que inexistirá a prática do delito.

No que diz respeito aos sujeitos do delito, percebe-se que o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa que tenha ou não interesse no embaraço da investigação, não sendo exigida nenhuma outra qualidade ou condição especial.

É válido mencionar que existem questionamentos a respeito do sujeito investigado por integram ORCRIM ser o sujeito ativo do crime de obstrução de justiça, considerando que a ele, é assegurado o direito à não autoincriminação, conforme veremos no tópico 3.3 do trabalho.

O sujeito passivo é o Estado, que é atingido diretamente quando se frustra ou se dificulta a investigação criminal.

1.3 Tipicidade objetiva

O tipo penal prevê duas condutas: impedir e embaraçar investigação criminal que envolva organização criminosa.

Em relação à primeira, tem-se que impedir significa obstar, impossibilitar, inviabilizar. Já em relação ao segundo, significa tumultuar, dificultar, confundir ou perturbar¹⁶.

Percebe-se que a segunda conduta descrita é menos grave que a primeira, pois a conduta de quem embaraça representa um estágio menos avançado do que a de quem impede. Como apontado por Cezar Roberto

Busato lecionam que a terminologia técnica utilizada possui conteúdo preciso que designa especificamente a fase pré-processual da persecução. Nas ocasiões em que o legislador visa indicar a fase processual, assim faz claramente por meio do uso de outros termos – como “processo judicial”, “processo criminal” ou “fase processual” (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 87-88). Ademais, não há que se falar em maior razoabilidade de criminalização quando se trata de leitura de tipos penais incriminadores, conforme veremos no capítulo 3.

¹⁶ IMPEDIR. *In*: DICIO, **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2015.

Bitencourt e Paulo Busato, elas podem ser consideradas como condutas progressivas (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 84).

1.4 Tipicidade subjetiva

O elemento subjetivo é representado pelo dolo, ou seja, a vontade livre (elemento volitivo) e consciente (elemento intelectual) de praticar qualquer uma das condutas descritas no tipo penal.

Conforme aponta Eugenio Raúl Zaffaroni, o tipo doloso implica sempre a causação de resultado, mas caracteriza-se, principalmente, pela vontade de causar o resultado. Essa vontade de resultado é o querer que ele aconteça, e precisa estar alinhada ao conhecimento dos elementos objetivos e concretos do tipo penal (ZAFFARONI, 2011, p. 210).

Deve, portanto, o sujeito ativo, antes de tudo, ter a vontade de praticar o impedimento ou embaraço, abrangendo, com a sua ação, o resultado, os meios executórios e a relação de causa e efeito.

Já a consciência deve ser atual e abranger todos os elementos que compõem o tipo. O sujeito ativo precisa ter pleno conhecimento no momento em que a ação se realizar, conforme dispõe os arts. 4º e 18 do CP.

Quando a conduta do sujeito não se concretiza no processo intelectual-volitivo, o dolo não se aperfeiçoa, de modo que não é possível se falar no crime em apreço.

Luciano Feldens e Adriano Teixeira expõem que o dolo pressupõe a existência de uma investigação de infração penal prévia, ou seja, o substrato fático que fundamenta a conduta elementar típica (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 54).

Portanto, deve o agente saber e querer impedir ou embaraçar investigação criminal.

Por fim, o tipo penal não traz exigência de qualquer elemento subjetivo especial, não define o especial fim de agir e sequer condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato.

1.5 Resultado, consumação e tentativa

Com a finalidade de apresentação da problemática que envolve o tipo penal, vale empreender breve exposição sobre a necessidade de resultado, consumação e tentativa, de modo que a temática será aprofundada no subtópico 3.2 deste trabalho.

O crime de obstrução de justiça será consumado com o impedimento ou a continuidade do curso da investigação criminal. A lei não menciona atos com potencial para impedir ou embaraçar a investigação, mas já se refere diretamente ao resultado dessas ações, como no homicídio (matar alguém) ou na lesão corporal (ofender a integridade corporal ou saúde de outrem).

Na modalidade de impedimento, é necessária a ocorrência do resultado de impedir o andamento das investigações, ou seja, pressupõe-se que o impedimento de fato se concretize e que dele resulte a impossibilidade do desenvolvimento da investigação. Sendo assim, considerando a possibilidade de fracionamento dos atos executórios, será permitida a modalidade tentada no caso do impedimento.

Já quanto à conduta de embaraçar, a lei não exige que se impeça ou não se realize a investigação, sendo necessária apenas a demonstração da ocorrência de empecilhos, ou seja, de dificuldades concretas ou de um atraso significativo para o trâmite regular das investigações pertinentes.

Para a consumação do delito nessa modalidade, é imprescindível, portanto, que os transtornos gerados demandem outras medidas supletivas e conservativas que levarão a cabo a investigação, sob pena de se punirem meras intenções que sequer podem ser comprovadas (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 93).

Cleber Masson e Vinícius Marçal argumentam que, além das diferenças observadas, o tipo penal em questão caracteriza um crime de atentado ou de empreendimento¹⁷, sendo incompatível com a forma tentada. A conduta de embaraçar seria apenas uma conduta na modalidade tentada para impedir a continuidade da investigação criminal (MASSON; MARÇAL, 2020, p. 110).

¹⁷ O crime de atentado ou de empreendimento é quando o tipo penal contém na descrição da conduta típica de tentar como o resultado, afastando assim a incidência do art. 14, II, do CP, que prevê a responsabilização com diminuição da pena em razão da tentativa.

2 MODELO GARANTISTA DE DIREITO E PROCESSO PENAL

Durante os estudos prévios desta pesquisa, constataram-se questões problemáticas quanto ao dispositivo legal que prevê o crime de obstrução de justiça, tais como a possibilidade do conflito aparente e real de normas¹⁸, proporcionalidade de penas em relação aos tipos na lei da ORCRIM, exigência ou não de resultado material das condutas comissivas, além das interpretações extensivas em relação à investigação e ao processo penal (ZONTA, 2022).

Porém, o ponto fulcral sempre remete aos limites do tipo penal e a sua constitucionalidade¹⁹, por se tratar de um tipo penal aberto²⁰, sob a justificativa de se solucionar a tensão entre a necessidade de criminalização de condutas praticadas no interesse das organizações criminosas frente ao direito de defesa.

Portanto, torna-se imprescindível realizar a verificação dos elementos caracterizadores das garantias constitucionais para se avaliar a sua constitucionalidade ou não, bem como seus desdobramentos e impactos nas ciências penal e processual, além das suas repercussões práticas.

Para isso, é primordial estabelecer as premissas pelas quais será realizada a leitura de tais garantias e limites (aspecto material da constitucionalidade), perpassando pela importância do estabelecimento do Estado Democrático de Direito e a sua relação com garantismo penal, que é o marco teórico deste trabalho.

Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), instituiu, em seu art. 1º, o Estado Democrático de Direito, superando os modelos sociais e autoritários previamente existentes, indicando quais valores pretende privilegiar em sua ordem jurídica e impondo o respeito em nível constitucional aos direitos e garantias fundamentais.

¹⁸ A iniciativa penal brasileira existe em esparsos dispositivos do Código Penal, em tipos subsidiários como o crime de constrangimento ilegal (art. 146, do CP), ameaça (art. 147, do CP), e fraudes processuais, mas há tipos penais que se encaixam na definição da Convenção de Palermo, sem, contudo, exauri-la, como no caso de crime de falso testemunho mediante suborno (art. 342, §1º, do CP) e coação no curso do processo (art. 344, do CP) (GOMES, 2008, p. 129).

¹⁹ Nesse sentido, foi proposta a Ação de Declaração de Inconstitucionalidade de n.º 5.749, pelo Partido Social Liberal, conforme veremos em tópico específico.

²⁰ O conceito será abordado mais a frente, com maior profundidade, quando falarmos sobre o princípio da legalidade e seus desdobramentos.

Entende-se que, em um Estado Democrático de Direito, as normas constitucionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais têm caráter vinculante, de modo que a Constituição se torna referencial hermenêutico para todo o ordenamento jurídico, movimento conhecido como “democracia substancial”. Nas palavras de Salo de Carvalho:

A democracia substancial estabelece limites ao que pode (ou não) e deve (ou não) ser deliberado por uma maioria, configurando normas substanciais limitativas ou imperativas do Estado constitucional de direitos. Os direitos fundamentais, como firmado alhures, são os limites e o objeto do direito caracterizando o fim e os meios, bem como o sentido das normas e decisões que podem ou não ser tomadas nos Estados democráticos (CARVALHO, 2001, p. 107).

Do ponto de vista histórico, Alexandre de Moraes explica que o Estado Democrático de Direito se consolida a partir do surgimento do constitucionalismo escrito, com a função de racionalização e humanização dos direitos humanos, e que, após a Constituição de Weimar (1919), passou-se a estabelecer uma democracia liberal, com a inserção de direitos sociais nas Constituições (MORAES, 2014, p. 4).

A evolução para o Estado de Direito foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício de democracia representativa, com a tendência de universalização dos votos e constante legitimação dos detentores de poder (MORAES, 2014, p. 4).

Assim, o Estado Democrático se caracteriza por apresentar a primazia da lei, sistema hierárquico de normas, a observância a legalidade, separação de poderes como garantia de liberdades e controle de abusos, mas principalmente, pelo reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional (MORAES, 2014, p. 5). Em suas palavras:

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado, por exemplo, no *caput* do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (MORAES, 2014, p. 7).

José Luiz Quadros Magalhães afirma que o papel da Constituição é de estabelecer margens, os limites da sociedade, e são a razão de ser do próprio Estado, independentemente da fase evolutiva em que ele esteja (MAGALHAES, 2008, p. 50).

Já Kildare Gonçalves Carvalho conceitua Estado Democrático de Direito a partir de três pontos fundamentais: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos (CARVALHO, p. 19).

O autor também ensina que o Estado Democrático de Direito, em seu aspecto substancial, é democraticamente legítimo pela sua formação e seu conteúdo. Nesse sentido, a Constituição, quando opta por essa estrutura, decide seguir as normas que excluem o arbítrio e a prepotência, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais (CARVALHO, p. 23).

Então, a ideologia política que dá unidade à Constituição funciona como critério objetivo de harmonização dos princípios constitucionais (CARVALHO, p. 25).

Esse modelo de Estado Democrático se estruturou a partir do desenvolvimento e da consolidação de três dimensões dos direitos humanos: liberal, igualitária e democrática (GALVÃO, 2021, p. 118)²¹. Em cada um desses movimentos, foram construídos direitos e, a partir de cada etapa de consolidação, tais direitos passaram a se acumular e ter eficácia irradiante, dando impulso e fornecendo diretrizes para a interpretação e aplicação em todo o sistema jurídico.

Dentro do que se propõe nesta pesquisa, é interessante mencionar que, logo no início do processo de sedimentação do Estado Democrático, pode-se vislumbrar a consolidação dos ideais de liberdade e autonomia, elementos que são imprescindíveis para o desenvolvimento do ser humano e para a fixação do ideal de democracia substancial.

Esses ideais foram constituídos a partir de uma concepção de direitos individuais e políticos, os quais promoveram os direitos relacionados à vida privada das pessoas, definindo limitações jurídicas em relação à atuação estatal, evitando, assim, qualquer intervenção excessiva e desarrazoada.

²¹ Não se desconhecem as críticas feitas à classificação dos direitos humanos em gerações, mas por ser a divisão entre liberal, igualitária e democrática a mais adotada, optou-se por segui-la.

Conforme veremos adiante, o garantismo penal condiciona a validade do sistema normativo de acordo com os princípios por ele abarcados, os quais são construídos a partir do ideal estabelecido pelos direitos fundamentais.

Nas palavras de Luciano Santos Lopes, ao interpretar a obra de Luigi Ferrajoli:

“Todavia, parece não ter como se escapar da seguinte indagação em que se fundamentam estes valores que orientam a legitimidade jurídica, vinculando a Constituição e, em um sistema garantista, todo o restante do ordenamento jurídico? São respaldados no respeito à racionalidade oferecida em um direito de orientação antropológica, ou seja, dirigido para ao homem. O respeito aos direitos humanos é o que traz signo de racionalidade à Constituição e, por conseguinte, a todo o restante do ordenamento jurídico (LOPES, 2006, p. 108).

É exatamente a partir da ideologia inserida na Constituição que se orienta a atividade repressiva, delimitando o alcance, a forma e o conteúdo da produção normativa e os limites de atuação dos operadores do Direito, legitimando, assim, a atuação interventiva do Estado (GALVÃO, 2021, p.115).

Tanto é assim que a associação entre os modelos de Estado Democrático de Direito e Estado Autoritário, e os maiores ou menores vínculos com os direitos fundamentais, é comumente utilizada (CARVALHO, 2001, p. 110).

Desse modo, as garantias jurídicas dos direitos fundamentais inseridas na Constituição são conciliadas com os direitos sociais para realizar a igualdade material, a solidariedade e a justiça social (GALVÃO, 2021, p. 133).

José Frederico Marques ainda nos alerta que não deve existir dúvidas quanto ao nexos íntimo entre as ciências penais e as leis fundamentais do Estado, pois quando se pensa em resolver conflitos entre os direitos do indivíduo e o da sociedade, ele também deve ser resolvido com respeito às leis do Estado Fundamental, para resguardar de qualquer arbítrio estatal (MARQUES, 2002, P. 36)

De acordo com o autor em um regime republicano e democrático, tal como proclamado no preâmbulo da nossa Constituição, só o direito penal que é liberal, que não contrarie as matrizes estabelecidas é que pode ter vigência (MARQUES, 2002, p. 37)

Luciano Feldens e Adriano Teixeira esclarecem, ainda, outra perspectiva dos direitos fundamentais ao afirmarem que seu significado envolve preceitos

negativos de competência, impedindo o legislador de invadir espaços de liberdade individual ou coletiva constitucionalmente garantidos (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 15).

Frederico Marques ainda nos lembra que a Constituição tutela direitos fundamentais, estabelecendo limites às normas punitivas que o legislador deve promulgar, de modo que não se pode ultrapassar as fronteiras traçadas constitucionalmente (MARQUES, 2002, p. 40)

Por todo o exposto é que se pode afirmar que o Direito Penal, mais do que qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição e nos direitos fundamentais que nela estão inseridos. Isso porque ele é a forma mais severa de intervenção estatal na sociedade, pois a sua consequência é uma manifestação de violência²², motivo pelo qual é necessário que sua atuação seja sempre pautada em critérios específicos para assegurar a sua legitimidade e evitar excessos ou abusos.

O Direito Penal deve subordinar-se aos princípios que emanam da Constituição, pois é a partir dela que se estabelecem as bases de um modelo de intervenção repressiva e só deve alcançar a esfera penal a ofensa àqueles bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, devendo o legislador eleger os fins de proteção sempre vinculados aos bens jurídicos referidos explícita e implicitamente na CRFB/88 (DE BEM; MARTINELLI, 2021, p. 135).

No mesmo sentido, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes esclarece a importância, mas acima de tudo, a função das garantias fundamentais como limitadoras do poder estatal:

Esses elementos que pretendem, se não impedir no todo o abuso, ao menos legitimar e limitar o uso da força do Estado contra o indivíduo, constituem as denominadas garantias fundamentais por vezes expressas em princípios grafados no ordenamento jurídico, especialmente na Constituição. Ocorre que existem, ainda, muitas controvérsias nas questões relacionadas aos princípios, quer seja quanto à distinção entre eles e as regras; quer seja quanto ao confronto entre princípios; quer seja quanto à efetividade destes princípios (GOMES, 2019, p. 81).

²² Claudio Brandão explica que não se pode separar o conceito de “Direito Penal” do conceito de “violência”, pois o primeiro tem em si a violência. Acrescenta que os esforços para limitar a intervenção estatal representaram um marco, que tem por escopo dar legitimidade àquela violência. (BRANDÃO, 2012, p. 25). Neste mesmo sentido se posiciona Eugenio Raúl Zaffaroni, na obra *En Busca de las Penas Perdidas* (2009).

Um dos aspectos mais relevantes do nosso modelo constitucional é a eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico dos direitos fundamentais. No art. 1º, inc. III, da CRFB/88, a dignidade da pessoa humana é o ponto central do sistema jurídico, concebendo o homem como ser social, que vive e desenvolve suas potencialidades no ambiente social.

A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema (CARVALHO, 2001, p. 112).

Ao tentar definir limites mínimos para o Direito Penal, Alessandro Baratta afirma que:

O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal (BARATTA, 2003, p. 2).

Sobre os valores jurídicos e a normativa constitucional, Luciano Santos Lopes escreve:

São respaldados no respeito à racionalidade oferecida em um Direito de orientação antropológica, ou seja, dirigido para o homem. O respeito aos Direitos Humanos é que traz o signo de racionalidade à Constituição e, por conseguinte, a todo o restante do ordenamento jurídico (LOPES, 2006, p. 108).

Dessa forma, o garantismo também se revela marco de segurança para o Estado Democrático de Direito, na medida em que pauta a intervenção no chamado “modelo mínimo de intervenção”, do Direito Penal mínimo, ou seja, somente poderá ser utilizada quando nenhum outro ramo se mostrar suficiente e necessário.

Ademais, qualquer conduta que se enquadre no espectro do direito fundamental não está sujeita à censura, menos ainda a advinda do Direito Penal (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 15).

Assim como o Direito Penal se mostra imprescindível para a efetivação de direitos fundamentais em razão do seu respaldo constitucional, estabelecendo

limites formais e materiais, também é possível afirmar que o Processo Penal se encontra na mesma posição, pois é a partir dele que irá se operacionalizar todas as garantias referente ao procedimento e de que forma se deve julgar.

Dentre as linhas de pensamento desenvolvidas conforme a evolução dos modelos processuais propostos, há muitas divergências a respeito das funções e finalidades. De todo modo, no que tange ao direito processual penal, percebemos a preponderância de duas correntes²³.

De um lado, temos a escola instrumentalista, que entende processo como uma relação jurídica entre as partes envolvidas, e que afirma ser o processo um instrumento de efetivação da jurisdição. De outro, temos a teoria constitucionalista de processo, para a qual o processo deve se pautar na efetivação de garantias estabelecidas na Constituição.

O instrumentalismo é uma linha de pensamento construída a partir da socialização do processo, com “[...] gênese do ativismo judicial em termos de Oskar Von Büllow e posteriormente Chiovenda (BARROS, 2009, p. 8).

No Direito brasileiro, a corrente encontrou reforço nas obras de Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover e, como aponta Ronaldo Bretas “[...] seriam os seus objetivos e as diretrizes regenciais de sua instituição, bem como da atuação dos agentes públicos. Fixar esses escopos seria, portanto, revelar a utilidade do processo.” (DIAS, 2010, p. 86).

Flaviane de Barros explica o surgimento da corrente instrumentalista a partir da mudança de paradigmas da processualística, partindo de um processo liberal de luta de partes para um modelo de Estado social construído a partir do ativismo judicial, que reafirma a centralidade do juiz no processo, para alcançar escopos metajurídicos, com a necessidade de solucionar problemas de “[...] (in) justiça sociais, de controle social para proteção da sociedade” (BARROS, 2009, p. 8).

Nota-se que ao conceberem (os instrumentalistas) o processo como relação jurídica entre autor, réu e juiz, opta-se por considerar as partes como subordinadas à autoridade, de modo que o processo passa a ser um instrumento para o exercício de poder daquela autoridade.

²³ José de Assis Santiago afirma que a evolução não foi linear, e sim, permeada de avanços e retrocessos, mas que é importante ter uma definição em razão da dialética, definição esta que não seja abandonada, mas suplementada (SANTIGO NETO, 2015, p. 31).

Portanto, de modo sucinto, pode-se afirmar que a linha instrumentalista pretende e autoriza que o juiz, ao prolatar sua decisão, realize correções de erros perpetrados em outros âmbitos estatais, a fim de garantir justiça social, a partir de sua própria concepção.

A partir do conceito posto, a crítica que se faz a esta teoria remete à impossibilidade de se alcançarem os conceitos utilizados pelos juízes, em razão das suas subjetividades:

A afirmação do processo como instrumento a serviço de valores de uma suposta ordem jurídico-substancial não esclarece qual o sentido a se atribuir a esses escopos nem o que seja essa ordem jurídica, se é ordenamento ou sistema jurídico, fazendo parecer que são argumentos selecionados para completar os hiatos de um raciocínio estabelecido sobre bases dogmáticas já eleitas e inderrogáveis. (TRINDADE, 2022, p. 33).

Inegável que a legislação processual penal brasileira é muito influenciada pela corrente instrumentalista, que influenciou a estruturação do processo civil, que, erroneamente, é utilizado para interpretar o processo penal, na busca pela celeridade e efetividade do acesso à justiça.

Flaviane de Barros critica o uso do instrumentalismo no âmbito do processo penal e bem resume a incidência nas reformas legislativas ocorridas em 2008 e 2011:

O que se difere na reforma do processo penal é que, além de propor a simplificação procedimental e outras medidas que visam celeridade e eficiência, ela possui um objetivo a mais que de introduzir na legislação penal conteúdo garantista e, para tanto, toma como base as garantias dos investigados e acusados previstas na Constituição da República. (BARROS, 2009, p. 9).

Inegável também que a legislação infraconstitucional brasileira, em matéria de processo penal, é pautada no modelo fascista italiano de 1930, sendo que este somente superou sua estrutura após passar por reformulação que o levou a assumir o sistema acusatório.

José de Assis Santiago Neto faz um significativo alerta a respeito do marco de desenvolvimento da legislação, ao afirmar que o CPP foi desenvolvido durante o Estado social e, por eleger a segurança pública como valor supremo, permite as maiores interferências sobre as vidas dos cidadãos (SANTIAGO NETO, 2015, p. 36).

Ana Claudia Bastos de Pinho e José Edvaldo Pereira Sales também são incisivos ao identificarem as origens da legislação penal brasileira e a perpetuação de um modelo inquisitorial, afirmando que:

Ele nasce de um espaço político de golpe e restrições de direitos e liberdades individuais, um ambiente no qual o indivíduo que sofre acusação é tratado como inimigo do Estado e da sociedade, devendo ser combatido e neutralizado em nome da defesa social. (PINHO; SALES, 2022, p. 187).

Conclui-se reforçando afirmação de Jacinto Nelson de Coutinho no sentido de que “[...] apesar da eleição constitucional seguir o princípio acusatório, o modelo adotado pelo processo penal brasileiro é o inquisitivo, porque a gestão da prova está, predominantemente, nas mãos do juiz.” (COUTINHO, 1998, p. 167).

Essa preocupação é genuína, na medida em que se tenta compatibilizar o modelo inquisitorial da legislação infraconstitucional com o modelo constitucional inserido na CRFB/88, de modo que não pode o legislador desconsiderar os mandamentos constitucionais (BARROS, 2009, p. 6).

Flaviane de Barros é incisiva ao criticar aqueles que afirmam ser a acusatoriedade um mero verniz da inquisitoriedade (BARROS, 2009, p. 7). A autora completa que essa mentalidade se deu em razão de a legislação pátria sofrer influência da superação do processo liberal de luta de classes para um modelo de estado social, construído a partir do positivismo (BARROS, 2009, p. 7). Nesse novo modelo, concentra-se o poder estatal nas mãos do juiz, que assume, em sua função julgadora, o encargo de solucionar problemas relacionados à justiça social como forma de pacificação social.

Outra crítica que se faz ao instrumentalismo refere-se à necessidade de imposição de pena a serviço de um discurso penalista, aliado ao emergencialismo penal, à influência midiática, de modo que os juízes são pressionados a decidirem mais rápido, de preferência impondo excessivas penas a bem do interesse público.

Contudo, aqueles que defendem o discurso se esquecem de que as garantias fundamentais se inserem no âmbito do que se chama de “público”, de modo que a relativização de uma garantia implica a violação de todo o sistema.

Por outro lado, a outra teoria é denominada como modelo constitucional é definido por Flaviane Barros como “[...] princípios processuais que sustentam a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais próprio do estado democrático de direito” (BARROS, 2009, p. 7).

Essa linha encontra respaldo na definição de processo apresentada por Fazzalari, segundo a qual processo é uma espécie de procedimento que se verifica na possibilidade de interferência das partes, de modo simétrico, no provimento decisório, como constitutivo de direitos fundamentais, noção esta que, tempos depois, foi desenvolvida por Hector Fix-Zamudio, por Andolina e Vignera e, no Brasil, por Baracho (BARROS, 2009, p. 14; DIAS, 2010, p. 84).

A teoria foi construída a partir do momento histórico em que o Estado Democrático de Direito estabeleceu expressamente múltiplas garantias de caráter processual, dentre elas, o contraditório, viga-mestra da garantia constitucional e, por isso, fundamental do devido processo legal, formatando o modelo constitucional de processo (DIAS, 2010, p. 89).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias explica que a teoria toma por base a ideia de supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais, sendo o processo uma garantia constitucional (DIAS, 2010, p. 114).

Esclarece ainda que o processo está ajustado à referida estrutura normativa como procedimento que se realiza também em contraditório entre as partes, por exigência do devido processo constitucional (DIAS, 2010, p. 36).

Vicente Greco Filho ainda aponta a função de garantia do processo de acordo com a teoria, considerando que “[...] um processo constitucionalmente estruturado, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessas garantias[...]” (GRECO FILHO, 1997, p. 54)

Entre os elementos que estruturam todo e qualquer processo estão o direito de ação, o direito à ampla defesa, o direito ao advogado, ao contraditório, à produção da prova, à duração do processo sem dilações indevidas, a decisão proferida por órgão jurisdicional definido e o direito ao recurso (DIAS, 2010, p. 93).

Quando falamos de um processo constitucional, verificamos a necessidade de interpretação do sistema normativo a partir do que dispõe a Constituição. Como já apresentado, a Constituição brasileira estabeleceu uma

estrutura democrática, de modo que o processo deve estar em conformidade com as regras constitucionais, de forma que já demonstramos a qual teoria este trabalho se filia.

Por isso Eugenio Pacelli afirma que o EDD orienta a necessidade de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, não só como meta política, mas como critério de interpretação do direito penal e processual penal (PACELLI, 2014, p. 32)

Ademais, como já apontado por José de Assis Santiago Neto, o Estado Democrático de Direito é configurado pelo esforço do Estado para assegurar ao povo a liberdade necessária para gerir a própria existência, de forma individual e autônoma (SANTIAGO NETO, 2015, p. 38).

É exatamente em decorrência da autonomia que se pretende assegurar aos cidadãos a participação na tomada das decisões pelas quais serão atingidos, além de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Aury Lopes Jr. afirma que a CRFB/88 é norte interpretativo para o modelo processual, e que ela “[...] necessariamente deve corresponder ao processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo” (LOPES JR., 2019, p. 34).

Em tempos atuais, um dos estudos dessas limitações relacionadas aos direitos fundamentais como limitadores da atuação do Estado e que mais alcançou expressão foi a reflexão realizada por Luigi Ferrajoli, com a criação do modelo teórico denominado “Garantismo Jurídico”.

Luigi Ferrajoli afirma que as leis devem ser interpretadas em desfavor do mais débil (FERRAJOLI, 2014). No primeiro momento, a afirmativa se refere à proteção da vítima. Contudo, no processo penal, o mais fraco passa a ser o acusado, que, frente ao poder estatal de acusar e punir, sofre violência institucionalizada no processo.

Nesse sentido, na primeira parte da obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli apresenta dois sistemas de direito processual penal que denomina como contrapostos: o modelo máximo, que corresponde ao modelo de Processo penal Inquisitório, e o modelo mínimo, que corresponde ao Processo Penal acusatório (FERRAJOLI, 2014, p. 89).

Partindo do que é proposto pela teoria, Ana Claudia Bastos de Pinho e José Edvaldo Pereira Sales reafirmam ser este o modelo ideal para interpretação da Constituição:

Nesse sentido abordar o processo penal brasileiro a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli é uma via crítica salutar, pois o conceito de um processo penal autoritário é a antípoda daquele concebido pelo garantismo, ou seja, quanto mais autoritário, menos garantista. O garantismo é uma sofisticada teoria que está solidamente atrelada ao Constitucionalismo, da qual a CF/88 é filha, e comprometido com a defesa de direitos e garantias fundamentais (individuais e sociais) (PINHO; SALES, 2022, p. 189).

Definidas as premissas constitucionais e de uma interpretação também adequada, mostra-se necessário, portanto, realizar a leitura de princípios do Direito e Processo Penal a partir da perspectiva de limitação do poder estatal.

Estabelecidas tais premissas, passa-se a verificar no que consiste a Teoria do Garantismo.

2.1 Teoria do Garantismo

Trata-se de uma teoria do Direito desenvolvida a partir de 1970, em reação a uma legislação penal de emergência da época, sob a justificativa de combate ao terrorismo, a qual não só tolerava, mas autorizava a violação de direitos e garantias fundamentais. Como ato de resistência ao cenário exposto, o autor, que era juiz de direito, aderiu ao movimento denominado Magistratura Democrática, com o objetivo de trazer racionalidade frente à barbárie (FERRAJOLI, 2013, p. 15).

Também conhecido por “garantismo”, cognitivo ou de legalidade estrita, o sistema penal de garantias, referido pela sigla SG, constitui uma das linhas-mestras do Estado de Direito para fundamentar a tutela da liberdade do cidadão contra formas diversas do exercício arbitrário do poder de punir, conforme aponta Norberto Bobbio, no prefácio da obra “Direito e Razão” (FERRAJOLI, 2014).

Um dos principais objetivos da teoria é o de resgatar os valores de proteção do indivíduo frente ao sistema jurídico e na perspectiva penal, por meio de uma intervenção legítima do Estado, pautada em garantias, as quais seriam estabelecidas a partir da inserção dos direitos fundamentais nas constituições.

As constituições guardam os princípios políticos e jurídicos de uma comunidade política, limitando o exercício do poder e balizando a legislação, que condiciona não só a forma desse poder, mas, também os seus conteúdos (MACHADO, 2013, p. 131).

Para isso, o autor estabeleceu que a teoria jurídica que orienta o Direito deve ser fundada na democracia (constitucional e substancial²⁴), que é justificadora da separação, dos limites e vínculos constitucionais impostos aos Poderes que constituem o Estado, servindo como forma de freios e contrapesos, além de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

A teoria do garantismo é uma teoria – geral – do direito, que procura definir uma teoria do garantismo de direitos fundamentais, não apenas ao direito de liberdade que permite analisar o direito penal e processual penal, mas principalmente de direitos sociais. Desta feita, a teoria do garantismo como um modelo normativo pretende traçar um fundamento para a democracia constitucional e internacional (BARROS; DE OLIVEIRA, 2013, p. 70).

Para isso, Luigi Ferrajoli elenca significados distintos ao garantismo jurídico, que se complementam entre si. O primeiro significado é o estabelecimento da teoria como modelo normativo de Direito. É dizer que todo poder emana do povo para a construção do sistema normativo, o qual atuará como um mecanismo para minimizar o poder punitivo do Estado por meio desse mesmo Direito (FERRAJOLI, 2014, p. 785-786).

Dessa forma, a reflexão elaborada pelo autor parte de um pilar primordial: o fato de o Direito submeter-se ao próprio Direito, pois todo poder precisa ser controlado e limitado, e essa limitação partiria do próprio ordenamento jurídico.

A consequência é que todo poder estatal está sujeito ao Direito, cuja concepção no garantismo passa, necessariamente, pelo constitucionalismo, que abrange os direitos fundamentais, sob os aspectos formais e materiais (PINHO; ALBUQUERQUE; SALES, 2019, p. 165).

A segunda concepção é de que o garantismo é também uma teoria jurídica de validade e de efetividade como categorias distintas, não só entre si,

²⁴ Aqui se conceitua democracia substancial na perspectiva de um novo constitucionalismo, com o estabelecimento de fins a serem atingidos pelo Estado de Direito. Nesse sentido: “Tanto o exercício de autodeterminação política como o exercício de autodeterminações civis, tudo por conta da própria normatividade do paradigma constitucional contemporâneo, que reestrutura efetivamente, e sobretudo, o nexos basilar entre democracia e direito” (COPETTI NETO, 2013, p. 52).

mas, também, pela existência das normas ou do "vigor" das normas (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Isso porque a norma jurídica somente terá validade se originar-se de um direito e de procedimento previamente determinado pelo próprio ordenamento jurídico. E mais, somente terá validade se trazer em seu conteúdo os direitos estabelecidos no próprio arcabouço jurídico, ou seja, de acordo com as premissas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais.

Dito em outras palavras, o conceito de vigência se refere à forma dos atos normativos, avalia-se os requisitos formais de elaboração dos atos, enquanto a validade se refere a adequação material do conteúdo dos atos.

Salienta-se que a validade está desmembrada em dois conceitos distintos: formal e substancial (FERRAJOLI, 2014, p. 326). O primeiro diz respeito à atenção a todas as normas que regulamentam a produção, enquanto o segundo diz respeito à essência, à coerência com os significados das normas (FERRAJOLI, 2014, p. 327).

A terceira concepção do garantismo é de ser uma teoria filosófico-política, pois requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (FERRAJOLI, 2014, p. 787).

Logo, a partir das três concepções mencionadas, o garantismo jurídico, na perspectiva penal, orienta a estruturação de um Direito e Processo Penal capazes de vincular a intervenção punitiva a limites rígidos impostos para tutela dos direitos das pessoas (FERRAJOLI, 2013, p.16).

Nas palavras do autor:

Somente um direito penal restituído unicamente às funções de proteção dos bens primários e dos direitos fundamentais pode de fato assegurar, juntamente com a certeza e com as outras garantias penais, também a eficiência da jurisdição contra as formas, sempre mais potentes e ameaçadoras, da criminalidade organizada. E somente um direito processual garantista, baseado na paridade entre a acusação e defesa e na redução da prisão cautelar, pode oferecer um fundamento credível à independência da magistratura e o seu controle sobre as ilegalidades dos poderes públicos. O garantismo designa o conjunto dos limites e vínculos idôneos para garantir e para atuar e, por isso, para assegurar a máxima efetividade às promessas constitucionais (FERRAJOLI, 2013, p. 16-17).

Luigi Ferrajoli indica que a relação entre direito e poder passa a ser acentuada na medida em que qualifica este constitucionalismo como nexos, reconhecendo os fins a serem atingidos pelo Estado de Direito e submetendo a limites e vínculos substanciais o exercício tanto das autodeterminações políticas como civis.

O autor assume o Direito como mecanismo de limites e vínculos a qualquer tipo de poder, edificado pelo paradigma dos direitos fundamentais (COPETTI NETO, 2013, p. 52).

É exatamente nesse sentido que Dário Ippolito destaca a contribuição da teoria do garantismo jurídico para o Direito Penal. Ele afirma que a teoria é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, seja em relação a elaboração de delitos, quanto às penas arbitrárias, de modo que o sistema passa a ser capaz de minimizar a violência dos indivíduos de formas singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos:

Além da mais completa e sistemática concepção do garantismo como filosofia da justiça penal, a Ferrajoli se deve a maior contribuição analítica para a definição de garantismo como teoria do Estado democrático-constitucional, em relação ao qual o direito penal se apresenta como uma específica declinação; historicamente mais antiga (mas, mesmo assim, recente), juridicamente mais enraizada (mas, contudo, sempre frágil), culturalmente mais compartilhada (mas, contudo, ainda minoritária). Na sua apreensão global da teoria do Estado, o garantismo tematiza a mutação de paradigma juspolítico liberada, na configuração do ordenamento jurídico e na estrutura da democracia, na evolução do *Estado legislativo de direito* para o *Estado Constitucional de direito*: dois modelos distintos de organização política, tendentes, em medidas diversas, à realização do antigo ideal do “governo das leis”, ou seja, à constituição de uma forma estatal na qual os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Alexandre Morais da Rosa acrescenta que outra contribuição do garantismo penal é a de realizar a valorização das constituições como instrumentos de efetivação do compromisso com os valores eleitos pela sociedade (MORAIS DA ROSA, 2015).

Essas colocações demonstram a afirmação dos direitos fundamentais, pois cria-se não só a necessidade de observância das normas formais para a elaboração do Direito, mas também a adequação dos conteúdos normativos das leis aos conteúdos normativos da Constituição, como norma superior

hierárquica, para que efetivamente os direitos fundamentais passem a ser efetivados.

Nesse sentido, Dário Ippolito é incisivo ao dispor sobre a necessidade de submissão e limitação dos poderes aos direitos fundamentais:

A sujeição de todos os poderes ao direito (poder legislativo compreendido) se cumpre somente com a passagem ao Estado constitucional de direito (ou Estado de direito em senso estrito) caracterizado pelo ordenamento jurídico da constituição rígida. A rigidez e a superioridade hierárquica das normas constitucionais, asseguradas pela predisposição de um procedimento agravado de revisão constitucional e, sobretudo, a instituição do controle jurisdicional de constitucionalidade, condicionam a lei à coerência com os significados das normas de grau supraordenado, introduzindo um princípio de legalidade substancial que integra às formas de produção legislativa. Esta dúplice dimensão da legalidade cria uma dissociação entre existência e validade das normas de lei, vindo esta última a depender não mais somente, como a primeira (com a qual o Estado legal coincidia), da observância das normas formais sobre a criação do direito, mas também da adequação dos conteúdos normativos das leis aos conteúdos normativos da constituição (IPPOLITO, 2011, p.39).

Os direitos fundamentais, para Luigi Ferrajoli, são todos os direitos subjetivos que permeiam e afetam em substancialidade os seres humanos quando dotados da classificação de pessoas²⁵, tendo como características a inalienabilidade e a indisponibilidade.

O autor ainda define os direitos fundamentais como normas deônticas – diferentemente das concepções de mandamentos de otimização – ou seja, normas substanciais sobre a produção de outras normas, o que assegura a força normativa na hierarquia das fontes.

A definição de “direitos humanos” por ele adotada é teórica, e atribui aos direitos o caráter formal e estrutural, mas também normativo, especialmente porque se trata de autor positivista, para quem os direitos devem estar positivamente prescritos em lei ou nas constituições.

²⁵ Os direitos fundamentais, naquela perspectiva por ele abordada, são aplicáveis somente a um determinado grupo de pessoas: as pessoas capazes de agir e os cidadãos. Ressalta-se que tal classificação é amplamente questionada no âmbito acadêmico, tendo em vista o seu caráter excludente, de modo que não se atende ao critério da universalidade. Nesse sentido: “Ao invés de tornar universais os direitos fundamentais, justificar o não reconhecimento de determinados direitos fundamentais, em razão da incapacidade de defini-los com base em uma das classes que o autor compreende a universalidade, ou seja, não se incluem na classe de pessoa, cidadão ou capaz de agir” (BARROS; OLIVEIRA, 2013, p.77). Salo de Carvalho ainda afirma que os direitos fundamentais equivaleriam aos vínculos substanciais que condicionam a produção das normas (CARVALHO, 2001, p.102)

Importa salientar que o autor apresenta as próprias classes de direitos fundamentais: a primeira os agrupa entre direitos de personalidade e direitos de cidadania, enquanto a segunda os categoriza entre direitos primários e direitos secundários (BARROS; OLIVEIRA, 2013, p. 73).

Aglutinando-se as duas grandes classes, tem-se a seguinte divisão: Direitos Humanos, que dizem respeito àqueles direitos primários das pessoas e concernem indistintamente a todos os seres humanos; Direitos Públicos, reconhecidos somente aos cidadãos e vinculados à autonomia privada, tais como a liberdade de contratar, de negociar, de escolher e trocar de trabalho; Direitos Cíveis, que são direitos secundários reconhecidos a todos aqueles que têm capacidade negocial; Direitos Políticos, os quais são direitos secundários reservados exclusivamente aos cidadãos, e que são a base para a representação e a democracia política.

A partir dessa distinção, Ferrajoli ainda propõe quatro teses para os direitos fundamentais. A primeira tese demonstra a diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais. A distinção diz respeito à titularidade, pois os direitos fundamentais relacionam-se a todos os sujeitos, são universais, indisponíveis, inalienáveis e intransigíveis, enquanto os direitos patrimoniais são de pessoas específicas, são disponíveis, modificativos e até mesmo extintivos (BARROS; OLIVEIRA, 2013, p. 74).

A segunda tese é de que os direitos fundamentais constituem a dimensão substancial da democracia. É a partir de seu conteúdo que se definem os bens que são ou devem ser protegidos como fundamentais. Ademais, tais direitos constituem critério orientador para a produção das normas e legitimam a participação popular (BARROS; OLIVEIRA, 2013, p. 74).

A terceira tese é a de que os direitos fundamentais pertencem ao plano internacional, devendo ser reconhecidos como direitos supranacionais oponíveis a todos em todos os Estados (BARROS; OLIVEIRA, 2013, p. 74).

A última tese diz respeito ao reconhecimento dos direitos fundamentais como garantias. Os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos subjetivos que se constituem em expectativas de prestação e negativas, conhecidas como não lesão, asseguradas pela norma jurídica. As garantias também podem ser secundárias, é o caso dos deveres de reparação ou de sanção, em razão da violação das primeiras (BARROS; OLIVEIRA, 2013, p. 75).

É nesse ponto que vale destacar a diferenciação que o autor estabelece entre direitos sociais e direitos fundamentais. Estes são relacionados às garantias, expectativas positivas de prestação, ou negativas, de não-lesão:

O exercício do poder punitivo não realiza direitos sociais. Não se pode, a partir do garantismo, supor que a intervenção penal do Estado seja mecanismo capaz de concretizar direitos de índole social, porque Ferrajoli, ao admiti-los no campo de uma teoria dos direitos fundamentais, desloca-os para o território do realizável a partir de técnicas de tutela diferenciadas em relação à mera não lesão (IPPOLITO, 2011, p. 174).

O autor deixa claro que os direitos sociais não se confundem com os direitos individuais e que os primeiros não autorizam a ampliação demasiada da teoria jurídica por ele proposta, já que visam controlar o poder estatal e vinculá-lo à legalidade, de modo a evitar a realização de ponderações, conforme propõe a falaciosa teoria do garantismo integral.²⁶

Partindo da mesma premissa, de que os direitos fundamentais consubstanciam a própria democracia, Alexandre Morais da Rosa ainda menciona que:

A *Constituição*, nesta concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal. Como primeira emanção normativa do Estado, aponta os limites e obrigações, sem se perder de vista que é no processo de atribuição de sentido (concretização) que se realiza (MORAIS DA ROSA, 2015).

Nesse mesmo sentido, tampouco há que se falar em garantismo monocular hiperbólico, conforme se pode extrair das palavras de Pinho, Albuquerque e Sales: “Algozes da teoria não elaboram uma crítica acadêmica, séria, científica ao Garantismo. Em muitos dos textos subscritos por tais autores, sequer consta menção a algum trecho da monumental obra”²⁷ (PINHO; ALBUQUERQUE; SALES, 2019, p. 156).

²⁶ No mesmo sentido, Carla Silene leciona: “Por óbvio, uma das frentes de combate daqueles que acreditam ser justificável a expansão do direito penal para proporcionar uma vida em sociedade mais tranquila e segura, é exatamente a relativização dos princípios político-criminais de garantia” (SILENE, 2019, p. 86).

²⁷ Ainda no texto, os autores esclarecem que: “Ora sobram adjetivações depreciativas contra a pessoa mesma de Luigi Ferrajoli; ora os ‘críticos’ dizem o que a teoria complexa do garantismo – uma das mais bem elaboradas e refinadas teorias do direito dos últimos anos – jamais afirmou e, talvez por isso, não indiquem uma página sequer de algum texto subscrito por Ferrajoli.”

2.2 Modelo do Garantismo Penal e seus axiomas

Estabelecidas tais orientações, é importante mencionar que, na perspectiva material e processual penal, o modelo garantista de direito, ou de responsabilidade penal, é constituído por dez axiomas, conexos e não deriváveis, que representam as regras do jogo no âmbito penal e processual penal²⁸.

Os axiomas são formulas que tem implicações entre cada termo da série e seus termos posteriores, descrevendo proposições prescritivas (o que deve ocorrer) (FERRAJOLI, 2014, p. 90)

A partir destes valores ou princípios também é possível verificar os modelos de ordenamento penal de uma ou de outra forma autoritários, que resultam na falta ou na violação de um ou de vários deles (FERRAJOLI, 2014, p. 89)

De forma que a adoção de um determinado modelo, começando pelo garantista em grau máximo, pressupõe uma opção ético-política a favor dos valores normativos tutelados até um modelo autoritário, que não prevê a efetivação dos princípios.

Tais orientações são divididas em três grandes grupos e podem ser interpretadas como garantias penais e processuais.

O primeiro grupo é relacionado à pena, à determinação de quando e como punir, e abrange o Axioma 01, referente à retributividade, o Axioma 02, que corresponde ao princípio da legalidade, nos sentidos lato e estrito, e o Axioma

Continuam, acrescentando que: “Quanto a esses tais escritos, que pretendem apresentar ‘críticas’ ao garantismo, podemos sintetizar as seguintes características: falta de discussão epistemológica, adjetivações depreciativas ao garantismo e a Ferrajoli, forte apelo emocional com relatos de crimes que resultam em consequências graves para as vítimas, (vide, v.g., PESSI; SOUZA, 2017), ausência de confronto expresso com os escritos de Ferrajoli, associações indevidas (como a de que garantismo é sinônimo de impunidade), utilização de um discurso panfletário com uso de terminologias sem qualquer seriedade (como a que se reporta ao garantismo como uma ‘ideologia’, sem se darem conta de que o conceito de ideologia é plúrimo, e fica a depender muito do sentido que se dê a esse termo.” (PINHO; ALBUQUERQUE; SALES, 2019, p. 156).

²⁸ É importante mencionar que a partir da leitura de Direito e Razão, conclui-se que as implicações deontológicas são consideradas como princípios (FERRAJOLI, 2014, p. 90). Como normas, os direitos fundamentais são regras que não dependem de ponderação para serem aplicadas. Sabe-se também que, para ele, os princípios podem ser cumpridos ou violados por ações ou omissões dos cidadãos ou do Poder Público e são distintos das regras. Contudo, em razão do escopo do trabalho, faz-se necessário apenas dizer que os axiomas por ele elaborados se mostram como princípios constitucionais orientadores e vinculativos do nosso ordenamento.

03, que, por sua vez, é visto como princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal.

O segundo grupo é composto pelo Axioma 04, que é conhecido pela lesividade, o Axioma 05, que corresponde ao princípio da materialidade, e o Axioma 06, que se traduz no princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, o qual expressa garantias relativas ao delito e determina quando e como proibir, expressando a necessidade de quando e como proibir, por meio do Direito Penal.

Já o terceiro grupo abrange o Axioma 07, referente à jurisdicionariade, também nos sentidos lato e estrito, o Axioma 08, que impõe o princípio acusatório, o Axioma 09, que corresponde ao princípio do ônus da prova e, por fim, o Axioma 10, referente à garantia do contraditório ou da defesa, correspondendo às garantias relativas ao processo e determinando quando e como julgar.

Todos estes princípios se multiplicam e se desdobram, mediante silogismos, em quarenta e cinco teoremas.

É necessário esclarecer que, em razão das limitações de espaço e recorte específicos que se impõem a esta pesquisa, somente os princípios elencados no Axiomas 02, 04 e 10, consistentes na legalidade, ofensividade e no direito de defesa, é que serão aqui abordados com profundidade, conforme veremos adiante.

Estabelecidos os critérios norteadores para a interpretação do Direito e do Processo Penal, especialmente à luz da dignidade da pessoa humana, e justificada a eleição de um marco teórico que valoriza os direitos fundamentais como norteadores do Direito, parte-se para a aferição dos princípios (axiomas) mencionados e a verificação de conformidade ou não do tipo penal que prevê a criminalização de atos de obstrução de justiça.

3 (IN)ADEQUAÇÃO DO TIPO PENAL DE OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA AO MODELO GARANTISTA

Estabelecidos os marcos interpretativos e ressaltada a importância da leitura constitucional dos direitos material e processual penal, passa-se à verificação da adequação (ou não) dos elementos que constituem o tipo penal de obstrução de justiça aos princípios constitucionais da legalidade, ofensividade e não autoincriminação, com o objetivo de verificar sua adequação e legitimidade material e processual.

3.1 Legalidade: taxatividade e analogia

Parte-se do pressuposto de que o princípio da legalidade é a base estrutural do Estado Democrático de Direito e, em tese, visa à segurança jurídica para todos os cidadãos, de modo que tenham conhecimento de quais condutas são consideradas criminosas e as suas respectivas penas²⁹.

A primeira expressão jurídica do princípio da estrita legalidade remonta à Magna Carta, em 1215, concedida pelo Rei João Sem Terra aos nobres (TOLEDO, 1994, p. 21). Outros autores indicam ter sido o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, escrita em 1764, um dos fundadores da legalidade a partir de uma perspectiva liberal, contrapondo a ordem absolutista e propondo a obediência a princípios que, a um só tempo, exigiam respeito à dignidade da pessoa humana e limitavam o poder punitivo (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 9). Ainda há quem afirme que o princípio teve sua primeira manifestação dogmática e concreta no iluminismo francês, sendo transformado em norma com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1798 (VILELA, 2016, p. 18).

²⁹ É importante mencionar que não se desconhece a crítica elaborada pelos garantistas e abolicionistas no sentido de que o Direito Penal é uma forma de controle daqueles que têm em detrimento daqueles que não têm. Apontam-se, também, outras correntes, como a de Claus Roxin, partindo do funcionalismo, ao afirmar que “A função do direito penal é garantir aos cidadãos uma existência pacífica e livre e socialmente segura, sempre quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a vida dos cidadãos” (ROXIN, 2018, p. 17). Assim, reconhecendo as demais correntes, filia-se ao entendimento majoritário e se apresenta a garantia mencionada como o direito de se ter conhecimento de como o Estado deve agir para pautar suas ações.

Mas de modo unânime, a doutrina³⁰ aponta que a sistematização dogmática do princípio somente aconteceu em 1801, por meio da obra de Feuerbach, que passou a considerar a legalidade como expressão e determinação de uma organização jurídico-penal (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 12).

No plano internacional, o princípio encontrou respaldo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 8º. Também foi acolhido na Convenção para Proteção dos Direitos Humanos, em seu art. 7º, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

Internamente, a primeira Constituição brasileira a prever o princípio foi a de 1824, sendo que nos outros seis textos constitucionais ele esteve formalmente presente. Ademais, a CRFB/88, com seus ideais de redemocratização, com a consagração de direitos e garantias individuais, previu expressamente o princípio da legalidade como direito fundamental. No art. 5º, inc. XXXIX, está expresso que a conduta delituosa e a pena a ela cominada devem ser previamente definidas em lei. Nesse mesmo sentido é a previsão insculpida no art. 1º do Código Penal.

Do ponto de vista conceitual, a definição de “legalidade” perpassa alguns significados. Um deles é apresentado por Luigi Ferrajoli, que definiu a legalidade em “duas dimensões”: uma no sentido lato, mais abrangente, e outra no sentido estrito, mais delimitado.

Em sentido lato, a legalidade é definida como a necessidade da reserva legal como condição necessária para a configuração do delito, e é condicionada à leitura realizada pelo magistrado no caso concreto. Já em sentido estrito, o princípio se relaciona com o sentido substancial, que se refere aos limites estabelecidos para o legislador na formulação legislativa:

No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa da lei, entendendo a “lei” no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do Juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta da lei, entendendo “lei”

³⁰ Apenas como exemplo, indicamos o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 50), Luciano Santos Lopes (2006, p. 83) e Guilherme Coelho Colen (2015, p. 109).

no sentido substancial, de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso, resulta assim garantida a sujeição do juiz somente à lei (FERRAJOLI, 2014, p. 93).

Nesse sentido, existe uma clara distinção do princípio em duas condições: a primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal, atrelando a submissão do juiz à lei. Para a segunda, importa o caráter absoluto da reserva da lei penal, segundo o qual o juiz se submete somente à lei.

A mera legalidade, então, é uma norma dirigida aos juízes tal como as leis são formuladas, e a estrita legalidade designa a norma direcionada ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais, não com referência a figuras subjetivas, mas a figuras empíricas e objetivas de comportamentos (FERRAJOLI, 2014, p. 39).

Dessa forma, existem as vertentes da mera legalidade, consubstanciada no teorema 67, que se limita a exigir que os pressupostos de penas estejam estabelecidos em um ato oriundo do poder legislativo, e da estrita legalidade, estabelecida no teorema 58, que exige uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja “[...] possível a sua aplicação em proposições verificáveis” (FERRAJOLI, 2014, p. 349)³¹.

Para o autor, existem diferenciações bem claras na divisão, já que os conceitos são complementares e consistem no SG:

Com relação ao estatuto semântico das leis, tenho distinguido, em primeiro lugar, entre estrita legalidade e mera legalidade, conforme previsões legais das figuras delituosas estejam mais ou menos dotadas de denotação empírica taxativa. Defini, depois, o princípio da mera legalidade como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer com sentido de delito o que está sendo reservado ao legislador predeterminar como tal; e o princípio da estrita legalidade como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que, para tal fim, prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados verdadeiros dos fatos processualmente comprovados (FERRAJOLI, 2014, p. 348).

³¹ Os teoremas são desdobramentos mais aprofundados dos axiomas. Luigi Ferrajoli assim os define: “[...]São silogismos triviais, consubstanciados em quarenta em cinco teoremas, como consequentes de tantas outras implicações, que têm como precedentes todos os termos que as precedem no sistema [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 92)

A partir da divisão apresentada, Luigi Ferrajoli afirma que o princípio é uma regra semântica que identifica o Direito vigente como objeto exclusivo e exaustivo, “[...] estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não pecado)” (FERRAJOLI, 2014, p. 344).

Importante salientar que a contribuição vai além, trazendo um recorte do que será posteriormente aprofundado neste trabalho, a respeito do significado e da valoração da taxatividade do conteúdo do delito como garantia estrutural do Direito Penal:

Também no plano científico são possíveis as definições assertivas e juridicamente verificáveis do que seja delito somente se as correspondentes definições legislativas satisfazem ao princípio da estrita legalidade, seja dizer, se estão dotadas de uma extensão tão determinada quanto seja possível. Inversamente, somente a análise e a redefinição teórica rigorosa dos elementos constitutivos do delito e seus modos de comprovação estão em condições de oferecer ao legislador uma técnica de formulação das leis que se atenha o quanto possível ao princípio da estrita legalidade (FERRAJOLI, 2014, p. 347).

Fazendo referência a outros autores que partem do SG, podemos apresentar o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt, que aponta a legalidade estrita como a determinação de que normas incriminadoras são de função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena poderá ser aplicada sem que antes exista uma lei (BITENCOURT, 2015, p. 51).

Carla Silene Gomes define o princípio como a maior limitação ao poder de punir do Estado, visto que não significa somente a exigência de que o Estado esclareça previamente as condutas dignas de uma pena e as consequências da prática delas para o indivíduo. Trata-se de um princípio com significado formal e material, que representa a um só tempo a missão e o objetivo do Direito Penal (GOMES, 2019, p. 91).

Para Claudio Brandão, o princípio é o primeiro elemento geral da teoria do crime e é derivado do axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*, pois, se é necessário que uma conduta criminosa esteja prevista em lei, é ainda mais essencial que o comportamento humano esteja perfeitamente adequado ao modelo descrito em lei, o que se denomina “tipicidade” (BRANDÃO, 2019, p. 50).

Antônio de Padova Marchi Junior esclarece que, da forma como está posto, o princípio aglutina três funções primordiais: a de ordem política, como postulado da separação de poderes, a de ordem jurídico-criminal, como expressão da função social da norma e da sanção e, por fim, a garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 15).

Do ponto-de-vista político, a legalidade tem sentido de resistência contra a insegurança jurídica que é própria do Direito Penal dos Estado autocráticos, pois a segurança política dos cidadãos somente pode ser alcançada pela estabilidade jurídica, que é característica do Estado de Direito, em um contexto de liberalismo político, consistente na luta da burguesia contra o absolutismo³² (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 17).

Do ponto-de-vista jurídico-penal, a legalidade estabelece um sentido material das normas, determinando que os destinatários recebam o comando normativo de modo claro, mediante lei prévia, com identificação precisa de sua vigência, além da garantia de que o cidadão estaria amparado por lei anteriores, com conteúdo preciso, sobre condutas permitidas ou não, com fim de se evitar abuso de poder estatal (MARCHI JUNIOR, 2016, p.18).

Carla Silene Gomes ainda ensina que uma das suas funções primordiais do princípio, em perspectiva material, é estabelecer que ele não cuidará somente da forma, mas também do conteúdo do tipo penal a ser elaborado, uma vez que dele decorrem: a) o cuidado com a fonte da qual emana a lei; b) o zelo com a forma de se enunciar a norma; c) a possibilidade de se averiguar no tempo qual a lei aplicável (GOMES, 2019, p. 91).

Luciano Santos Lopes afirma que a leitura apenas formal da legalidade é um *locus* vazio de conteúdo, apenas um argumento retórico à construção formal da norma penal. Para o autor, deve-se buscar, também, a legitimidade do sistema, em especial a partir da afirmação dos direitos humanos (LOPES, 2006, p. 16).

O autor esclarece, ainda, que o respeito à legalidade fica condicionado à interpretação do Direito no plano da sua concretização, o que se dá com o

³² O Estado absolutista tinha como característica principal o cumprimento da vontade do soberano no poder. A guinada democrática pelo liberalismo político teve como consequência a separação dos poderes.

atendimento ao princípio na aplicação da norma ao caso real (LOPES, 2006, p. 81).

Em que pesem todos os argumentos apresentados, parece necessário e correto apresentar o posicionamento de Rosa Maria Cardoso da Cunha em sentido oposto ao entendimento de garantia extraído do princípio da legalidade. A autora afirma que esse princípio não constitui garantia do cidadão frente ao poder estatal e que tal assertiva possui caráter retórico, porque o sentido das palavras da lei penal não emana da sua letra ou dos limites da legislação escrita. Assim, para a autora, a vontade do legislador e a natureza jurídica são mitos do pensamento dogmático (CUNHA, 1979, p. 17-18).

Ela continua explicando que, por se tratar de uma linguagem natural, as palavras da lei são sempre ambíguas e que a imprecisão viabiliza distintos usos e sentidos para termos da legislação penal, ao contrário do que propõe a dogmática ao estabelecer sentido único, que é retórico na perspectiva da autora, porque não oferece certeza e segurança, como se espera (CUNHA, 1979, p. 18).

Ademais, no que tange ao aspecto histórico, ela afirma que, na formação do Estado burguês e na tentativa de superação da fase inquisitiva, o princípio se apresentou como garantia político-jurídica (CUNHA, 1979, p. 32).

Também realiza a reconstrução do sistema de legalidade, comparando-o com o desenvolvimento do inquérito, baseado em Foucault, e afirma que o inquérito policial transcendeu a instância jurídica, estabelecendo formas externas de verdade e, em sua pesquisa, ressalta as propriedades retóricas do instituto e mostra que a legalidade também apresenta uma falsa sensação de confiança (CUNHA, 1979, p. 37).

Em sua obra, a autora denomina o princípio como um sistema de legalidade, reconhece a importância do seu desenvolvimento com Beccaria, ressaltando seu clamor legalista ao exigir que regras fossem claras, anteriores, por um poder específico e que os juízes não deveriam realizar interpretações. Destaca um segundo momento do sistema, de caráter utilitarista, considerando as finalidades da pena, e indica um terceiro momento do sistema de legalidade, com a necessidade de punição do criminoso em razão da sua personalidade (CUNHA, 1979, p. 38).

Rosa Maria Cardoso da Cunha também aponta um fato importante no processo de inserção do princípio da legalidade em textos constitucionais,

especialmente em razão do que ela denomina “duplo-binário”, expressão que remete à atenção aos postulados positivistas, mas também com expressiva consideração da personalidade do agente e da retribuição da pena, concluindo que os conceitos, com o passar do tempo, já não atendiam mais ao estabelecido pela Revolução Francesa (CUNHA, 1979, p. 44-48).

Vinícius Diniz Monteiro de Barros acrescenta que o discurso do Direito Penal é aberto, pois permite a inserção de elementos culturalíssimos e ideológicos da escritura legal:

Tudo isso abre o discurso dogmático-penal à penetração dissimulada de elementos culturalistas, egológicos e ideológicos de valoração da escritura legal. A artificiosa e arbitrária distinção entre elementos descritivos (independentes da valoração pelo intérprete, porque cognoscíveis mediante verificação sensoriável, como se isso fosse possível⁵³) e normativos (dependentes da valoração pelo intérprete) do tipo, a não explicada autonomia entre juízos de tipicidade (indiciário) e ilicitude com seus respectivos elementos subjetivos independentes, o recurso do intérprete às práticas sociais de uma época para estabelecer correspondência (subsunção) entre conduta e descrição típica, a necessidade de reconstrução intranormativa do tipo culposo (aberto) pelo julgador, para saber de que forma se violou o dever objetivo (?) de cuidado e em que consistiria esse dever de cuidado, dentre outras aporias, demonstram que a legalidade e a analítica do crime estão trespassadas por sentido retórico (BARROS, 2020, p. 91)

No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni também se posiciona ao afirmar que fundamentos antropológicos permitem um nível de crítica ao discurso interno de legalidade no Direito Penal:

É claro que a coerência interna do discurso jurídico penal é negada quando se usam argumentos como diz a lei, faz-se porque o legislador quer. São expressões frequentemente utilizadas em nossa região e que implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de constringer racionalmente e, portanto, legitimar o exercício do poder do sistema penal. A busca tem sido infrutífera e as teorias da legalidade formal não têm sido capazes de iludir a legitimação do poder pelo seu mero exercício. Não se trata nem mesmo da teoria da plonexia segundo a qual o mais forte seria legitimado pelo simples fato de sê-lo, mas que a legalidade formal legitimaria o poder dos aliados mais fracos. No mundo atual, é bastante clara a insuficiência legitimadora da legalidade formal, a ponto de não existir no campo dos discursos jurídicos penais qualquer tentativa séria de legitimar o sistema penal por meio de uma construção que exclua tudo o que não seja mera completude (ZAFFARONI, 2009, p. 22-24, tradução nossa).

Por fim, não se pode deixar de lado a crítica feita por Luigi Ferrajoli ao expor que os princípios da legalidade e da jurisdicionalidade foram concebidos

e justificados pelos iluministas, sem que se tenha feito uma construção epistemológica, de modo que todo sistema meramente formal é falho, aduzindo que o positivismo também permite modelos penais absolutistas caracterizados “[...] pela ausência de limites do poder soberano ao mesmo tempo em que se mostra completamente neutro a respeito de todas as demais garantias penais e processuais” (FERRAJOLI, 2014, p. 18).

Portanto, apresentadas as críticas e delimitado o espaço de expectativa de garantia que se atribui à legalidade, e reconhecendo a sua falibilidade em razão da retórica, é possível extrair que é por meio dele que se:

- (i) Estabelece, aparentemente, o critério de segurança jurídica no Direito Penal, pois;
- (ii) Apresenta e delimita quais são as condutas que serão consideradas criminosas pelo ordenamento jurídico, a partir dos elementos estruturantes do tipo penal;
- (iii) Em decorrência, se efetiva a garantia para todos os cidadãos de que as condutas criminosas estarão previstas em lei e que eles não sofrerão abusos por parte do poder estatal.

Em decorrência do princípio da legalidade, surgem múltiplas exigências materiais que se estabelecem como proibições, desdobramentos ou consequências, classificados em quatro circunstâncias que são de extrema importância para a definição de tipos penais: a proibição de analogia (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), a proibição do direito costumeiro (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), a proibição da retroatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*) e a exigência de taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), conforme aponta Claudio Brandão (BRANDÃO, 2014. p. 150).

Duas das quatro classificações apresentadas são especialmente significativas para o desenvolvimento desta pesquisa e merecem atenção, sendo elas: a proibição do uso da analogia e de interpretação extensiva e a exigência da taxatividade.

Isso porque, em decorrência do princípio da legalidade, é vedada a utilização de interpretações no Direito Penal, especialmente no âmbito de

incidência das normas penais incriminadoras. Ademais, entende-se legalidade pela necessidade de limitações prévias às condutas consideradas criminosas, de modo que não se pode permitir que o conteúdo exposto na lei seja substituído por integração (analogia)³³ ou interpretação extensiva, especialmente por aqueles que exercem atividade jurisdicional. O princípio não autoriza que o intérprete faça inferências a partir de uma conduta específica já tipificada, com extensão para outra conduta que não tem previsão legal, sem que se tenha certeza dos limites e extensões de cada uma.

Antônio de Padova Marchi Júnior explica que o limite do teor literal da norma deriva do fundamento jurídico-político do princípio da legalidade, já que o pretendido efeito preventivo da lei penal somente poderá ser alcançado se a conduta proibida puder ser compreendida pelo cidadão a partir de uma simples leitura do texto normativo (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 84).

Como consequência, tem-se a proibição da analogia, isto é, não se permite ajustar o comportamento ao tipo penal, não podendo o juiz se valer de outra descrição parecida ou semelhante à conduta do agente (VARGAS, 1987, p. 28).

Contudo, em razão das funções que se atribuem ao próprio Direito Penal, especialmente com a necessidade de se reprimirem condutas que pretendem proteger bens consideráveis, assim como em razão das mudanças de valores ou percepções do que se pode ou não considerar crime pela sociedade, é possível admitir a aplicação da analogia em benefício do investigado e do acusado, se lhe for favorável no caso concreto.

A outra garantia proveniente do princípio da legalidade é a da taxatividade, que não autoriza a elaboração de leis com tipos penais com conceitos vagos e descrições imprecisas de condutas e de suas respectivas sanções.

Luciano Santos Lopes afirma que o enunciado do princípio da taxatividade indica que a lei deve definir o fato criminoso em um tipo claro, com atributos essenciais e específicos da conduta humana, de forma a torná-lo inconfundível com outra figura típica (LOPES, 2006, p. 93). O autor esclarece ainda:

³³ A analogia consiste na aplicação de outra norma por semelhança.

A clareza da descrição da conduta no tipo penal deve ser suficiente para impedir a dúvida interpretativa. Deve-se evitar a utilização de normas muito generalizadoras ou que contêm tipos penais genéricos ou abertos demais. O legislador deve elaborar a norma de modo satisfatoriamente determinado, para que exista uma perfeita descrição do fato típico (LOPES, 2006, p. 94).

Conforme aponta Antônio de Padova Marchi Junior, de nada adiantaria a exigência prévia de determinação legal de crime e pena se o legislador pudesse empregar fórmulas gerais e indeterminadas na redação do tipo penal incriminador (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 43).

Nesse mesmo sentido é posicionamento de Heleno Fragoso ao afirmar que “[...] A incriminação vaga e indeterminada, faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois, entregue em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador [...]” (FRAGOSO, 2003, p. 115)

Carla Silene Gomes atesta que é imprescindível a utilização de expressões e palavras certas, de compreensão fácil e direta, na redação do tipo penal. Ao contrário, a inobservância da taxatividade enseja risco à própria eficácia do sistema penal, já que cria um amplo campo de interpretação para o aplicador da lei (GOMES, 2019, p. 104).

A autora ainda relaciona a necessidade de criação de tipos penais em que se observe a mais correta configuração possível, isto é, com observância da taxatividade e do disposto na CRFB/88. Vejamos:

As Constituições de Estados Democráticos de Direito cuidam de delimitar o *jus puniendi*, seja em relação à determinação dos bens jurídicos a serem protegidos (limite material), seja em relação à forma como isto se realiza (conteúdo formal). Neste sentido, o conteúdo da tipicidade deverá seguir estritamente o disposto na Constituição, de forma a assegurar uma correta configuração dos tipos penais, isto é, os tipos penais devem se apresentar de forma taxativa (GOMES, 2019, 106).

Antônio de Padova Marchi Junior indica outras consequências da taxatividade:

De um modo geral, portanto, são comumente atribuídas ao princípio da taxatividade três funções principais: (1) impor a autolimitação do poder punitivo estatal; (2) satisfazer a exigência contida no princípio da

separação de poderes de modo a impedir que o juiz, interpretando livremente a norma, invada a competência do legislador e (3) permitir que todos os cidadãos alcancem a exata compreensão da norma para que possam, desse modo, inibir eventual impulso criminoso através da prevenção geral negativa, tal como concebido por Feuerbach em sua já citada teoria da coação psicológica (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 45).

O referido autor esclarece que, pelo SG, a taxatividade e o convencionalismo representam a garantia de que somente será considerada criminosa a conduta que estiver previamente definida em preceitos exatamente identificáveis e associados à culpabilidade do agente (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 48)

Estabelecidos os critérios exigidos pela taxatividade penal e a proibição do uso de analogia ou interpretação extensiva, passaremos à análise das condutas descritas no tipo penal que constituem a obstrução de justiça e a verificação do preenchimento dos requisitos dogmáticos referidos.

3.1.1 Falta de delimitação das condutas proibidas

O tipo penal prevê, no art. 2, “§ 1º Nas mesmas penas incorre quem **impede** ou, de qualquer forma, **embaraça** a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.” (BRASIL, 2013, grifos nossos).

Da maneira como o tipo penal encontra-se posto, é possível afirmar que se trata de duas condutas criminosas: a de “impedir” e a de “embaraçar”. Tem-se que a descrição das condutas contidas no tipo penal é econômica, de extrema abertura textual e, considerável vagueza, gerando dificuldades na delimitação do seu espectro de incidência e criando um universo amplo de hipóteses delitivas.

Luciano Feldens e Adriano Teixeira afirmam que “impedir” constitui uma modalidade mais intensa, que exige a necessidade de um resultado típico, sendo necessário que a conduta impeça a continuação da investigação criminal (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 44).

Cezar Roberto Bittencourt e Paulo Busato também se posicionam assim, ao afirmarem que o significado de “impedir” é vasto, podendo abranger também

“evitar”, “bloquear”, “não deixar prosseguir”, ou “obstaculizar” o prosseguimento de investigação criminal (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 37)³⁴.

Não nos parece existirem tantos questionamentos ao significado da primeira conduta típica. O que se apresenta como problemático é a segunda modalidade típica, qual seja, a conduta de embaraçar e a sua extensão no que tange às hipóteses de incidência.

César Bitencourt e Paulo Busato afirmam que a ação de “embaraçar” significa “dificultar”, e que ela representa um estágio menos avançado que a ação de impedir. Aliás, os autores as consideram condutas progressivas, sendo “embaraçar” um caminho que se deve perpassar para impedir (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 37).

Contudo, apontam que a modalidade de embaraçar é demasiadamente ampla, o que dificulta o seu entendimento e o âmbito de incidência do tipo penal:

Trata-se de um tipo penal excessivamente aberto, vago e impreciso, ensejando dúvidas exegéticas. Indiscutivelmente essa descrição típica é extremamente aberta e gera absoluta insegurança sobre quais seriam os atos ou procedimentos que poderiam representar, por exemplo, embaraço à investigação criminal, gerando perplexidade ao intérprete (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 38).

Cleber Masson e Vinícius Marçal entendem que “embaraçar” significa uma ação menos drástica, denotando o esforço de atrapalhar ou causar dificuldade para o curso do objeto, sem inviabilizá-lo totalmente (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 125).

Os autores também afirmam a existência de progressividade entre essas condutas, já que embaraçar seria um estágio da conduta de impedir, que a absorve, de modo que apenas um verbo típico seria suficiente (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 125).

Luciano Feldens e Adriano Teixeira se posicionam de modo distinto, esclarecendo que “embaraçar” é uma modalidade típica subsidiária, porém, de maior abrangência. Abarca ações que não impedem a investigação de infração penal (FELDENS; TEIXEIRA 2020, p. 44).

³⁴Baltazar Jr. esclarece que “impedir” significa obstar, impossibilitar, obstaculizar, tornar impraticável (JÚNIOR, 2017, p. 623). Masson e Marçal vão além, pois descrevem os verbos nucleares do tipo como condutas variáveis ou fungíveis, tratando-se de tipo penal misto alternativo (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 125).

Para exemplificar o apresentado, os autores apresentam um caso hipotético, esclarecendo que policiais teriam violado o sigilo de uma operação policial em desfavor de investigado e lhes venderam equipamentos de contrainteligência, o que acaba por dificultar a conclusão da investigação criminal.

Concluem afirmando que, considerando que a investigação termine de modo satisfatório elucidando o caso, o atraso, desde que significativo, poderia equivaler ao embaraço, configurando o tipo de obstrução de justiça (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 44).

Partindo dos conceitos apresentados, o que se percebe é que em nenhuma das obras pesquisadas neste trabalho³⁵, os autores se prontificaram a definir o conceito de “embaraço” e o grau de exigência esperado do que é “embaraçar”.

Tampouco se dispuseram a esclarecer o que seria o atraso significativo nas investigações, de modo que esse silêncio reforça a hipótese do trabalho quanto à vagueza do tipo e à insegurança jurídica a ele inerente.

De modo que, ao verificarmos as condutas referidas pelo filtro que exige o princípio da legalidade, segundo o modelo estabelecido pelo SG, no âmbito material, podemos notar que o tipo penal em análise não contém os elementos básicos para sua efetivação e para os fins de garantia que se pretende.

Isso porque o princípio da legalidade, em sua perspectiva de taxatividade, estabelece estrita relação com a tipicidade na elaboração dos tipos penais, na medida em que indica tanto ao legislador como ao magistrado quais são os parâmetros mínimos de garantias para a definição de uma conduta criminosa, bem como os elementos dessa conduta.

Neste sentido, tem-se como verdadeira a assertiva proposta por Guilherme Coelho Colen segundo a qual o tipo, tipicidade e bem jurídico encontram-se numa relação de dependência recíproca (COLEN, 2015, p. 103).

Isto porque, para que algum fato social ganhe relevância penal, é necessário que ele esteja descrito em um tipo penal, e como forma de eleição

³⁵ É importante mencionar que pouco material doutrinário foi identificado para a pesquisa como um todo, de modo que apenas manuais que visam analisar a legislação penal extravagante, ao empreenderem o estudo da Lei de Organizações Criminosas é que aprofundaram a análise do tipo de obstrução de justiça.

desse fato, buscam-se valores que são consagrados e considerados imprescindíveis pela sociedade, o que é denominado por “bem jurídico”.

O tipo, então, passa a informar o conteúdo das condutas que são relevantes ou que podem afetar o bem jurídico eleito pela sociedade, e é transportado para a legislação em forma descritiva. À identificação dessa conduta proibida com o tipo penal descrito dá-se o nome de “tipicidade formal”.

Assim, a tipicidade é definida a partir de uma relação de adequação entre a ação humana e a norma do Direito, e só se pode falar em crime se, primeiramente, a ação humana for típica, adequada ao modelo descrito em lei (BRANDÃO, 2019, p. 50).

O autor ainda esclarece que a tipicidade é o continente da conduta penalmente relevante, pois a matéria de proibição que o tipo individualiza tem seu núcleo expresso por um comportamento positivo ou negativo (BRANDÃO, 2012, p. 45-47). E vai além, afirmando que:

A tipicidade, enquanto elemento comum da teoria do crime, da teoria da pena e da teoria da lei penal, tem por escopo possibilitar ao direito penal justificar a violência da pena, mas também afastá-la em casos de falta de proporcionalidade entre a conduta criminosa e aquela violência, sendo sua aplicação realizada a partir de um entinema (BRANDÃO, 2012, p. 31).

Francisco de Assis Toledo também ensina que “[...] a tipicidade é um juízo formal de subsunção, que decorre da função de garantia do tipo para que se observe o princípio da legalidade (TOLEDO, 1984, p. 125).

Nesse mesmo sentido, José Cirilo Vargas aponta que somente existirá pena se o comportamento se ajustar, primeiramente e de modo preciso, a uma descrição legal do injusto, o que dá estabilidade e segurança à ordem jurídica (VARGAS, 1987, p. 19).

Para Cezar Roberto Bitencourt, a tipicidade é o resultado do confronto entre o juízo típico positivo e a conduta analisada, é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal (BITENCOURT, 2015, p. 345-346).

Rosa Maria Cardoso da Cunha afirma que, dentro do sistema de legalidade, existe uma função metodológica racionalizadora do princípio com a teoria do tipo:

O conceito de tipicidade é visto pela maior parte da doutrina como categoria disciplinadora de toda a arquitetônica relação com a teoria do delito. Assinala a dogmática que a noção de tipo, além de construir o mandato proibitivo, concretiza a antijuridicidade, assinala e limita o injusto, demarca o *iter criminis* estabelecendo seus momentos penalmente relevantes e ajustando a culpabilidade (CUNHA, 1979, p. 56).

Dessa forma, percebe-se que é na descrição da tipicidade e do tipo penal que se dá o cumprimento da taxatividade, na medida em que poderá “[...] haver juízo válido de subsunção, que adequa a conduta ao modelo previsto em na lei, se o modelo for susceptível de ser conhecido e compreendido como proibido” (BRANDÃO, 2012, p. 152).

Verifica-se, então, que a tipicidade e tipo penal são institutos essencialmente unidos, já que a noção de tipicidade se constrói a partir da noção do tipo penal, em uma relação de subsunção, de modo que a modificação de um dos elementos do tipo interfere diretamente no conceito de tipicidade (BRANDÃO, 2012, p. 98).

O autor continua explicando que o tipo penal necessariamente precisa estar vinculado aos ditames do princípio da legalidade:

Também se afirmou anteriormente que a proeminência da tipicidade decorre do fato do tipo penal descrever a ação relevante para o direito penal e isto se dá porque o tipo é o instrumento jurídico que torna conhecida a proibição. É vedado ao direito penal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, efetuar proibições gerais e associar a elas uma pena, sem que exista a individualização da conduta proibida, isto é, sem que esta conduta se torne molde de uma ação determinada, à qual se comina uma pena; fora deste perímetro, não se pode falar propriamente em tipo penal, pois o tipo materializa uma ação positiva ou negativa proibida (BRANDÃO, 2014, p. 49).

Rosa Maria Cardoso da Cunha afirma que, diante da valoração de determinados comportamentos como ofensivos aos interesses predominantes, o legislador irá transformá-los em condutas típicas, ainda que justificáveis (CUNHA, 1979, p. 63).

No que tange ao tipo penal, Guilherme Coelho Colen ensina que o tipo é a técnica jurídica criada para cumprir o postulado da reserva legal, por isso ele é a figura reitora, limitadora do Direito Penal, e continua, esclarecendo que o tipo

penal concretiza a garantia de que as condutas serão previamente descritas em um modelo abstrato de condutas proibidas (COLEN, 2015, p. 111).

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo leciona que o tipo penal é uma “[...] descrição esquemática de uma classe de condutas que possuem características danosas ou ético-socialmente reprovadas” (TOLEDO, 1984, p. 127).

Ainda a respeito do tipo penal, Luciano Santos Lopes dispõe que ele é a expressão em que se formaliza a violação de bens jurídicos penalmente tutelados. É o signo da proteção penal (LOPES, 2006, p. 14). O autor explica, também, que o tipo é um modelo abstrato, que configura uma representação genérica contida em lei, de um comportamento humano proibido (LOPES, 2006, p. 38).

De outro modo, Cezar Roberto Bitencourt esclarece que o tipo penal é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo, portanto, exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas penalmente relevantes (BITENCOURT, 2015, p. 433).

Na tentativa de reafirmar a importância do instituto do tipo penal, é interessante observar os desdobramentos do princípio da legalidade estrita e a sua relação com o tipo incriminador, vez que se mostra imprescindível a determinação delimitada de condutas, de modo a garantir o conhecimento da conduta proibida:

Não admitem normas que criam ou constituem *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescreverem, mas somente regras de comportamento que estabelece uma proibição, quer dizer, uma modalidade deontica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma ação, e a respeito da qual seja aleiticamente possível tanto a omissão quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à culpa ou responsabilidade do autor. (FERRAJOLI, 2014, p. 39).

Carla Silene Gomes ainda esclarece a importância dos tipos penais, definindo que é por meio deles que os cidadãos terão condições de estabelecer o seu agir ou não agir na sociedade, isto é, ao descrever a conduta para a qual se estipula uma pena, o Estado informa ao indivíduo sobre o que fazer ou não (GOMES, 2019, p. 108).

Logo, se a função do tipo penal é exatamente esta, a de garantir a segurança e estabilidade jurídica, já que é nele que se descreve o comportamento delitivo e, fora dele, não há que se falar em qualquer conduta punível, nota-se que o tipo, da forma com que se encontra redigido não .

Juarez Tavares, ao dispor sobre a função do tipo penal, esclarece que ela está umbilicalmente relacionada às teorias do delito. Na teoria causal, o “[...] tipo desempenhava a função de identificação descritiva de um comportamento produtor de efeitos proibidos [...]” (TAVARES, 2018, p. 173).

Já na teoria neokantiana, o tipo se incorpora à antijuridicidade, passando a ser composto pelos elementos normativos e subjetivos. Deixa de ser, portanto, meramente descritivo e passa a ter uma função normativa do injusto (TAVARES, 2018, p. 173).

No finalismo, o tipo possui duas funções: a de garantia e a de fundamentação. O autor ensina que essas duas funções também se estendem a quem adota o conceito social da ação (TAVARES, 2018, p. 173).

Claus Roxin, ao criar a teoria do funcionalismo nos anos de 1970, com a obra “Política criminal e sistema-jurídico penal” também trabalha a ideia de que o tipo penal cumpriria justamente a função de garantia como manifestação do princípio do *nullum crimen*.

Ele reconhece a importância política do Direito Penal de proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio do poder estatal e enquanto nos ativermos ao *nullum crimen, nulla poena sine lege*, com a rígida arte de interpretação de leis que operem com princípios científicos (ROXIN, 2000, p. 4).

O princípio possui uma função liberal de proteção, mas também a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento, tornando-se um instrumento de regulação (ROXIN, p.15). Assim, é certo que o tipo penal deve ter “[...] uma descrição tão exata quanto possível das ações [...]” (ROXIN, 2000, p. 32).

Para ele, o tipo penal cumpre três funções essenciais: sistemática, política-criminal e dogmática. A função sistemática dispõe que o tipo penal é elemento essencial do conceito do delito. Já a política-criminal decorre do princípio da legalidade, pois somente serão criminosas as condutas previamente previstas em lei. Por fim, a dogmática está relacionada à definição do objeto e dos limites do erro de tipo (TAVARES, 2018, p. 173).

É válido mencionar a ponderação elaborada por Juarez Tavares aos conceitos formulados por Claus Roxin, “[...] por acreditar que elas não esgotam todo o significado do tipo [...]” (TAVARES, 2018, p. 174).

De modo complementar, Roxin ainda adiciona duas outras funções: a de delimitação do injusto e a de comunicação. A primeira função é “[...] elemento inicial de verificação se uma determinada conduta é capaz de produzir dano ou perigo ao bem jurídico [...]”. Já a segunda modalidade é que “[...] deve servir de parâmetro de orientação da conduta para os cidadãos mediante um processo de mensagens normativas, enunciadas nas respectivas definições do delito [...]” (TAVARES, 2018, p. 174).

Cezar Roberto Bitencourt esclarece que o tipo penal cumpre a função limitadora do âmbito que é penalmente relevante. Assim, tudo o que não responder a um determinado tipo de injusto será penalmente irrelevante (BITENCOURT, 2015, p. 347).

Luciano Santos Lopes afirma que não há um tipo de garantia, o que existe é a função de garantia do tipo, resultado da legalidade, de modo que toda pessoa deve ter a possibilidade de saber se sua conduta será censurada pelo ordenamento (LOPES, 2006, p. 40).

Sabe-se que a doutrina ainda atribui inúmeras outras funções ao tipo penal, tais como a característica de ser indiciária, já que se antecipa que uma ação típica, provavelmente, será antijurídica³⁶, prevendo-se o aspecto de ilicitude.

Cabe aqui esclarecer que Rosa Maria Cardoso da Cunha constrói sua crítica ao princípio da legalidade por meios das funções que se atribuem ao tipo, aduzindo que:

³⁶ Não se desconhece a construção do conceito de “tipo penal” e sua relação com a antijuridicidade. Contudo, em razão do espaço e do marco teórico selecionado, entende-se que a melhor definição é aquela que parte do finalismo, entendendo o tipo penal como realidade complexa, constituída pela vontade reitora, conforme ensina Bitencourt (2015, p. 344). Nesse sentido, também expõe Luciano Santos Lopes ao afirmar que, na perspectiva finalista, o tipo penal tomou as feições dogmáticas, com caráter complexo, integrado por elementos subjetivos e objetivos (LOPES, 2006, p. 26).

Em nosso exame da doutrina, revelamos, entretanto, uma série de conceitos, teorias, concretizações que demonstram não cumprir o tipo função indiciária, ser ocioso seu conceito do ponto de vista estritamente teórico, e não garantir um direito penal estritamente baseado na legislação escrita. Ora, sendo a noção de tipo o precipitado jurídico do princípio da legalidade, a construção relativa a seus elementos normativos e subjetivos, os tipos abertos, os critérios de adequação social, a antijuridicidade concreta, etc., refutam por completo as funções sistemáticas e de garantia acreditadas à regra da legalidade. (CUNHA, 1979, p. 72).

Para demarcar quais condutas serão consideradas criminosas, os tipos penais devem, portanto, conter características e elementos próprios, sendo compostos pelos elementos subjetivos³⁷ e objetivos, além do objeto material, das circunstâncias de tempo e lugar e dos meios e modos de execução.

Os elementos subjetivos se relacionam com o conjunto de componentes pessoais ou anímicos do tipo, ligados à esfera psíquica do sujeito ativo, enquanto os elementos objetivos são identificados pelas circunstâncias da ação típica que não se relacionam ao estado anímico.

Nesse sentido, Luciano Santos Lopes conceitua os elementos subjetivos como aqueles que evidenciam os estados anímicos dos agentes, que expressam a vontade do autor do delito (LOPES, 2006, p. 45). Os elementos objetivos descritivos do tipo, por outro lado, são aqueles cujo entendimento do intérprete se dá pela simples constatação sensorial, de modo que a mera percepção dos sentidos já permite constatar o significado da norma (LOPES, 2006, p. 48).

Em resumo, o autor distingue os elementos objetivos dos subjetivos afirmando que os primeiros são aqueles verificados pela constatação sensorial e não carecem de atuação de terceiros, vontades ou juízos de valores. Os demais (normativos e subjetivos) são elementos que podem sofrer variação conforme a interpretação (LOPES, 2006, p. 466).

Dessa forma, a eficaz função garantidora do tipo depende da descrição das normas incriminadoras e da indicação de valores jurídicos, de modo que a inobservância da técnica pode vir a ferir o princípio da legalidade ao se empregarem cláusulas genéricas e elementos normativos (LOPES, 2006, p. 467).

³⁷ Não se desconhece a evolução dogmática do tipo penal. Contudo, adotando pressuposto da teoria finalista da ação, afirma-se que os elementos subjetivos foram incrementados à tipicidade, e que, portanto, a compõem e justificam a diferenciação de elementos objetivos e subjetivos.

Para Brandão, os elementos objetivos são aqueles que podem ser percebidos pelos órgãos dos sentidos, em função de ocorrerem no mundo exterior, de modo que a ação pode ser verificada no mundo exterior.

Por conseguinte, a ação se localiza no tipo penal, e consiste no núcleo do referido tipo, sendo expressa por um verbo, em regra transitivo direto e na forma verbal do infinitivo (BRANDÃO, 2012, p. 101).

Ainda existe uma divisão no que tange aos elementos objetivos do tipo, os quais podem ser categorizados entre elementos descritivos e elementos normativos³⁸.

Antônio de Padova Marchi Junior alerta que a utilização de elementos normativos tem sido motivo de preocupação para a doutrina, pois pode acarretar prejuízos para a segurança jurídica, já que eles dependem de valoração, e sugere que, na construção de tipos penais, deve-se preferir a utilização da técnica de legiferação descritiva (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 52).

O autor considera impossível prever as infinitas possibilidades do delito, o que, no entanto, não autoriza o uso indiscriminado dos elementos normativos por parte do legislador, mas impõe a ele a restrição necessária (MARCHI JUNIOR, 2016, p. 53).

Contudo, como apontando por Rosa Maria Cardoso da Cunha, em razão do caráter retórico que se extrai da suposta legalidade, é importante também pensar nos elementos aparentemente descritivos do tipo penal, especialmente se ele for genérico ou social. Isto porque, em ambos os casos, o tipo penal estaria aberto a uma interpretação extensiva *in malam partem*.

Claudio Brandão, reforçando a necessidade de taxatividade para a criminalização de condutas, esclarece que os elementos objetivos têm primazia na descrição típica, considerando que a matéria de proibição presente no tipo penal deve conter uma descrição objetiva, de modo a concretizar um modelo de conduta nele proibida (BRANDÃO, 2012, p. 53).

O autor afirma que:

³⁸ Claudio Brandão adota posicionamento diferente, defendendo que, enquanto descrição típica, o tipo se perfaz com elementos objetivos e subjetivos. Para ele, caso exista algum procedimento de valoração, aí serão inseridos no tipo penal elementos normativos, que conceitualmente não possibilitam um juízo de subsunção de uma descrição, por exigirem valoração do intérprete (BRANDÃO, 2012, p. 106).

Quanto mais denso for o elemento objetivo, mais se afasta a generalidade do tipo, já que o elemento objetivo restringe o âmbito da conduta na descrição hipotética legal, diferenciando-a e indicando os elementos que podem ser percebidos no mundo exterior e, portanto, que podem ser objeto de suporte probatório que se desenrolará em um processo penal (BRANDÃO, 2012, p. 53-54).

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo ensina que o tipo penal não deve gerar dúvidas nem abusar do emprego de normas gerais, até mesmo para desempenhar a função pedagógica e motivar o comportamento humano (TOLEDO, 1984, p. 29).

Luigi Ferrajoli foi incisivo ao explicar o conceito da legalidade estrita e a sua relação com o conteúdo material da norma, estabelecendo que “[...] a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 38), de modo que o tipo penal deve trazer com exatidão a conduta que se pretende proibir, com toda a precisão empírica.

A teoria do autor italiano não admite a inclusão nas tipificações legais de elementos valorativos ou, de qualquer forma, não empíricos, de modo a possibilitar a valoração dos elementos do tipo penal pelo intérprete.

No caso do tipo penal que define a obstrução de justiça, não é possível identificar em referências empíricas quais são as condutas, ações ou omissões concretas que constituem a modalidade “embaraçar”, e é por isso que ele contraria a legalidade estrita.

José Carlos Porciuncula, ao estudar o tema, afirmou categoricamente que “Não é preciso nenhum *sacrificium intellectus* (basta uma *leitura in ictu oculi!*) para perceber-se que se trata de preceito penal absolutamente indeterminado, por não estabelecer minimamente quais condutas encontram-se proibidas [...]” (PORCIUNCULA, 2016). O autor sustenta a flagrante inconstitucionalidade do tipo penal em questão justamente por violar o princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), consectário lógico do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CRFB/88).

Ele elenca alguns fundamentos argumentativos para demonstrar a incompatibilidade com o princípio da taxatividade. Dentre eles, a necessidade de preceitos previamente fixos para reduzir o espaço da interpretação, de modo que

cada cidadão possa calcular suas atuações. Adverte que o mencionado princípio “[...] impõe ao legislador a elevadíssima e incontornável tarefa de elaborar preceitos criminais claros e exatos (se não quer incorrer em inconstitucionalidade) [...]” (PORCIUNCULA, 2016).

Como pode-se notar, os dicionários³⁹ trazem diversos significados para o termo “embaraçar”, de modo que não se pode apontar uma única definição, tampouco pressupor que o tipo penal se refere ao conjunto das noções apresentadas para fazer referência ao que se pretende proteger com a elaboração da norma.

Os doutrinadores aqui já referenciados (Feldens e Teixeira, Bitencourt e Busato, Masson e Marçal) não conseguem definir um conceito para a conduta de “embaraçar”, encontrando, cada um, um significado e alcance diferente para as condutas, de forma que fica a cargo do intérprete a avaliação da extensão da conduta criminosa.

E como já mencionado, a necessidade de valoração ou interpretação por parte dos agentes que atuam no sistema penal para extrair o significado ou a finalidade da conduta de “embaraçar” ultrapassa a delimitação exigida pela legalidade, pois não é possível garantir a previsibilidade necessária do conteúdo da norma⁴⁰.

É justamente neste ponto que existe uma tensão entre o princípio da taxatividade e os elementos do tipo penal, já que alguns dos elementos extrajurídicos podem ampliar os limites de interpretação, o que fragiliza a função de garantia (COLEN, 2015, p. 113).

³⁹ O dicionário Houaiss trata o termo “embaraçar” como: criar embaraço a, ou sentir embaraço; complicar(-se); atrapalhar(-se); causar ou sentir confusão; perturbar(-se), vexar(-se). E apresenta como sinônimo a conduta de impedir. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#7

O dicionário Dicio define o termo “embaraçar” como dificultar, baralhar, enredar, emaranhar: embaraçar uma meada, bem como classifica como sinônimo a conduta de impedir. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/embaracar/>

Já no dicionário Priberam, é possível perceber que “embaraçar” e “impedir” tratam das mesmas condutas: causar ou sofrer embaraço ou impedimento. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/embara%C3%A7ar>

O dicionário Michaelis conceitua a conduta de embaraçar como impedir com obstáculos; obstruir. Disponível em:

<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=embara%C3%A7ar>. Por fim, o dicionário Aulete conceitua “embaraço” como sendo: causar a, criar ou enfrentar embaraço, dificuldade, estorvo; Atrapalhar; Confundir. Disponível em: <https://aulete.com.br/embara%C3%A7ar>

Isso porque o processo de interpretação e valoração necessariamente perpassa o conjunto de elementos históricos, de convenção social ou das searas conjuntural ou ideológica do intérprete, levando à incerteza do resultado ou a sua falta de previsibilidade (CUNHA, 1979, p. 17).

Ao dispor sobre a interpretação, Rosa Maria Cardoso da Cunha ainda afirma “[...] que todo conhecimento ideológico está socialmente predesignado e, numa sociedade de classes, prioritariamente designado pelas concepções dominantes” (CUNHA, 1979, p. 23).

Nesse sentido, ao abordar de modo crítico as funções de garantia do tipo penal, a autora ainda menciona o quanto elementos externos interferem na interpretação, ainda que objetiva, dos elementos que o compõem:

Tal distinção desqualifica a circunstância de que nenhum elemento do tipo pode ser cognoscível pela simples verificação sensorial. Mesmo expressões como homem, casa, membro, etc. a objetos que reclamam juízo histórico e valorativo para serem identificados como tal. (CUNHA, 1979, p. 64).

Por isso, ao afirmar a necessidade de delimitação do conceito e uso adequado das palavras, Cunha recorre à filosofia da linguagem, e aduz que “[...] as palavras da lei seriam sempre definidoras de objetos ou situações a que se referem, restringindo o campo de incidência legal e orientando a interpretação no sentido de sua adequação ao ordenamento jurídico” (CUNHA, 1979, p. 77).

Ora, toda pessoa deve ser capaz de prever se uma conduta é proibida e punível e calcular os riscos de sua atuação, dentro ou não da licitude.

Porém, quando não se sabe o que é permitido ou proibido, em razão da abertura textual em razão dos verbos inseridos, não se consegue calcular as consequências das condutas, o que fragiliza o princípio estruturante do Direito Penal.

É importante mencionar ainda que há quem defenda que uma das formas de evitar a vagueza identificada em alguns tipos penais seria a implementação do que se chama de “maior precisão possível”.

Ocorre que, no tipo penal em análise, tal critério não foi aplicado, já que o legislador poderia ter se utilizado de outros elementos e descrições para a redação do tipo e assim não fez. Basta verificar que o mandado de criminalização

inserido na Convenção de Palermo é delimitado, restrito e verificável empiricamente e nada traz sobre as condutas de embaraçar e impedir.

A doutrina aponta de modo constante que o advogado que impetra ação de *habeas corpus* poderia incorrer no crime de obstrução de justiça (ainda reconhecendo todas as causas excludentes), apenas para demonstração de que a indeterminação do preceito legal em comento pode conduzir a situações excepcionais.

Ademais, a própria prática vem demonstrando as graves consequências das indeterminações do tipo penal. Tem-se, por exemplo, caso em que o Ministério Público Federal requereu a prisão preventiva de um colaborador e de Senadores da República com argumento de que o conteúdo de conversas gravadas pelo primeiro revelaria a existência de um plano, em plena execução, para embaraçar a Operação Lava Jato⁴¹.

Note-se que, até mesmo os que são definidos como “atos de cogitação”, que não são puníveis de acordo com o critério adotado em nosso ordenamento, foi respeitado, exatamente em razão do alto grau de indeterminação das condutas descritas no tipo penal.

Percebe-se, portanto, que o tipo penal que prevê os atos de obstrução de justiça contraria o disposto no SG, já que “[...] a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais” (FERRAJOLI, 2014, p. 39).

De modo semelhante concluiu Ivan Navarro Zonta ao afirmar que “[...] parece claro que tal abertura não permite delimitação suficiente de ações concretas que podem se amoldar às condutas incriminadas no tipo” (ZONTA, 2022, p. 41).

Soma-se a esse cenário problemático o que Luciano Feldens e Adriano Teixeira (2020, p.42) denominam por “situações limítrofes”: ações indiretas, como em casos de interferência de investigado na atuação de terceiros, tais como intervir na decisão de aceite ao acordo de delação premiada. Por ser considerado ato lícito, inserido no âmbito de vontade e liberalidade do agente, não poderia configurar ação típica. O problema apontado é que existe uma

⁴¹ Requerimento na AC nº 4173 - DF.

atuação do agente no sentido de evitar a obtenção das informações por parte do responsável pela investigação. Contudo, em que pese sua atuação, a decisão está no âmbito de voluntariedade de terceiros.

Os autores abordam esse exemplo aduzindo que a vontade está inserida no âmbito de discricionariedade do agente que sofre a interferência, de modo que se pode deliberar sobre sua realização ou não, não incorrendo em prática criminosa aquele que realiza a influência. (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 45).

No caso em que o agente investigado venha a interferir na vontade de terceiros, viciando, de alguma forma, sua manifestação de vontade, com ameaça ou uso da força, por exemplo, resultando em uma conduta proibida ou em desconformidade com o ordenamento jurídico, o posicionamento passa a ser o contrário, devendo restar configurado o resultado lesivo.

Não se ignora que o reconhecimento da tese de atipicidade ou de pós-fato pode implicar ainda as consequências atinentes à imputação do mesmo crime a terceiros que atuem como partícipes, em razão da teoria da acessoriedade limitada⁴², de forma que “[...] caso se considere *atípica* ou *típica*, mas lícita, a conduta do agente como partícipe, não será punido [...]” (TORTIMA, 2022, p. 193).

Importante observar que o delito ainda encontra limites que não devem extrapolar as esferas de privacidade, propriedade e liberdade informativa (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 42), isso porque, embora algumas condutas possam dificultar a investigação criminal, é possível que a apuração dos atos de investigação recaiam sobre pessoas ou objetos que estejam na esfera de disponibilidade do indivíduo e de terceiros.

Como exemplo, Luciano Feldens e Adriano Teixeira indicam o sujeito que tenha anotações ou documentos de que seja destinatário e que estejam em seu alcance, isto é, o sujeito não está obrigado a manter e-mail ou mensagens de Whatsapp, nem mesmo contato telefônico. (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 43).

É imprescindível mencionar que todas as constatações aqui apresentadas não passaram omissas perante alguns juristas, que ajuizaram Ação Direita de

⁴² Em razão da delimitação desta pesquisa, optou-se em apenas apresentar o tema, sem pretensão de exaurimento.

Inconstitucionalidade, de titularidade do Partido Social Liberal (PSL), em 29/07/2016, sendo conhecida por ADI n.º 5.567⁴³.

No que diz respeito aos atos de obstrução, os peticionários alegaram tratar-se de tipo penal aberto e que os princípios da taxatividade, bem como da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal estariam sendo violados:

A imputação de responsabilidade em termos vagos, abstratos, fluidos, abertos e desproporcionais no direito penal como descrito, no ponto, §1º do art. 2, padecem de vícios de inconstitucionalidade, que fulminam a validade material da referida norma legislativa, pois se vislumbram afrontas aos artigos 1º, inciso III (princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito, bem como do art. 5º, inciso LIV (princípio do devido processo legal), ambos da Constituição da República.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.567**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Protocolo: 29 jul. 2016. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2016.)

Apontou-se, na ADI, que há insegurança sobre quais seriam os atos ou procedimentos que poderiam representar embaraço à investigação criminal, gerando perplexidade ao intérprete da lei penal. É que, ao não definir os limites, toda e qualquer conduta poderia ser inserida no tipo, de acordo com a vontade do intérprete.

A Presidência da República, ao se manifestar na ADI⁴⁴, alegou não haver inconstitucionalidade do tipo penal, pois apesar de aberto, existe posicionamento de que o “[...] direito positivo resguarda exercício regular de direito como causa excludente de ilicitude”, afastando o argumento de que o tipo penal abrangeria condutas que poderiam estar abarcadas pelo direito de defesa.

O Advogado-Geral da União⁴⁵ pugnou pela rejeição dos pedidos, afirmando que ao contrário do que sustentado pelo requerente, não haveria que se falar em inconstitucionalidade, já que redação não implicaria em vulneração dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. O uso de termos

⁴³ Toda a tramitação da ADI pode ser verificada no site:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5024825>

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.567. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 16 jun. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 jun. 2020.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.567. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 16 jun. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 jun. 2020.

ou expressões abertas mostrar-se-ia imprescindível em determinadas situações tipificadas na seara do Direito Penal, cabendo ao intérprete fazer a ponderação eventualmente necessária, evitando-se a impunidade, porém, garantida a eficácia da lei penal.

Já a Procuradoria Geral da República⁴⁶ negou que a norma incriminadora seja demasiadamente aberta, como consta na inicial, não sendo capaz de romper com o princípio da tipicidade, pois há clara definição do objeto jurídico tutelado (administração da justiça), do sujeito ativo (qualquer pessoa – crime comum), do sujeito passivo (o Estado) e do núcleo do tipo (impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa).

O julgamento da ADI teve início em junho de 2020, circunstância em que o Min. Rel. Alexandre de Moraes se manifestou pelo reconhecimento da constitucionalidade do tipo penal, voto ao qual aderiu o Min. Marco Aurélio.

No voto do Min. Relator, é possível extrair o entendimento de que o combate à criminalidade se mostra como o maior desafio do Estado, exigindo maior entrosamento dos mais diversos órgãos.

Para ele, o “[...] poder público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, precisa ser eficiente, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado [...]”⁴⁷.

No que diz respeito à constitucionalidade do dispositivo, garantiu que as condutas estavam definidas no impedimento e embaraço e que o legislador optou pela utilização de termos mais abertos para amoldar condutas penalmente relevantes. Afirmou, ainda, que o Direito Penal não se presta a reprimir condutas legítimas, que há definição clara do objeto jurídico (administração da justiça), bem como delimitação dos sujeitos e dos verbos do tipo.

Considerando o teor do voto apresentados, o Min. Gilmar Mendes pediu vista e desde aquele momento não existe qualquer movimentação processual ou previsão para a continuidade do julgamento.

Paralelamente, fora distribuída nova ação, que recebeu o n.º ADI 5.749⁴⁸, por dependência da primeira, porém, restringindo-se a impugnar apenas o tipo

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.567. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 16 jun. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 jun. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Relator na ADI 5.567**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 16 jun. 2020. Brasília, DF, 24 jun. 2020.

⁴⁸ Para maiores informações sobre a ADI n.º 5.749:

penal previsto no art. 2º, §1º, da Lei n.º 12.850/13. Nela, os peticionários arguíram que o tipo penal é demasiadamente aberto e que sua indeterminação pode conduzir a exegeses esdrúxulas e situações disparatadas, com enorme risco para a segurança jurídica.

Alegaram, ainda, que existe violação da taxatividade, tendo em vista que é justamente por meio da formulação precisa de leis penais que se reduz o espaço semântico no qual o juiz poderia mover-se em sua liberdade interpretativa, o que, por óbvio, aumenta a proteção dos cidadãos frente a possíveis abusos estatais.

O que chama a atenção na referida petição é que seus autores aceitam determinado grau de vagueza no tipo penal. Porém, ressaltam a importância de delimitação desse grau. E mais, eles ainda apontam uma possibilidade de saneamento de tal abertura:

Um dos critérios mais festejados pela doutrina, e provavelmente o mais seguro deles, reza o seguinte: um enunciado penal indeterminado deverá ser considerado inconstitucional sempre que o legislador dispusesse da possibilidade de uma redação legal mais clara e precisa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.749**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Protocolo: 27 jul. 2017. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2017.)

Concluem afirmando que o legislador teve oportunidade de elaborar o tipo penal de maneira mais concisa e ainda assim não o fez, bastando-lhe seguir o mandado de criminalização insculpido no art. 23, da Convenção de Palermo, aqui já abordado, de modo que não se pode admitir que tal postura seja aceita frente ao que determinam os princípios democráticos. Concluem, portanto, que a solução disponibilizada pelo ordenamento jurídico para sanar o vício seria o reconhecimento da inconstitucionalidade do tipo penal.

Ocorre que, em 23/08/2017, o Min. Rel. Alexandre de Moraes rejeitou a inicial da ADI, alegando a existência de litispendência parcial em relação ao conteúdo da primeira, já que ambas abordam o delito de obstrução. Acrescentou, ainda, que a primeira ação poderia ser emendada para adicionar e/ou complementar os argumentos mais consistentes.

Ao analisarem o conteúdo das duas ações declaratórias, Luciano Feldens e Adriano Teixeira sugerem que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de não declarar a inconstitucionalidade do tipo, é previsível, tendo em vista a indisposição histórica dos nossos tribunais em declarar leis penais inconstitucionais por violação à taxatividade (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 26).

Ivan Navarro Zonta também faz menção a essa tendência ao expor posicionamento dos ministros do STF no recebimento de denúncias com imputações pelo tipo penal em questão⁴⁹, reafirmando o conteúdo de constitucionalidade (ZONTA, 2022, p. 37).

Além da vagueza em relação ao conteúdo das condutas criminosas, surgem outros questionamentos sobre os demais elementos constitutivos do tipo penal e seu o âmbito de incidência.

O primeiro deles é referente ao momento processual em que se dá o embaraço ou impedimento, já que o tipo dispõe acerca do marco temporal da investigação criminal. Em outras palavras, questiona-se se seria permitida a incidência do tipo penal quando o(s) ato(s) de embaraçar e/ou impedir forem praticado(s) de modo a obstaculizarem a instauração de investigação ou em fase de instrução processual.

O tipo é claro ao se referir a investigação criminal. A investigação criminal é entendida como procedimento administrativo voltado para a apuração do fato criminoso e de sua autoria, e a sua finalidade é fornecer elementos para que a acusação possa promover a ação penal (DEZEM, 2021, *E-book*). Durante a investigação, em regra, são produzidos os atos de investigação, que consistem na identificação de fontes de informação (DEZEM, 2021, p. *E-book*).

Aury Lopes Jr. define “investigação criminal” como o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um

⁴⁹ Com base nos posicionamentos expostos até o momento pelos ministros do STF, e ressalvada a hipótese de alteração do posicionamento da corte com o passar do tempo, a expectativa de que a ADI n.º 5.567 seja julgada procedente no tocante à arguição de inconstitucionalidade do dispositivo incriminador é reduzida, seja quanto à alegada vagueza do tipo, seja quanto à ofensa aos princípios da ampla defesa e da vedação à autoincriminação (ZONTA, 2022, p. 37).

fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo (LOPES JR, 2020, p. 181).

O autor ainda menciona que a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito e as sindicâncias (LOPES JR, 2020, p. 181).

Uma das formas de investigação é por meio do Procedimento de Investigação Criminal, liderado pelo próprio Ministério Público. Quanto aos poderes investigatórios do Ministério Público, considerando as manifestações favoráveis por parte do STF, entendemos que o MP poderá instruir seus procedimentos investigatórios criminais, devendo observar, no mínimo, o regramento do inquérito. Deverá, ainda, observar o rol de direitos e garantias do investigado, previstos no CPP, em leis extravagantes (como a Lei n.º 8.906) e na Constituição, além de submeter-se ao rígido controle de legalidade por parte do Juiz das Garantias (LOPES JR., 2020, p. 185).

Há também a investigação que pode ser realizada por membros do Poder Legislativo nas chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito. As chamadas CPIs têm poderes de investigação e são criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo que suas conclusões, quando afirmarem a existência de um delito, serão remetidas ao Ministério Público para que promova a respectiva ação penal, se assim considerar importante (LOPES JR., 2020, p. 184).

Vale apresentar o entendimento contrário por parte de José Carlos Porciuncula, no sentido de que as CPIs não possuem poder de investigação de infração penal. De acordo com ele, “[...] podem (e devem!), sim, investigar fato de relevância político-institucional, mas que não constitua crime. Por óbvio, é concebível que no curso dos trabalhos da Comissão algum delito seja ocasionalmente descoberto (daí a previsão do art. 58, § 3º, da CF de que as conclusões possam ser encaminhadas ao Ministério Público para a promoção da responsabilidade criminal dos seus autores), mas, insista-se, as investigações de uma CPI não se destinam a tanto [...]” (PORCIUNCULA, 2016)

Nota-se que, de modo geral, a finalidade das investigações preliminares é o esclarecimento de um fato criminoso oculto e a identificação de sua

materialidade, além da tentativa de identificação da autoria para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento por parte do Ministério Público⁵⁰.

Logo, a investigação preliminar funciona como filtro processual, para evitar acusações infundadas, por falta de elementos probatórios mínimos ou por não restar demonstrada a autoria, de modo a subsidiar o membro do Ministério Público no pedido de arquivamento ou no oferecimento de ação penal, se entender estarem presentes os elementos necessários.

Por outro lado, a investigação criminal se diferencia do processo penal na medida em que neste, os atos práticos são conhecidos como atos de provas, praticados sob o manto do contraditório e da ampla defesa, possibilitando, em tese, a influência no resultado (DEZEM, 2021, *E-book*).

Tem-se que a consequência do processo é alcançar a pena. Porém, a sua finalidade é de determinar um caminho que condiciona o exercício do poder de apenar e a inobservância das suas regras invalidam todo o processo, pois implica que não se asseguram as garantias do acusado⁵¹.

A partir dos conceitos e das finalidades dos institutos da investigação criminal e do processo penal, compõe-se o que se chama de persecução penal, em que cada um dos atos se dá em momento procedimental específico, de modo que é possível afirmar que investigação criminal não se confunde com o processo penal.

A partir da premissa posta e frente ao que dispõe a taxatividade, a conclusão que se alcança é de que o tipo penal em apreço se aplica somente na fase da investigação criminal, e não em fase processual, vez que esta se inicia

⁵⁰ Importante mencionar que não se desconhece que o inquérito policial possui características inquisitoriais, na busca da chamada verdade real. Ademais, existe também questionamento no sentido de que, apesar de não ser considerado como procedimento que visa à apuração da justa causa, a ele é atribuído valor probatório, alcançando uma situação paradoxal. Assim, Gabriela Mendes Machado dispõe que “[...]Para os autores adeptos à utilização do inquérito policial como forma de busca por uma verdade real, os atos praticados neste procedimento decorrem da discricionariedade da dita autoridade policial e, portanto, prescindem de observância das garantias constitucionais. Ao mesmo tempo, estes mesmos autores atribuem a estes atos força de prova, mesmo que cientes, ainda que de forma inconfessada, de que não há prova, em um Estado Democrático de Direito, que não observe o devido processo legal[...]” (MACHADO, 2022, p. 60).

⁵¹ Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma: “Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena (LOPES JR, 2020, p. 45).

com a ação penal, que somente será proposta se colhidos os elementos necessários em fase de investigação.

E para se ter investigação, é necessário que ela seja previamente instaurada. Nesse sentido, Ivan Navarro Zonta é claro ao afirmar que não se pode concluir pela incidência do tipo penal ao se supor que determinada conduta criminosa teria obstaculizado a instauração de investigação, pois trata-se de situações hipotéticas nas quais seria improvável estabelecer o nexo de causalidade com relação à conduta do agente (ZONTA, 2022, p. 48).

O autor acrescenta que o tipo penal se aplica quanto a procedimento administrativo pré-processual, conduzido por autoridades públicas que atuem na persecução penal e que visa à apuração da prática de infração penal relacionada a organização criminosa (ZONTA, 2022, p. 46).

Luciano Feldens e Adriano Teixeira são incisivos ao disporem que não se pode falar em adequação típica da conduta quando não se tem instauração de investigação, tendo em vista a necessidade de “[...] se tratar de investigação concreta, instaurada, delimitável no tempo e espaço” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p.46).

Os autores trazem como exemplo a tentativa de criminalização de autores de ações legislativas que teriam o suposto efeito de travar investigação, no âmbito do Inq. 4506, julgado pela Primeira Turma do STF, de modo que a inexistência de investigação delimitada no tempo e no espaço afasta a configuração de conduta típica (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 47).

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato, ao abordarem o tema, esclarecem que o delito se consuma com o efetivo impedimento ou dificuldade (embaraço) à investigação criminal em curso, sendo inadmissíveis tais condutas em relação a investigação ainda não iniciada (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 41).

Indicam que não existe incidência do tipo em fase processual em razão de ele contar com outros meios de proteção “[...] amparados pelo Poder Jurisdicional, e sob o manto do devido processo legal”, referentes às medidas cautelares processuais, tais como prisões preventivas, busca e apreensão, dentre outros (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 87-88).

Nesse mesmo sentido, José Paulo Baltazar Junior é firme ao afirmar que o objeto em que recai a ação será a investigação de infração penal que envolva

organização criminosa, não podendo ser reconhecido o delito quando a conduta se der na fase da ação penal (JUNIOR, 2017, p. 623).

Ainda que tenha posicionamento pessoal diverso do apresentado, Renato Brasileiro de Lima esclarece que, estranhamente, o legislador fez uso da expressão “investigação”, de modo que não se pode suprimir sua omissão com o uso de interpretação para que o tipo penal incida antes da fase de investigação ou em fase processual (DE LIMA, 2020, p. 777).

Portanto, a partir da taxatividade e dos elementos que compõem o tipo, não se pode falar em adequação típica quando não existir investigação criminal em andamento, para se apurar fato específico e delimitado envolvendo ORCRIM.

Contudo, em que pese o posicionamento majoritário da doutrina, verificam-se equivocadas algumas decisões do Poder Judiciário ao admitirem a possibilidade da ocorrência do crime em fase de instrução processual, fazendo interpretação extensiva do termo “investigação criminal” para abranger toda a persecução penal.

O Min. Rel. Alexandre de Moraes, reconheceu, em seu voto na análise da ADI 5.567, que o delito não se aplicava em fase de instrução processual, sendo certo que sua incidência somente se daria em fase de investigação, seja ela qual fosse:

Como o legislador fez o uso do termo "investigação", é de fácil compreensão que o dispositivo não se aplica ao processo judicial, sob pena 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 investigatório criminal (por exemplo, investigações criminais presididas pelo Ministério Público), desde que referente à infração penal que abranja organização criminosa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Relator na ADI 5.567**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 16 jun. 2020. Brasília, DF, 24 jun. 2020.)

Contudo, o Min. Edson Fachin, componente do mesmo órgão julgador, entendeu que os atos de obstrução de justiça também abarcavam a instrução processual:

6. Destinando-se o art. 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 servem 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, independentemente da fase em que se encontre a *persecutio criminis*. Interpretação diversa ofenderia o princípio da proporcionalidade, na acepção da proibição da proteção deficiente do bem jurídico tutelado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4.720. Relator: Min. Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22 ago. 2021. Órgão Julgador: 2ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico** n. 238, 02 dez. 2021.)

Nesse mesmo sentido, observa-se o entendimento no julgamento do RHC 102.117, de relatoria do Min. Joel Parcionick:

1. A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, 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. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 102.117. Relator: Min. Joel Ilan Parcionick. Julgamento: 28 mai. 2019. Órgão Julgador: 5ª turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 07 jun. 2019.)

No julgado, o Min. Relator afirma que as investigações criminais se prologam durante toda a persecução penal, adotando um critério de diferenciação entre investigação e processo instrutório. Conclui, porém, de modo distinto, no sentido de que o legislador não inseriu a expressão “inquérito policial” de modo restrito, podendo os atos serem constatados em todas as fases da persecução penal.

Em seu voto, o Min. Rel. também argumenta que não seria razoável punir mais severamente atos praticados em desfavor de investigação do que aqueles praticados em fase de instrução. Em mais uma analogia in malam partem.

Nota-se a utilização da analogia, confirmando a tese de que o princípio da legalidade é retórico, bem como a incerteza jurídica do âmbito de incidência do tipo penal em apreço.

Cleber Masson e Vinicius Marçal são autores que coadunam com o entendimento exposto, justificando que, já que se pune o menos, (investigação criminal) deveria ser punido, também, o mais (processo penal), (“raciocínio” de civilista”) aduzindo que o tipo penal em discussão peca por inadequação de linguagem e não por ser lacunoso (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 121).

Ivan Navarro Zonta também afirma a importância da incidência do tipo penal em fase de instrução, mas reconhece que, em razão da limitação necessária do Direito Penal, não há que se fazer interpretação:

Apesar do argumento de Bitencourt e Busato de que o oferecimento da denúncia significa que a investigação obteve resultados exitosos, a reprovabilidade também existe quanto a condutas praticadas para impedir ou embaraçar processos criminais que envolvem organização criminosa. O fato de ter sido concluída a investigação e oferecida denúncia não justifica que se considerem menores a gravidade e a reprovabilidade de atos praticados a fim de obstruir o andamento de ações penais. De qualquer forma, ante a terminologia utilizada pelo legislador, discorda-se dos argumentos empregados a fim de estender o tipo à fase judicial, pois alargar o significado técnico processual do termo “investigação”, aumentando o âmbito de alcance do tipo, realmente configura analogia *in malam partem* (ZONTA, 2022, p. 52).

Diante do apresentado, filia-se, neste trabalho, ao entendimento de que o único elemento do tipo penal que se coaduna com o exigido pela taxatividade, é a utilização do termo “investigação criminal”, que possui definição limitada, conforme já apontado, situando-se dentro do plano dos fatos em concreto.

A própria lei diferencia investigação de processo penal ao adotar os termos “investigação” e “procedimento criminal”⁵² ou especifica os elementos de incidência no tipo penal do art. 21 ao distinguir curso de investigação e curso do processo.

É exatamente nesse sentido que se posicionam Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato, a conduta incriminada abrange somente a fase investigatória do procedimento criminal que envolve organização criminosa, nos estritos termos do tipo penal.

Os autores ainda alertam para que as terminologias têm sentidos próprios no direito penal e no processo penal, pois são precisas e conhecidas de todos os operadores especializados, isto é, têm sentido e significado próprios (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 39).

Esclarecem que, de acordo com o Direito Penal pautado na legalidade, não é possível admitir a interpretação extensiva ou analógica, de modo a suprimir

⁵² Lê-se no art. 21, da Lei n.º 12.850/13: Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo

lacunas, pois estaria o intérprete substituindo o próprio legislador, tarefa que não lhe cabe:

Dito de outra forma, lacunas na lei penal incriminadora não podem ser “supridas” por interpretações analógicas ou extensivas, pois interpretações de qualquer natureza não suprem “lacunas”, apenas buscam encontrar o melhor sentido do texto legal, o que, convenhamos, não é o caso. Interpretar é descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica e, nessa operação, não se inclui a possibilidade de suprir lacunas [...]. Nessas hipóteses, o intérprete estaria substituindo o próprio legislador, criminalizando novas figuras penais que não constam do ordenamento jurídico, violando os princípios da legalidade e da reserva legal, insculpidos na Constituição Federal (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 40).

Andrea Flores, tão logo iniciada a vigência do tipo, já havia esclarecido que o legislador foi omissivo ao não dispor sobre sua incidência durante fase de processo penal, de modo que não se pode suprimir lacunas por meio de analogia, por ser vedado pelo ordenamento jurídico⁵³.

Dessa forma, assim como ocorreu na violação da taxatividade, verifica-se que a falta de delimitação dos elementos do tipo está levando ao emprego equivocado de analogia ou de interpretação extensiva do tipo, em desconformidade com o que dispõe o princípio da legalidade.

O terceiro questionamento que se apresenta a respeito da incidência do tipo penal de obstrução de justiça diz respeito a seu elemento de complementação, notadamente o fato de que a investigação deve recair sobre situações que envolvam exclusivamente ORCRIM.

Nesse sentido, Luciano Feldens e Adriano Teixeira esclarecem que é requisito típico do crime que o embaraço à investigação se dê de modo diverso da atuação da organização, não sendo suficiente o mero concurso de agentes (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 52).

Da mesma forma, Cleber Masson e Vinicius Marçal afirmam que o delito em apreço é classificado como crime acessório, ou também chamado de parasitário, pois se faz necessária a prévia consumação do delito de ORCRIM (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 105).

⁵³ “Portanto, é típica a conduta daquele que impede ou embaraça a investigação criminal. Falhou o legislador ao não prever como crime a conduta praticada na fase processual. Em atenção ao Princípio da Legalidade, não podemos utilizar da analogia *in malam partem* para suprimir tal lacuna.” (FLORES, Andrea. 2013, p. 32).

Ivan Navarro Zonta também é incisivo ao declarar a impossibilidade de tipicidade penal em situações nas quais não exista de fato ORCRIM ou em que esta não seja suficientemente configurada, não permitindo a imputação (ZONTA, 2022, p. 45).

A partir de todas essas considerações a respeito dos verbos nucleares e demais elementos que constituem o tipo penal, conclui-se que não é possível identificar com exatidão o que exatamente consiste em impedir ou embaraçar, no contexto do crime de obstrução de justiça.

Verifica-se equivocada o posicionamento dos Tribunais Superiores ao se valerem da analogia ou de interpretação extensiva para autorizarem a incidência do tipo penal em condutas que sejam praticadas em fase de instrução, uma vez que o âmbito de incidência é apenas em fase de investigação criminal.

Por fim, ressalta-se que a hipótese de incidência se dá exclusivamente no âmbito de investigações que envolvam ORCRIM e que, em casos distintos, o que se configura são condutas já proibidas e melhor delimitadas no âmbito do Código Penal, tais como: coação no curso do processo, fraude processual, favorecimento real e pessoal.

Em suma, conforme Ivan Navarro Zonta menciona, é seguro afirmar que, para a concretização do tipo penal de obstrução de justiça, deve-se verificar a exigência de procedimento de investigação levado a cabo pelas autoridades encarregadas da investigação de infrações penais, já formalmente instaurado e em curso à época da conduta, o qual envolva organização criminosa existente, e que tal conduta afete diretamente meios e atos estatais concretos empregados na atividade persecutória (ZONTA, 2022, p. 55).

Portanto, tendo em vista tudo o que foi apresentado, mostra-se necessário resguardar a taxatividade, definindo-se contornos mais precisos para os elementos caracterizadores do tipo penal de obstrução de justiça, como expressão do direito fundamental insculpido no art. 5º, inc. XXXIX, da CRFB/88 (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 26).

3.2 Ofensividade ou lesividade: da necessidade de exposição do bem jurídico

Como já mencionado em linhas anteriores, existe uma relação simbiótica entre tipicidade, tipo penal e bem jurídico a ser protegido no âmbito do Direito Penal.

Neste sentido, Luiz Régis Prado dispõe que o pensamento moderno reconhece que a imediata função do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos essenciais aos indivíduos e a toda a coletividade, e essa orientação é importante, pois “[...] não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado” (PRADO, 2022, p. 42).

O autor inclusive aponta que o conceito material de “bem jurídico” se traduz na experiência social, necessariamente valorada e relativa, sobre a qual incidem juízos de valor, sejam do constituinte originário ou do legislador (PRADO, 2022, p. 43).

Francisco de Assis Toledo ensina que, em um Estado Democrático de Direito, foi estabelecido que a Constituição indicará quais valores devem ser dignos de proteção jurídica, especialmente sob o manto da tutela penal. Dito de outra forma, o bem jurídico se apresenta como critério limitador na formação do que consistirá no ilícito penal. Contudo, nem todo bem elencado será objeto de proteção em razão do caráter fragmentário e subsidiário (TOLEDO, 1984, p. 18).

Claus Roxin conceitua bem jurídico como sendo “[...] circunstâncias dadas ou finalidades úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento, no âmbito de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema [...]” (ROXIN, 2018, p. 18-19).

Vale mencionar que o referido autor entende como pressuposto de punibilidade a lesão de um bem jurídico, a partir do entendimento de que a ameaça punitiva deve ser a evitação das lesões ao bem jurídico. Ele ainda aponta três autores que também defendem esse posicionamento: Hirsch, ao afirmar que não existe conceito de bem jurídico, Stratenwerth, que faz referência às múltiplas variações de bem jurídico, e Jakobs, ao confirmar que a função do Direito Penal é a proteção da norma (ROXIN, 2018, p. 14).

Para Claudio Brandão, o bem se traduz em algo que pode ser útil, necessário, digno, coisas ou objetos dotados de valor⁵⁴ e ao comentar a relação

⁵⁴ Importante mencionar que a pesquisadora não desconhece a evolução das teorias referentes ao bem jurídico, desde a Escola Positiva. Contudo, considerando o recorte temático

entre crime e bem jurídico, afirma que “[...] materialmente, o crime é definido como violação ou exposição a perigo do bem jurídico, pois o crime desvinculado do bem jurídico é um corpo sem alma” (BRANDÃO, 2019, p. 28), de modo que o crime encontra sua essência em seus significados material e formal, que são o preceito normativo.

Dentre as funções que são atribuídas ao bem jurídico, destacam-se duas: a primeira é a função teleológica, isto é, “[...] função que visa esclarecer a finalidade da lei penal” (BRANDÃO, 2019, p. 49). Já a segunda é a função dogmática, em que o bem jurídico consiste no conceito limite do conteúdo da norma penal. Significa dizer que o legislador é livre para penalizar uma conduta, mas não é livre em sua escolha de qual conduta penalizar.

Claus Roxin elenca os limites impostos ao legislador – partindo de sua concepção de bem jurídico – quando da elaboração da lei, afirmando existirem nove grandes delimitações, das quais, considerando a relação com o tema desenvolvido nesta pesquisa, apresentam-se quatro.

A primeira é de que é inadmissível a elaboração de normas motivadas ideologicamente e que atentem contra os direitos fundamentais e humanos (ROXIN, 2018, p. 20). A segunda limitação, de que a simples transcrição em lei não fundamenta o bem jurídico, pois é necessária a diminuição da coexistência livre e pacífica dos cidadãos. A terceira é de que o simples atentado contra a moral não é suficiente para legitimar a atuação estatal e, por fim, a impossibilidade de proteção de bem jurídico por meio de uma abstração incompreensível, que não descreva suficientemente o bem jurídico concreto (ROXIN, 2018, p. 21).

Nesse sentido, partindo da ideia de bem jurídico como valor imprescindível, afirma-se que a Constituição passa a ser o objeto de conexão de onde se extraem os limites à punição e os valores a serem preservados, tendo em vista os direitos fundamentais.

João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem esclarecem que o reconhecimento dos direitos fundamentais é critério orientador da proteção dos valores constitucionalmente elencados, afirmando eles que “[...] se o menos (no

selecionado, bem como o marco finalista, optou-se por apresentar a teoria mais comumente utilizada, a partir daquela aperfeiçoada por Megzer, como valor objetivo protegido pela lei penal.

caso, o bem jurídico) tem como base (o direito fundamental), o princípio da proteção penal do bem jurídico passa a ser elevado à categoria de materialmente implícito” (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 137).

Contudo, a existência de um bem jurídico não o legitima como merecedor da proteção imediata do Direito Penal, já que “[...] a intervenção punitiva requer a verificação de um dano ou perigo de dano ao referido bem, é necessário que o bem jurídico seja ofendido” (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 185).

Indicando os meios pelos quais esses bens jurídicos são protegidos no âmbito do Direito Penal, Guilherme Coelho Colen afirma que a criação de um tipo penal é a concretude da efetivação de proteção do bem jurídico, pois esse é o único e legítimo instrumento existente na dogmática penal (COLEN, 2015, p. 104).

Mas não basta que o valor seja elencado como bem jurídico, e nem que entre na esfera de proteção do Direito Penal. É necessário, ainda, que esse bem seja efetivamente violado, de modo a legitimar até mesmo a pena aplicada. Nesse sentido, mostra-se fundamental a análise de outro postulado do SG, denominado “ofensividade” ou “lesividade”.

É a partir do pressuposto da separação entre o Direito e a moral, Luigi Ferrajoli demonstra que um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja apenas reprovável para que seja proibido, é necessária uma justificação externa ao sistema jurídico (FERRAJOLI, 2014, p. 422).

E para definir quais são os critérios legitimadores dos supostos conteúdos proibitivos, o autor se baseia nas garantias penais ou substanciais do que ele denomina lesividade ou ofensividade, além da materialidade e da responsabilidade, que correspondem “[...] aos três elementos constitutivos do delito: resultado, ação e culpabilidade” (FERRAJOLI, 2014, p. 425).

Estabelece que a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por esses efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas (FERRAJOLI, 2014, p. 426), de modo que a limitação estabelecida pela lesividade é a absoluta certeza de criação de norma para situações que exijam de fato a tutela penal, por meio do resultado, isto é, dos efeitos que se produzem a partir da conduta (FERRAJOLI, 2014, p. 427).

Ademais, o princípio ainda impõe à ciência e à prática jurídicas precisamente o ônus da demonstração da afetação do referido bem. Isso porque a necessária lesividade do resultado condiciona toda a necessidade de intervenção do Direito Penal (FERRAJOLI, 2014, p. 428).

Ele ainda faz um apontamento importante no sentido de que lesão, dano e bem jurídico são expressões valorativas, razão pela qual implicam a formulação de um juízo de valor, o que, de certo modo, causa instabilidade nas definições dessas expressões, já que ficam a cargo do intérprete (FERRAJOLI, 2014, p. 428).

Contudo, Luigi Ferrajoli define que os ataques devem ser concretos a bens fundamentais, individuais ou sociais, entendendo-se por “ataque” não somente o dano causado, senão também o perigo causado. Deve ser um dano ou perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características da conduta proibida (FERRAJOLI, 2014, p. 433).

As proibições de condutas humanas somente podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques dos mais fortes, como forma de instrumentalização das garantias fundamentais.

Conclui o autor que o princípio da lesividade constitui “[...] um programa de direito penal mínimo que deve apontar a uma massiva deflagração de bens penais das proibições legais como condição da sua legitimidade política e jurídica” (FERRAJOLI, 2019, p. 438).

Lado outro, é importante mencionar que o autor tece importante crítica à eleição de bem jurídico que atente contra a personalidade do Estado, a administração pública e semelhantes, alegando que “[...] a lesividade permite considerar bens somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso”, de modo que o Estado, em um ordenamento democrático, não constitui bem ou valor, o que faz com que bens relacionados a sua personalidade não encontrem razão de ser (FERRAJOLI, 2019, p. 438).

No mesmo sentido, critica os delitos de perigo, pois neles, o que se castiga é a mera desobediência ou violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma (FERRAJOLI, 2019, p. 440).

Desta forma, conclui-se que no modelo SG, a ofensividade diz respeito à necessária ofensa a um bem jurídico como condição de possibilidade para a

incriminação de uma conduta que, neste ponto, é uma conduta exteriorizada no mundo dos fatos e não se refere ao ser do autor. Isto é, não podem ser objeto do direito penal condutas que representem apenas uma lesão aos costumes e diretrizes morais da vida em sociedade.

O princípio da ofensividade indubitavelmente traz para discussão do Direito Penal a questão da exterioridade do Direito. Isto porque preconiza a não criminalização de séries de condutas que não trazem consigo lesividade para o Direito Penal, isto é, o modelo de crime que não observa os preceitos da ofensividade a bens jurídicos descaracteriza os preceitos do Direito Penal liberal, insculpidos nos modelos democraticamente legitimados.

Neste sentido, Fernando Galvão afirma que, no contexto democrático, o cidadão tem direito à individualidade e somente quando seu comportamento afetar os bens e interesses sociais é que deve ser punido, pois somente um comportamento socialmente inadequado é objeto de repressão (GALVÃO, 2019, p. 147).

O autor ainda afirma que a lesividade vincula o Direito Penal ao objetivo de proteger materialmente o bem jurídico, pois sem a lesão ou ameaça, não pode existir intervenção estatal (GALVÃO, 2019, p. 147).

Juarez Tavares dispõe que o princípio da ofensividade está vinculado diretamente ao princípio da danosidade social, como expressão do merecimento de pena, pois somente uma conduta que saia da esfera do autor e da vítima merece retribuição (TAVARES, 2018, p. 73).

Por conseguinte, o penalista esclarece que “[...] em razão do princípio, não se pode admitir uma criminalização de conduta que não tenha um mínimo de substrato empírico, o que fundamenta a atipicidade de lesões” (TAVARES, 2018, p. 73). Por isso, ele defende a necessidade de afetação de bem jurídico a uma lesão efetiva ou um perigo concreto de lesão que precisa ser demonstrado (TAVARES, 2018, p. 90).

Abordando as duas pretensões do princípio da ofensividade, Cezar Roberto Bitencourt ensina que tal princípio serve como orientação legiferante, pois deve constar no tipo penal a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha conteúdo ofensivo a um bem jurídico, bem como sirva de critério interpretativo ao julgador (BITENCOURT, 2015, p. 62).

Tamanha é sua importância para a construção do ordenamento jurídico que o princípio foi inserido no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88, e dispõe que somente será levado ao Poder Judiciário o ato que constitua lesão ou ameaça de lesão a um valor constitucionalmente protegido.

Logo, podemos afirmar que existem bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. A proteção se dá por meio da criminalização de condutas que são ofensivas e que expõem esse bem a lesão ou ao menos ao perigo de lesão, e nesse sentido, a doutrina classifica essas condutas no que diz respeito ao resultado que se espera e à lesividade, de acordo com o grau de afetação do bem jurídico protegido.

É com respaldo nesse princípio que os legisladores e julgadores devem orientar suas atuações no sentido de selecionarem quais condutas humanas são ofensivas ao bem jurídico – o primeiro, na elaboração das normas, e o segundo, na valoração do caso concreto, verificando, sempre, a necessidade do desvalor do suposto resultado necessário e apto a justificar a intervenção penal.

No que diz respeito ao resultado, Claudio Brandão afirma que os crimes podem ser materiais, formais e de mera conduta. Os primeiros são aqueles que provocam uma modificação perceptível ao intérprete no mundo exterior. Já os segundos são aqueles que têm a consumação antecipada, cujo resultado se dá no mesmo momento da realização da conduta, geralmente um resultado de perigo. E, por fim, os de mera conduta, os quais não exigem resultado, bastando a conduta, por si só, para se configurarem (BRANDÃO, 2019, p. 55).

Ao abordar o tema, Francisco de Assis Toledo é incisivo ao afirmar que “[...] os primeiros causam lesão efetiva, enquanto os últimos conduzem a uma potencialidade de lesão, que pode se concretizar ou não” (TOLEDO, 1984, p. 143).

Quanto à lesividade, Claudio Brandão ainda expõe que os crimes podem ser de dano ou de perigo. Os primeiros consistem na violação ao bem jurídico, enquanto os segundos estão em uma “[...] fase logicamente anterior ao dano, [já que] o perigo é a probabilidade de dano, é a situação que se não elidida traz o dano como consequência necessária” (BRANDÃO, 2019, p. 57). Martinelli e De Bem apontam como critério de verificação mínima de violação a “[...] probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, como nos delitos de perigo, pois

neles não há diminuição do desfrute do bem” (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 186).

Os crimes de perigo se dividem em dois grandes grupos: crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. No primeiro, é necessário que o perigo seja mensurável, palpável, enquanto no segundo, presume-se a lesão (TOLEDO, 1984, p. 143). A respeito dessas subclassificações, João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem afirmam que, partindo da visão tradicional da escola italiana, está-se diante do perigo concreto quando se verifica a exposição do bem jurídico a perigo real. Por outro lado, configura-se o perigo abstrato no caso em que, partindo da experiência, presume-se que algumas condutas são fontes de perigo para o bem jurídico (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 187).

Para a definição de um crime de perigo concreto, foram ainda estabelecidos alguns critérios específicos, tais como juízo de probabilidade, ingresso do bem jurídico na fonte de perigo e que a não-produção da lesão dependa da causalidade (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 187). Sendo assim, não basta o agente praticar o comportamento que é considerado típico. Deve haver, principalmente, a criação de um risco ao bem jurídico tutelado no caso concreto (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 187).

Os autores indicam, ainda, que é a partir da “[...] estrutura do tipo penal que se reconhece o crime de dano e o crime de perigo, considerando que é a descrição típica que exige ou não a efetiva lesão ao bem jurídico para a consumação do crime” (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 186).

Não se pode deixar de mencionar a crítica feita por Juarez Tavares ao apresentar a expansão constante de tipos de perigo abstrato, ou pelo que ele denomina como “legislação simbólica” (TAVARES, 2019, p. 90). O autor explica que esse tipo de legislação tem por objetivo a satisfação de interesses políticos e contraria a orientação que a ordem jurídica deve prestar porque impede que a infração se traduza em uma alteração sensível da realidade (TAVARES, 2019, p. 90).

Isso porque, quando se exige a demonstração de que a prática de uma conduta pode alterar da realidade, está-se conferindo à pessoa um papel relevante na ordem jurídica, porque lhe estarão sendo ofertados dados concretos de referência para orientar suas atividades (TAVARES, 2019, p. 90).

A partir das lições apresentadas, entende-se que somente haverá a concretização de um fato tipicamente criminoso quando, além de típico, ele também seja ofensivo, exigindo-se o resultado danoso, ainda que potencialmente, ao bem jurídico.

Essa conclusão reforça o que já foi mencionado em relação à tríade da tipicidade, tipo penal e bem jurídico, tendo em vista que o “[...] crime é fato ofensivo típico, enquanto a ofensa deve ser um elemento constitutivo, expresso ou explícito, da própria tipicidade (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 203).

3.2.1 Delimitação do resultado lesivo e necessidade de valoração da afetação

Partindo das premissas estabelecidas no tópico anterior, especialmente frente à necessidade de verificação da lesão ou exposição do bem jurídico ao perigo, empreende-se, neste subtópico, a análise específica do tipo penal de obstrução de justiça e suas características.

Entende-se que o ponto de partida perpassa, necessariamente, o esclarecimento do âmbito de proteção do bem jurídico tutelado e as classificações doutrinárias a respeito do resultado previsto no tipo penal.

Segundo o texto legal, “§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (BRASIL, 2013).

A lei não indica com precisão quais são as condutas antecedentes do tipo penal, porém, indica expressamente os possíveis resultados, sendo eles o impedimento ou embaraço das investigações.

Desse modo, infere-se que o delito previsto no art. 2, §1º, pode ser classificado como um crime que visa proteger a administração da justiça, cuja finalidade de proibição é a proteção da atuação do Estado no âmbito das investigações da criminalidade organizada.

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato esclarecem que o bem jurídico a ser protegido é a respeitabilidade e a integridade da justiça, de modo que seu interesse não seja obstado ou desvirtuado no curso da investigação (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 37).

Já Luciano Feldens e Adriano Teixeira indicam que o bem jurídico a ser protegido é a administração da justiça, e a finalidade do tipo penal é proteger a

atuação investigativa do Estado em casos de organização criminosa (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 27).

Mencionando a divisão já realizada por Frederico Horta e Adriano Teixeira nos crimes de lavagem de capital⁵⁵, os autores aduzem que os crimes contra a Administração Pública podem ser divididos em dois blocos: aqueles que atentam contra os meios do Estado em apurar infração penal, na perspectiva de investigação, e aqueles que comprometem o resultado que se visa alcançar com a realização da justiça (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 27-28).

Pontuam os autores que a investigação pretende esclarecer crimes e, conforme o caso, aplicar pena por meio de um processo, de modo que pode ser classificada como meio, instrumento, um instituto à disposição da administração da justiça, que é prejudicada pela conduta proibida do agente (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 28). Tal divisão se justifica na medida em que:

A importância prática dessa distinção é que crimes como o de obstrução de justiça atingem, agridem *diretamente*, a máquina estatal na sua atividade de persecução. Isso, por sua vez, pressupõe o contato direto do agente com o aparato punitivo do Estado, diferentemente do que ocorre, por exemplo, nas condutas de favorecimento real ou lavagem de dinheiro, em que o contato se dá apenas do autor do crime antecedente e o autor do crime a ele conexo. Logo ações que não atentam diretamente contra os mecanismos persecutórios do Estado já não violam o objeto de proteção do crime, não realizam o objeto material do injusto, embora, do ponto de vista literal, acabam por prejudicar a elucidação da infração penal (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 29).

Informam que uma leitura direta do tipo penal sugere tratar-se de delito de resultado, pois as condutas descritas são de impedir e de embaraçar. Mais à frente, esclarecem, no tocante à modalidade “impedir”, que se trata de crime material, mas reconhecem haver divergências a respeito do resultado na modalidade “embaraçar”. (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 30).

Mencionando os posicionamentos diversos, eles ainda explicam que a modalidade típica “embaraçar” não pressupõe um completo prejuízo da investigação, exemplificando que um ato que provoque um atraso relevante no inquérito, ainda que este, ao final, se conclua satisfatoriamente, já configuraria o crime de obstrução de justiça (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 31).

⁵⁵ Os autores mencionados realizam a divisão de atos posteriores como coapenados.

A partir dos entendimentos mencionados, também é possível dizer que o crime de obstrução deve ser considerado como crime acessório, isto é, apenas se restar consumado o crime de integrar organização criminosa, inserida no *caput* do artigo, ele estará configurado. Logo, é imprescindível a demonstração da existência de organização criminosa investigada, ao contrário, inexistirá crime de obstrução de justiça.

No que tange à consumação do delito, Cesar Roberto Bitencourt e Paulo Busato afirmam que se dá com o efetivo impedimento ou dificuldade à investigação, sendo que a modalidade de embaraçar pressupõe empecilhos ou transtornos, atrasando ou dificultando sobretudo a execução do ato (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 38).

Os autores se posicionam no sentido de que o crime de obstrução de justiça, na modalidade impedir, é material, exigindo, portanto, a demonstração do efetivo resultado em relação ao verbo “impedir”.

Na modalidade “embaraçar”, o crime é de mera conduta, dispensando qualquer resultado naturalístico e consumando-se imediatamente com a prática da ação (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 41).

Contudo, mencionam que a conduta do agente não deve apenas gerar transtornos ou empecilhos, atrasando ou dificultando a execução dos atos de investigação, mas deve criar um tipo de inconveniente que há de demandar outras medidas supletivas e conservativas para que a investigação se concretize (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 41).

A maior dificuldade seria identificar o conteúdo e os limites da conduta de “embaraçar”, tornada ainda mais ampla pelo elemento típico “de qualquer forma” e ainda não suficientemente delimitada pela jurisprudência (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 41).

Por outro lado, Cleber Masson e Vinicius Marçal entendem que o núcleo do tipo em relação ao verbo “impedir” se perfaz com a efetiva cessação da persecução penal, o que o torna um delito material, enquanto a modalidade “embaraçar” configura crime formal, por se tratar de consumação antecipada (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 132).

Renato Brasileiro de Lima se posiciona no sentido de que impedir pressupõe “[...] a efetiva cessação da investigação em virtude de determinada conduta do agente”, e embaraçar “[...] consiste em complicar, perturbar, ou seja,

o crime restará consumado com qualquer ação ou omissão que cause algum tipo de embaraço à investigação, ainda que não haja sua interrupção (crime formal)” (DE LIMA, 2020, p. 777).

Apresentados esses posicionamentos diversos, Ivan Navarro Zonta ainda esclarece que não se pode dispensar a modalidade “embaraçar” com o resultado material, pois a concepção de “embaraço”, como estágio anterior ao impedimento, pressupõe uma menor capacidade de produzir resultado naturalístico (ZONTA, 2020, p.60). Conclui que “[...] o correto é sustentar que mesmo a modalidade embaraçar deve ser lida como crime material, exigindo, para sua consumação, a comprovação de efetivo prejuízo, atraso ou dificuldade na investigação como resultado da conduta do agente” (ZONTA, 2022, p. 60).

Defende-se, nesta pesquisa, partindo da ideia de ofensividade, a necessidade de exposição do bem e desvalor do resultado, o entendimento de que ambas as condutas exigem, não só o resultado jurídico, mas também o resultado naturalístico, com a modificação do mundo exterior⁵⁶, devendo essa modificação, no mínimo, expor o bem jurídico tutelado ao risco, caso contrário, sequer se falaria em incidência do tipo penal em razão da lesividade.

De modo que, filiamo-nos ao entendimento apresentado por Claus Roxin, conforme já citado, no sentido de que é necessária a justificação prévia do tipo penal, ou seja, verificação da necessidade de proteção que deu ensejo a criação da norma proibitiva para legitimar a intervenção penal estatal.

Ao analisarmos a razão de ser do tipo penal, devemos nos remeter à Convenção de Palermo, e entendemos que existe necessidade específica, qual seja, a proteção de testemunhas e de funcionários públicos, contra ameaças e violências praticadas por aqueles que integram ORCRIM.

Contudo, ao buscar os fundamentos da criação em nosso ordenamento interno, nota-se que o texto inserido no tipo penal em discussão encontra total discrepância com a normativa internacional, tendo em vista que além de reduzir em duas condutas que possui o âmbito de incidência extremamente aberto, não

⁵⁶ Feldens e Teixeira afirmam que o tipo de inconveniente mencionado por Bitencourt e Busato já representa um resultado típico, de modo a afastar a caracterização do delito de mera conduta. Mas pontuam que os delitos de perigo concreto são delitos materiais, de resultado e que resultado típico não significa, necessariamente, lesão ao bem jurídico (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 30).

indica qual a sua necessidade e razão de ser, bem como não indica qual o resultado esperado.

E aqui se extrai mais uma crítica oriunda da pesquisa, pois se o princípio da ofensividade deve nortear a interpretação e aplicação do Direito Penal, e que também dialoga com a proteção do bem jurídico, tendo em vista que depois de individualizado o bem jurídico, deve-se, necessariamente, verificar sua concreta afetação, isto porque, por mais que uma conduta seja formalmente típica, ele deve declarar a atipicidade da conduta caso não seja materialmente típica.

Ademais, para que se considere criminosa uma conduta, é necessário que ela cause transtorno efetivo e concreto para o desenvolvimento da investigação. Caso contrário, não há que se falar em afetação do bem jurídico e sequer na configuração da tipicidade, do ponto de vista material.

Como já mencionado, no Estado Democrático de Direito, é necessário que os cidadãos tenham conhecimento prévio e dados concretos de referência para orientar suas atividades.

E em que pese alguns entenderem que a mera descrição de uma conduta típica atende também à lesividade, Juarez Tavares faz significativo apontamento de que condutas apenas podem ser criminalizadas se implicarem alteração relevante da realidade empírica. (TAVARES, 2018, p. 93). Portanto, “[...] não basta que a proibição se esgote na descrição de uma conduta, é necessário que dela se possa presumir um perigo para o bem jurídico” (TAVARES, 2018, p. 93).

Ele ainda aponta que a demonstração da realidade e da afetação do bem jurídico é feita por meio da análise do fato e dos resultados concretos produzidos pela conduta ou pela verificação do perigo de lesão a bem jurídico (TAVARES, 2018, p. 91).

Sendo assim, discorda-se, neste estudo dissertativo, do entendimento de Ivan Navarro Zonta, quando dispõe que o fato de ter sido concluída a investigação e oferecida a denúncia não justifica que se considerem menores a gravidade e a reprovabilidade de atos praticados a fim de obstruir o andamento de ações penais (ZONTA, 2022, p. 52).

Isso porque, se o delito visa proteger a investigação criminal, como instrumento da administração da justiça, o qual visa alcançar os elementos de autoria e materialidade para o oferecimento da denúncia que dá início a uma nova fase da persecução penal, persecução essa que, ao final, pode levar à

aplicação de uma pena, atingindo a finalidade da investigação criminal, não há que se falar em exposição do bem jurídico.

Apenas para demonstrar a divergência a respeito do conteúdo analisado, apresenta-se a manifestação da 2ª Turma do STF, na análise do Inq. 4.720, quando se afirmou que o delito em apreço, na modalidade “embaraçar”, seria formal:

7. Ao empregar o verbo “embaraçar” como um dos núcleos do tipo penal previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, o legislador ordinário introduziu no ordenamento jurídico um delito formal, cuja consumação independe da efetiva neutralização dos atos investigativos de infração penal que envolva organização criminosa, bastando que o agente pratique ações tendentes a tal desiderato (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4.720. Relator: Min. Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22 ago. 2021. Órgão Julgador: 2ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 02 dez. 2021)

Lado outro, reforçando ser um tema ainda incipiente, destaca-se o entendimento da 5ª Turma do STJ, no julgamento do REsp. n.º 1.817.416 - SC (2019/0159366-1):

O delito do art. 2º, § 1º, da lei n. 12850/13 é crime material, inclusive na modalidade embaraçar. O referido verbo atrai um resultado, ou seja, uma alteração do seu objeto. Na hipótese normativa, o objeto é a investigação que, como já dito, pode se dar na fase de inquérito ou na ação penal. Ou seja, haverá a consumação pelo embaraço à investigação se algum resultado, ainda que momentâneo e reversível, for constatado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 1.817.416 / SC. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento: 03 ago. 2021. Órgão Julgador: 5ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 ago. 2021).

Outro questionamento que decorre da ofensividade e do resultado almejado é a possibilidade de caracterização de tentativa ou não, e em qual modalidade das condutas descritas no tipo ela se aplicaria.

Em relação à modalidade típica de “impedir”, é unanimidade na doutrina, conforme já apresentado, que, por se tratar de crime material, há incidência do instituto da tentativa, em razão do fracionamento dos atos executórios.

Lado outro, não se encontra a mesma clareza na modalidade “embaraçar”. Cleber Masson e Vinicius Marçal, por exemplo, indicam que essa modalidade já é a ocorrência da forma tentada de impedir (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 122).

José Paulo Baltazar Jr. entende que a modalidade “impedir” pressupõe um efetivo impedimento, com a paralisação ou insucesso da investigação, mas em tais casos, o crime já estará consumado na modalidade “embaraçar”, de modo que a tentativa será de difícil ocorrência (BALTAZAR JR, 2017, p. 623).

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato afirmam que, por se tratar de crime de mera conduta que não admite fracionamento das condutas, não se pode falar em tentativa (BITENCOURT; BUSATO, 2013, p. 41).

Luciano Feldens e Adriano Teixeira apontam que a modalidade “embaraçar”, na forma tentada, se dá “[...] notadamente quando o agente realiza ato voltado para o comprometimento da investigação, sem, no entanto, lograr êxito [...]”, ressaltando que a ocorrência na forma tentada é dificultada “[...] pela amplitude da modalidade típica embaraçar”. (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 54-56).

Ivan Navarro Zonta, ao interpretar o texto de Luciano Feldens e Adriano Teixeira, afirma:

(i) que somente há tentativa quanto a condutas praticadas para impedir a investigação que não obtenham êxito e escapem ao enquadramento na modalidade embaraçar, ou (ii) que é possível a ocorrência da forma tentada das modalidades impedir e embaraçar, mas o espaço seria reduzido porque a amplitude da modalidade embaraçar quase sempre ensejaria o reconhecimento da forma consumada. (ZONTA, 2022, p. 57).

Diante das incertezas apresentadas, resta esperar o posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito da incidência da tentativa para se verificar em quais modalidades será possível sua incidência.

Conclui-se, portanto, que o tipo penal de obstrução de justiça também contraria a exigência da lesividade, seja na perspectiva legislativa – pois o tipo não indica quais são os resultados necessários – seja na perspectiva judicial, pois não há parâmetros específicos para delimitar o grau de lesividade necessário para a configuração do crime.

3.3 Direito à não-autoincriminação: condutas delitivas e sujeito ativo

É no conflito penal que se tem de forma mais pura a relação entre Estado e cidadãos, a necessidade do equilíbrio entre o poder público e os interesses

privados, entre a defesa social e as liberdades individuais, com a aplicação de violência como resposta da atuação estatal.

Justamente por ser um espaço favorável ao abuso de poder e a partir de uma concepção utilitarista equivocada do Processo Penal, como já mencionado na definição do marco teórico, é que nele se encontram as maiores violações de direitos fundamentais, sob o argumento de relativizarem ou suprimirem garantias em prol dos interesses Estatais, da coletividade ou da vítima, como se esses interesses não estivessem no âmbito de atuação do Estado. É por isso que a definição das garantias fundamentais se mostra relevante como instrumento frente ao *ius puniende*.

Neste ponto do presente trabalho dissertativo, já é possível verificar que o discurso embarador da criação do tipo penal aqui criticado também se dá em razão da enorme tensão entre a realização das investigações criminais que envolvam ORCRIM e o direito de defesa, que é assegurado a todos os cidadãos, especialmente àqueles que se encontram como investigados de potenciais fatos criminosos.

Exatamente pelo exposto é que se justifica a necessidade de análise material da garantia do direito de defesa desses investigados para que, posteriormente, se verifique como o direito vem sendo abordado pelos estudiosos e na prática penal.

3.3.1 *Nemo tenetur se detegere ou direito à não-autoincriminação*

Da apresentação, ainda que breve, do modelo inquisitivo, percebe-se que o cidadão era submetido à obtenção de provas sem qualquer caráter racional e, em seguida, passou a ser visto como o detentor de uma verdade a ser alcançada, que se exauria por meio da confissão, de modo que o seu corpo passou a ser considerado como objeto da prova.

Apenas com o estabelecimento de direitos fundamentais, com a mudança e consolidação de modelos processuais alinhados à função de garantia do processo é que o indivíduo saiu da condição de objeto e passou a assumir uma verdadeira condição de sujeito processual.

A transformação do indivíduo em sujeito e o seu estabelecimento como fonte e destinatário do poder estatal encontra forte relação com a evolução do

direito de defesa, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, tendo em vista que ele visa resguardar toda e qualquer atuação defensiva do agente investigado ou acusado.

Assim sendo, este subtópico se propõe a realizar uma investigação a respeito dos objetivos iniciais do direito à não-autoincriminação, assim como analisar o desenvolvimento e consolidação desse direito com o passar das evoluções teóricas até a sua adequação ao modelo estabelecido pelo SG, no sentido de averiguar no que consiste atualmente o conteúdo material dessa garantia.

No que diz respeito ao surgimento do direito de defesa, Maria Elizabeth Queijo indica que existem autores que consideram que o *nemo tenetur se* insere nos princípios gerais do Direito, sendo impossível identificar sua origem (QUEIJO, 2012, p. 29).

A autora aponta que no Código de Hamurabi não havia previsão formal do interrogatório como forma de defesa e que nas Leis de Manu, o acusado que permanecesse em silêncio seria tido como culpado, sendo que, no Egito, era autorizado que, durante o interrogatório, fossem empreendidas torturas para a obtenção das informações desejadas (QUEIJO, 2012, p. 29).

Já na Idade Média, o interrogatório passou a ser visto como meio de obtenção de provas, já que o acusado era o detentor de uma verdade que seria alcançada por meio da confissão, sendo admitido o uso das ordálias e de outras formas de tortura para obtenção da informação (QUEIJO, 2012, p. 31).

Wagner Marteleto Filho aponta que os autores divergem em relação à origem do direito de defesa, afirmando que alguns se filiam nas raízes remotas do *jus commune* medieval, em que esse direito tem “[...] acento com o direito canônico através da fórmula *nemo tenetur se ipsum prodere*”. Outros o concebem a partir dos julgamentos das Cortes do *common law* e Eclesiásticas (MARTELETO FILHO, 2012, p. 5).

No *jus commune*, o direito à não-autoincriminação abrangia a figura de um juiz que não agisse de ofício e exigia uma acusação formal. Ademais, o sujeito não estava obrigado a responder perguntas incriminatórias (MARTELETO FILHO, 2012, p. 6-10).

Maria Elizabeth Queijo aponta que antes do período medieval a incidência da proteção era mais aplicada em processos civis do que nos criminais e que,

além disso, não havia ressalva à obrigatoriedade de apresentar respostas (QUEIJO, 2012, p. 38).

Em contrapartida, com o passar dos anos, observou-se o fortalecimento do direito de defesa em razão da falibilidade do sistema inquisitorial, que, diga-se, era utilizado em toda a Europa Continental, de modo que se mostrou ser necessária a criação de um instrumento para evitar intervenções físicas e coações físicas e morais.

Nas Cortes Eclesiásticas, o princípio era conceituado como a impossibilidade de alguém ser compelido a ser testemunha contra si mesmo, já que ninguém poderia ser obrigado a revelar sua própria vergonha. O direito não era visto como fundamental, mas sim, como proteção contra a intromissão na vida privada (QUEIJO, 2012, p. 36).

Nas cortes do *common law*, ocorria a mudança do modelo processual inquisitório para um sistema de júri, de modo a privilegiar a participação dos sujeitos. Contudo, não era sequer permitida a presença de advogados, de modo que o direito ao silêncio atribuído ao indivíduo se mostrava inócuo, já que o réu não possuía outra alternativa senão falar o que lhe era perguntado como forma de defesa (MARTELETO FILHO, 2012, p. 26-28).

Na suposta tentativa de assegurar o direito ao silêncio no direito anglo-americano, foi subtraído do sujeito o direito de prestar depoimentos e, por consequência, toda confissão extorquida deveria ser retirada dos autos, sendo que todos esses regramentos eram consolidados com o que se conhecia como *privilege* (MARTELETO FILHO, 2012, p. 29-30).

Daí observou-se que o direito à não-autoincriminação estava sendo formalmente garantido, mas materialmente, não, pois o réu não era livre para se manifestar caso quisesse, a testemunha poderia ser processada pelos fatos declarados, de modo que se mostrou necessário que houvesse o estabelecimento de uma defesa integral do réu no júri, com a combinação de regras efetivas de proteção à não-autoincriminação e à possibilidade de o acusado escolher prestar ou não declarações (MARTELETO FILHO, 2012, p. 30).

Ressalta-se que o direito assegurado é de ter oportunidade de falar, e não de silenciar, já que o silêncio significava autoacusação, pois ainda não havia advogados de defesa. O acusado deveria ser informando de que não estaria

obrigado a responder nada, mas que suas respostas poderiam ser utilizadas contra ele (QUEIJO, 2012, p. 40-46).

A autorização para constituir advogado se consolidou somente em 1837, nos casos de crime de traição e, posteriormente, para outros delitos. (QUEIJO, 2012, p. 41).

Paralelamente, nos Estados Unidos, por se tratar de colônias da Inglaterra, em 1770, já se reconhecia o direito ao *privilege against self-incrimination* como uma garantia constitucional. Era vedada a utilização de tortura no interrogatório e as testemunhas não eram ouvidas sob juramento (QUEIJO, 2012, p. 43).

Luis Roberto Barroso e Marcelo Costenari Cavali explicam que o processo de afirmação de um direito a não se autoincriminar no sistema de *common law* se deu apenas em 1791, na promulgação da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que estabeleceu o devido processo legal, o júri, a proibição do *bis in idem* e que ninguém poderia ser a testemunha contra si próprio (BARROSO; CAVALI, 2022, p. 368).

Tanto Wagner Marteleto Filho quanto Maria Elizabeth Queijo apontam que somente no século XIX, com a mudança significativa do sistema processual inglês (adversarial) e a ascensão do Iluminismo, é que houve melhor delimitação do direito de defesa e a extensão do direito ao silêncio, assegurando a plena liberdade do acusado em se manifestar, oferecendo sua versão sobre os fatos ou permanecendo em silêncio.

Isso porque, na época, houve o reconhecimento de garantias penais e processuais penais que asseguram ao acusado o direito ao arbítrio, a ser resguardado da tortura e do juramento imposto, sendo que qualquer declaração que o autoincriminava era considerada antinatural à própria natureza humana. Contudo, ainda não havia uma consolidação a respeito da extensão do direito de defesa, e as consequências negativas que poderiam ser aplicadas em desfavor do acusado (QUEIJO, 2012, p. 32).

Nesse sentido, o que se observa é que o processo histórico ajudou a consolidar o direito de defesa de acordo com as necessidades que eram demonstradas, conforme também aponta Maria Elizabeth Queijo, ao afirmar que “A evolução do princípio do *nemo tenetur se detegere* conduziu, pouco a pouco,

à exclusão da presunção de culpabilidade contra o acusado que exercesse direito ao silêncio” (QUEIJO, 2012, p. 35).

Em tempos mais atuais, o direito de defesa passou a ser reconhecido como direito fundamental, os diplomas internacionais passaram a abordar a temática, como foi o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948 que, além de prever a presunção de inocência, também vetou a tortura.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que toda pessoa tem o direito de não depor contra si mesma e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconheceu o *nemo tenetur se detegere*, no sentido de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem declarar-se culpado (QUEIJO, 2012, p. 50).

O que se percebe da construção do princípio é que ele se alinha a um processo penal democrático, e que a proteção da não-autoincriminação é uma consequência da presunção de inocência, inerente ao modelo acusatório, conforme aponta Wagner Marteleto Filho:

Com efeito, a presunção de inocência transfere toda a carga probatória para a acusação, presumindo-se a inocência do réu, que não pode ser obrigado a fornecer as provas de sua possível culpabilidade, como ocorria no sistema inquisitorial (*reus tenetur iudici respondere*). Antes, possui o acusado o direito de não cooperar com a produção da prova, nada tendo a temer por não revelar (*nemo tenetur se detegere*) (MARTELETO FILHO, 2012, p. 36).

No âmbito interno do nosso ordenamento jurídico, Wagner Marteleto Filho aponta que, no período colonial, adotava-se o sistema inquisitório, de modo que se permitia o emprego da tortura para a obtenção da confissão, e, embora houvesse previsão esparsa nas Ordenações a respeito de não declarar o que era inquirido, isso se mostrava ineficaz, pois autorizava-se a intervenção corporal (MARTELETO FILHO, 2012, p. 37).

Já na Constituição do Império, de 1824, houve uma mudança no sistema processual, que introduziu o júri para acusação e prolação de sentença, além de garantir a presença de advogado, mas sem que houvesse previsão expressa ao direito de defesa. As previsões implícitas também foram identificadas nas Constituições de 1891, 1930 e 1937. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 38).

O Código de Processo Penal brasileiro, elaborado em 1941, trouxe previsão expressa do direito ao silêncio no art. 186. Contudo, era permitido ao

juiz interpretar o dispositivo em desfavor do acusado, de modo que o interrogatório não era visto como exercício de um direito defensivo, mas sim, como meio de obtenção de provas.

Somente a Constituição Federal de 1988 é que inseriu formalmente a garantia, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, exprimindo a necessidade de o preso ser informado do direito ao silêncio e da possibilidade de ser assistido por um advogado, conforme dispõe o art. 5º, inc. LXIII.

Tal garantia ainda é reforçada pela adoção de um sistema acusatório, inerente ao pleno exercício de defesa, principalmente devido à imparcialidade do órgão julgador, o que aproxima o acusado de um julgamento justo, sendo a função acusatória transferida a um órgão independente, o Ministério Público, conforme se extrai do art. 129.

Ademais, conforme já havia previsão no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foram ratificados pelo Brasil e incorporados por força de decretos legislativos, o princípio passou a ser norma constitucional.

Acrescenta-se que a alteração legislativa promovida pela Lei n.º 10.792/2003 determinou que o silêncio não seja interpretado em desfavor do acusado.

Atualmente, conforme aponta Wagner Marteleto Filho, no sentido de crítica, a garantia de não se incriminar vem sendo interpretada de maneira muito mais abrangente, de modo que o direito de não produzir provas contra si mesmo (MATERLETO FILHO, 2012, p. 41-42).

Para o pleno exercício do direito em questão, Wagner Marteleto Filho ainda dispõe que é imprescindível que o sujeito seja informado sobre a possibilidade de permanecer em silêncio, para optar por se manifestar ou não, e também comunicado que o silêncio não pode ser interpretado negativamente, e que é inadmissível no processo penal qualquer meio que relativize a capacidade de autodeterminação (MARTELETO FILHO, 2012, p. 68).

Maria Elizabeth Queijo vai além e reconhece o princípio como direito fundamental do cidadão, especificamente do acusado, direito esse, para a autora, “[...] que assegura a esfera de liberdade ao indivíduo oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio” (QUEIJO, 2012, p. 76). E acrescenta:

Não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere*, é também uma garantia. Trata-se de garantia da liberdade, em especial, da liberdade de autodeterminação do acusado” (QUEIJO, 2012, p. 78).

No que diz respeito à classificação do princípio como direito, Maria Elizabeth Queijo ainda ensina que, apesar de enquadrado pela doutrina como direito de primeira geração, por ser de resistência ou de oposição perante o Estado, o *nemo tenetur se detegere* se insere também no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal, o que legitima a jurisdição (QUEIJO, 2012, p. 78).

Por isso, ele se aplica em qualquer fase da persecução penal, seja durante a investigação ou durante a fase processual. Como pontua Marcela Mascarenhas Nardelli, “A lógica da proteção se justifica pela impossibilidade de obrigar qualquer pessoa a causar agressão a seu status de liberdade.” (NARDELLI, 2015, p. 9).

Luis Flávio Gomes, com maestria, compilou o conteúdo e desdobramentos do *nemo tenetur se detegere* na atualidade:

O direito de não auto-incriminação (que faz parte da autodefesa, como estamos vendo) possui várias dimensões: (1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória. (GOMES, 2010).

No que diz respeito ao instrumento de defesa, Luigi Ferrajoli afirma que “[...] é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou se justificar” (FERRAJOLI, 2012, p. 56).

Como instrumento apto a assegurar a defesa do acusado, o interrogatório deve subordinar-se às regras de lealdade processual, de tempestividade, à

contestação verbal das acusações, argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas (FERRAJOLI, 2012, p. 560).

Em razão da construção teórica e talvez pela importância do interrogatório, o direito ao silêncio passou a ser manifestação mais evidente do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal. E aqui reside a primeira confusão de conceitos, pois existe tendência de reduzir o princípio apenas ao direito ao silêncio (MALAQUIAS, 2012, p. 12). Como explica Malaquias:

Basicamente, o princípio da não autoincriminação é mais amplo e abrange o direito ao silêncio no interrogatório, ou seja, a pessoa acusada criminalmente tem o direito de se esquivar de perguntas que podem levá-la à confissão do crime. O direito de não participar da formação de sua própria culpa irradia, portanto, no direito ao silêncio, a sua expressão máxima dentro do interrogatório. Todavia, [...], a abstenção do réu não se limita às hipóteses de interrogatório, mas também às outras espécies de provas. (MALAQUIAS, 2012, p. 13).

Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo aponta que o *nemo tenetur se detegere* “[...] não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o direito de não se autoincriminar, com a possibilidade de recusa em colaborar na produção de provas” (QUEIJO, 2012, p. 99).

Conforme pontuam Luís Roberto Barroso e Marcelo Costenari Cavali, afirmam que, antes de ser apenas mera expressão do direito ao silêncio, o princípio é a garantia da dignidade da pessoa humana, pois é próprio do ser humano a inviolabilidade da consciência e do senso de autopreservação e que o acusado tem o direito de deixar de se manifestar sobre as acusações feitas, como também não pode ser coagido a fazê-lo, devendo sua declaração voluntária e consciente (BARROSO; CAVALI, 2022, p. 369 - 370).

Nesse aspecto, conclui-se que é permitido ao acusado o direito de mentir, de modo a não cooperar com o esclarecimento dos fatos. Ou seja, não se pode exigir o juramento para o acusado, não se pode penalizar o acusado por utilizar versões distintas em seu interrogatório e nem valorar negativamente tal postura.

Contrariando a conclusão apresentada, Wagner Marteleto Filho defende que é um erro afirmar a existência de um direito de mentir em si. Para o autor, o que se pode extrair do princípio é que o acusado não tem o dever de contribuir com a produção da prova (MARTELETO FILHO, 2012, p. 70).

Importante mencionar que o ordenamento brasileiro aborda o tema diferentemente do Direito anglo-saxão, em que o réu que falta com a verdade comete perjúrio, pois lá, colhe-se o compromisso, tal como se faz com a testemunha. De modo que “[...] existe a prerrogativa de mentir em sua própria defesa, desde que isso não signifique imputar falsamente um crime a outrem” (BARROSO; CAVALI, 2022, p. 370).

Ademais, o princípio ainda reforça a impossibilidade de utilização de métodos de interrogatório degradantes, cruéis ou proibidos, tais como longos e ininterruptos, que acarretem sofrimento mental ou que atinjam diretamente a dignidade ou a anatomia ética do acusado (MARTELETO FILHO, 2012, p. 71).

Existem, ainda, os deveres de advertência, também conhecidos como *Miranda's warning*⁵⁷, que atendem a necessidade de que o acusado seja efetivamente informado acerca do teor da imputação e advertido ou instruído sobre a possibilidade de permanecer em silêncio e de contar com assistência de advogado (MARTELETO FILHO, 2012, p. 73).

Outro elemento importante que decorre do princípio é a extensão do direito àqueles que não figuram inicialmente como acusados, ou seja, a terceiros suspeitos ou testemunhas.

Marcela Mascarenhas Nardelli explica que à testemunha chamada a depor, também deve ter reconhecido o direito de não revelar informações potencialmente autoincriminatórias. “Assim, visando a uma máxima efetividade da garantia, o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo deve ser qualquer pessoa que possa se autoincriminar.” (NARDELLI, 2015, p. 10).

O direito ao silêncio de suspeitos e testemunhas consiste na possibilidade de eles se recusarem a prestar informações autoincriminatórias, ainda que haja contra eles acusação formal ou material, ou seja, está ligado à posição

⁵⁷ Conforme aponta Marcela Mascarenha Nardelli: “O direito norte-americano prevê semelhante exigência desde o célebre julgado *Miranda v. Arizona*, em 1966, no qual a Suprema Corte interpretou a 5.^a Emenda no sentido de que todo suspeito, ao ser inquirido pela polícia, devia ser informado da possibilidade de permanecer em silêncio, de que tudo o que disser ou fizer pode ser usado contra ele, bem como de contar com a assistência de advogado escolhido ou nomeado. No referido julgamento a Suprema Corte entendeu que a ausência da formalidade seria suficiente para macular com o vício da nulidade as declarações feitas. O direito à informação sobre a garantia do silêncio ficou conhecido como *Miranda's rights* e deve ser lido ao suspeito no momento da custódia.” (NARDELLI, 2015, p. 9).

efetivamente ocupada pela pessoa interrogada, evitando a manipulação da posição de sujeitos no processo (MARTELETO FILHO, 2012, p. 77).

Em relação ao silêncio do acusado sobre fato envolvendo terceiro, é importante mencionar que ele assume o dever de responsabilidade sobre o conteúdo declarado e, por consequência, o de testemunha. O tema desafia significativamente as premissas do processo penal, especialmente frente aos institutos que compõem a colaboração premiada.

É válido reafirmar a impossibilidade de condução coercitiva de investigados para prestarem declarações determinada nas ações de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) 395 e 444, julgadas pelo Plenário do STF em 2018⁵⁸.

Também é possível verificar a relação simbiótica entre o princípio da não-autoincriminação e seus desdobramentos e o direito à ampla defesa, na medida em que ao acusado é permitido utilizar-se de todos os meios disponíveis para concretizar esse direito.

A doutrina divide o direito à ampla defesa em autodefesa e defesa técnica, e aponta que a autodefesa se consubstancia em, além de direito ao silêncio, direito de presença, isto é, o acusado pode pessoalmente tomar conhecimento das provas produzidas e das alegações em seu desfavor para adotar a melhor estratégia defensiva, por meio do interrogatório. Já a defesa técnica consiste na garantia do exercício da defesa por profissional habilitado, sendo indisponível, de modo pleno e efetivo.

O princípio da não-autoincriminação também se relaciona com a presunção de inocência, pois afasta a culpabilidade a priori, ou seja, garante o direito de o acusado ser considerado inocente. Significa dizer que o tratamento do acusado deve ser igual ao de qualquer outra pessoa, sem diminuição moral ou social (QUEIJO, 2012, p. 100).

Já no campo probatório, a presunção de inocência impõe que o ônus de provar recaia sobre a acusação, devendo ela demonstrar a ocorrência do crime e a culpabilidade do agente. Dessa presunção decorre a impossibilidade de

⁵⁸ PLENÁRIO declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Por decisão majoritária, os ministros julgaram a medida referente ao interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, incompatível com a Constituição Federal de 1988. **Website do Supremo Tribunal Federal**. Publicado em 14 jun. 2018.

obrigar o acusado a cooperar com a investigação dos fatos penais (QUEIJO, 2012, p. 102).

Luigi Ferrajoli aponta que o garantismo processual acusatório exclui qualquer participação do imputado em meios capciosos de acusação ou em transações, principalmente se feitos às escuras (FERRAJOLI, 2012, p. 560).

Acrescenta que o ônus da prova fica a cargo da acusação e comporta também o direito de defesa, expresso no axioma *nulla probatio sine defensione*, consistente na solicitação e controle de método de prova acusatório, garantindo o exercício do contraditório (FERRAJOLI, 2012, p. 564).

Nesse sentido, Carlos Henrique Borlido Haddad bem aponta a atuação do Estado e a posição de resistência que assume o investigado:

O Estado tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal. A estruturação de um direito genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar desguarnecidas as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. Em decorrência, o exercício da vis absoluta está autorizado, ao mesmo tempo em que é excluída a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* (HADDAD, 2007, p. 240).

E daqui decorre, talvez, o maior problema referente à incidência do princípio, vejamos o que aponta Roberto Antônio Darós Malaquias:

O problema maior se situa nos casos em que o órgão acusador necessita de entrar na esfera de privacidade e dignidade do réu, bem como nos casos em que se faz necessária sua participação ativa. A participação do réu na produção de prova contrária ao seu interesse somente pode ocorrer em casos excepcionalíssimos, devendo conter expressa previsão legal e inexistir risco de afetação dos direitos fundamentais da mencionada pessoa (MALAQUIAS, 2012, p. 11).

Entendemos que o direito à não realização de condutas de modo ativo é consequência da garantia, evitando a produção de informações para o processo.

Maria Elizabeth Queijo esclarece que a questão do reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* é ainda mais delicada quando se trata da impossibilidade de se impor a colaboração do acusado na produção probatória em seu favor (QUEIJO, 2012, p. 286). Isso porque existe clara tensão, no processo penal, entre o interesse da sociedade e o interesse individual, de modo que se percebe uma forte tendência nos ordenamentos jurídicos à

predominância do interesse público na busca da verdade, “[...] o que conduz, inevitavelmente, à admissão de maiores restrições aos direitos fundamentais do acusado” (QUEIJO, 2012, p. 286-287).

A autora ressalta que a contraposição de interesses é aparente, tendo em vista que a construção de um processo penal ético é também um interesse público (QUEIJO, 2012, p. 288).

Para exemplificar a questão referente à colaboração do acusado na produção de provas, a autora lembra que existem provas que implicam intervenção corporal no acusado, e que elas se dividem em atuações invasivas e não invasivas, considerando a intervenção corporal ou não ⁵⁹ (QUEIJO, 2012, p. 289).

As provas invasivas pressupõem a realização de atos de investigação ou obtenção de provas por meio da introdução de substâncias ou instrumentos no corpo do acusado, sendo, por isso, consideradas invasivas (QUEIJO, 2012, p. 290). Já as provas não invasivas compreendem outras perícias, como exames fecais, de DNA, identificação dactiloscópica e afins (QUEIJO, 2012, p. 290).

Como exemplos da não obrigatoriedade de auxílio do acusado, Wagner Marteleto Filho aponta a desnecessidade de participação em constituição de cena de crime e do fornecimento de padrões gráficos, afirmando que “[...] tais comportamentos exprimem conteúdo de manifestações intelectuais e não podem ser exigidos do acusado” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 85).

Por outro lado, existem provas cuja produção depende da cooperação do acusado, sem intervenção corporal, ou seja, circunstâncias em que se pressupõe a ação ou a omissão da pessoa acusada sem interferências em seu corpo (QUEIJO, 2012, p. 299). Roberto Antônio Darós Malaquias afirma que o acusado está amparado pelo princípio ao não contribuir para a obtenção desse tipo de prova. Vejamos:

Fácil é conceber que, por decorrência lógica do princípio *nemo tenetur se detegere*, ninguém pode se ver obrigado a contribuir com a reprodução simulada de que fala o art. 7.º do CPP (LGL\1941\8). A conclusão é clara também sobre a não obrigatoriedade de participação na diligência chamada de "reconhecimento de pessoas", trazida pelo CPP (LGL\1941\8) no art. 226 e ss. Em ambas as hipóteses, exige-se

⁵⁹ Não se ignora a ideia de cooperação inconsciente, em que as provas são obtidas por meios enganosos, o que estaria fora do âmbito de proteção do *nemo tenetur*. Contudo, optou-se por não se abordar o tema nesta pesquisa, evitando a extrapolação do problema posto.

um comportamento ativo do acusado e, como se tem visto, é inadmissível tal prática processual obrigatória no ordenamento pátrio, diante da assimilação do princípio da não autoincriminação. (MALAQUIAS, 2012, p. 14).

O problema é que a não há regras específicas que estabeleçam de forma expressa sobre a faculdade ou dever de colaboração do acusado na produção das referidas provas e, na tentativa de solucionar esta problemática, Maria Elizabeth Queijo esclarece que, diante da ausência de normas que visem afastar o *nemo tenetur se detegere*, “[...] tem predominado o entendimento de que a sua recusa em submeter-se à prova não configura crime e nem pode ser interpretada em seu desfavor” (QUEIJO, 2012, p. 311).

A autora ainda reconhece que, desde 1987, o STF, com suporte no princípio, tem afastado o dever de colaboração do acusado na produção das provas no processo penal, como no caso de reconhecimento de constrangimento ilegal frente à decretação de preventiva de indiciados diante da recusa em participarem de reconstituição de crimes ou em prestarem material gráfico (QUEIJO, 2012, p. 312).

Nesse mesmo sentido, o STJ também já havia se posicionado quando decidiu que o agente que oculta droga que estava portando para dificultar o trabalho da polícia não poderia ter aumento de pena, pois não é razoável exigir a colaboração do acusado (QUEIJO, 2012, p. 312), de modo que, reitera-se, não existe o dever de colaborar na produção da prova, e a não colaboração não configura crime algum (QUEIJO, 2012, p. 364).

Outra corrente doutrinária capitaneia que uma das formas de resolução do problema é consolidar que o direito de não contribuir ativamente para a produção da prova não autoriza a violação de outros bens jurídicos e, por conseguinte, não exculpa delitos autônomos praticados pelo acusado (BARROSO; CAVALI, 2022, p. 373).

Fernanda Tortima, endossando a corrente apresentada, aponta outros requisitos para a definição do sopesamento dos interesses postos: plena disponibilidade do direito e não afetação de direito de terceiros (TORTIMA, 2022, p. 192).

Nesse mesmo sentido, não existe o dever do acusado de fornecer ou facilitar a produção probatória. Ora, se ninguém é obrigado a se declarar

culpado, por consequência, não deve fornecer provas que o incriminem e nem colaborar para tanto. Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo afirma:

Se ele não é obrigado a acusar a si próprio, se ele tem o direito constitucional de permanecer calado, não teria, como não tem sentido, ser eventualmente processado por desobediência pelo simples fato de se recusar a contribuir para a descoberta de alguma prova (QUEIJO, 2012, p. 315).

A autora ainda reforça o posicionamento de Manuel da Costa Andrade, no sentido de que não existe distinção qualitativa entre a omissão e ação na produção das provas com colaboração do acusado (QUEIJO, 2012, p. 367).

Importante mencionar estudo realizado por Tiago Bottino, no sentido de verificar a construção do conceito e abrangência pelo STF, que em 1990, já reconhecia a possibilidade de recusa a colaborar para a obtenção de padrões gráficos, mas também de fornecer materiais deliberadamente falsos:

A seqüência desses julgamentos completou-se, ainda, com os Habeas Corpus nº 80.616- 3/SP, Segunda Turma, relatado pela Ministra Ellen Gracie e Habeas Corpus nº 83.960-6/RS, Primeira Turma, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. No primeiro caso reafirmou-se a possibilidade do indiciado recusar-se a fornecer padrões para realização de exame pericial (no caso, padrões vocais) e no segundo afirmou-se que a conduta de fornecer padrões deliberadamente falsos também está compreendida pela garantia de vedação de auto-incriminação. (BOTINO, 2018, p. 26).

No que diz respeito ao âmbito da colaboração, Guilherme Madeira Dezem faz uma crítica ao princípio afirmando que ele originalmente está ligado à proibição da utilização da tortura como forma de obtenção da prova, devendo sua abrangência “[...] ser repensada para uma proteção eficaz” (DEZEM, 2021, *E-book*).

Vale dizer que Wagner Marteleto Filho também se filia ao alargamento do âmbito de incidência da garantia, a qual, devido à complexidade de sua estrutura, pode ser apresentada como princípio ou como regra. No plano da regra, o autor entende que se trata de garantia inviolável e que o sujeito não pode ser obrigado a prestar declarações ou a ser submetido a situações que fragilizem sua livre vontade (MARTELETO FILHO, 2012, p. 234).

Já no plano do princípio, o autor entende pela possibilidade de relativização do direito frente ao que se chama de “consolidação dos demais

direitos fundamentais”, sem, contudo, explicar quais são eles. E defende a possibilidade de o acusado ser constrangido a cooperar passivamente, já que em um só tempo “[...] ostenta qualidade de sujeito de direito e objeto de prova”, entendendo que, neste caso, é possível a relativização do princípio-garantia (MARTELETO FILHO, 2012, p. 234).

Luís Flavio Gomes também se filia ao entendimento exposto, afirmando que o princípio abrange somente condutas omissivas:

Isso explica porque o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso da inovação do local dos fatos por exemplo (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo etc.), já não mais se encontra amparado pelo princípio (garantia) da não auto-incriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não auto-incriminação consiste no direito de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros. (FLAVIO GOMES, 2010).

Em entendimento oposto ao apresentado, Fernanda Tortima afirma a possibilidade de alargamento do princípio. A autora faz um paralelo com a possibilidade de mentir e afirma que “O direito de faltar com a verdade, embora se trate de uma conduta omissiva, pois se negue a dizer algo, deve ser entendido como o de não fornecer informações verdadeiras no âmbito de determinado processo penal” (TORTIMA, 2022, p. 190).

Maria Queijo também reconhece que o critério utilizado para a definição do que é ou não autorizado pelo *nemo tenetur se detegere* é cinzento:

De fato as distinções entre provas que necessitam de uma colaboração ativa ou passiva nem sempre é clara ou taxativa. Por outro lado, a incriminação não deixa de existir simplesmente porque o acusado se submete passivamente à produção de uma prova, embora contra sua vontade (QUEIJO, 2012, p. 368).

Como limites ao princípio, a autora defende a aplicação da proporcionalidade, devendo coexistir os direitos da persecução penal e do acusado, de modo que as limitações estejam previstas em lei e submetidas ao controle jurisdicional (QUEIJO, 2012, p. 411).

Outros autores brasileiros tratam o tema de modo mais superficial, vejamos.

Antônio Scarance Fernandes conceitua o princípio como a máxima de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo (FERNANDES, 2012, p. 264).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr. considera o princípio como uma garantia, e não como dever, assegurando o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, “[...] sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça” (LOPES JR, 2020, p. 153). O autor ressalta que, nesse sentido, o acusado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições ou a fornecer material para a realização de exames periciais (LOPES JR, 2020, p. 155).

Lopes Jr. ainda afirma que do *nemo tenetur se detegere* decorre a autodefesa, que é a possibilidade de o sujeito passivo resistir à pretensão acusatória, seja através de atuações positivas ou negativas (LOPES JR, 2020, p. 606). Assim, a autodefesa positiva deve ser compreendida como direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, e a negativa estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer (LOPES JR, 2020, p. 606).

Além disso, Lopes Jr. defende o direito ao silêncio e a necessidade de informação ao acusado sobre as implicações de exercer esse direito, sob pena de violação do princípio, além da impossibilidade de condução coercitiva (LOPES JR, 2020, p. 713-871).

Pode-se concluir que o desenvolvimento do princípio implica expansão de garantias do cidadão, a quem antes era resguardado apenas o direito ao silêncio no interrogatório. Posteriormente, o princípio passou a abranger toda a atuação de uma defesa técnica e autodefesa, consolidando-se como um direito humano em diplomas internacionais, o qual garante ao cidadão o gozo de sua autodeterminação ao não colaborar ativa ou passivamente em relação a todo elemento probatório, encontrando respaldo no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório, além da presunção de inocência.

O referido princípio abrange não só o direito ao silêncio, a vedação de utilização de técnicas e métodos de interrogatório invasivos, a prescindibilidade de dizer a verdade, mas também a inexistência de dever de colaboração, já que a prova não depende do acusado, de modo que nenhuma postura de resistência pode ser considerada crime.

Estabelecidas as premissas que fundam e conceituam o direito à não-autoincriminação, passa-se à análise da configuração do tipo penal de obstrução de justiça.

3.3.2 Inadequação do sujeito ativo no caso de investigado em procedimento investigatório por atos de obstrução de justiça que envolva ORCRIM

Já vislumbramos que o tipo penal de obstrução perpassa vários problemas estruturais referentes aos elementos da tipicidade, e não encontra compatibilidade com um modelo SG.

Vê-se que, para além da sua abertura textual no que tange à descrição de condutas criminosas, decorrem dele diversos desdobramentos práticos, frutos de interpretações que excedem os limites do tipo, causando insegurança jurídica, bem como a dificuldade do estabelecimento da potencialidade lesiva.

Passa-se, agora, à análise de outro elemento decorrente do tipo penal, qual seja: o sujeito ativo, o agente que pratica os atos de impedir ou embaraçar que podem obstruir a investigação criminal que envolve a ORCRIM.

A partir da leitura do tipo penal, não se vislumbra, superficialmente, qualquer qualidade especial do agente, o que faz com que toda e qualquer pessoa possa ser o sujeito ativo das condutas elencadas no dispositivo.

Contudo, existe uma condição específica de sujeito ativo que chama a atenção. Trata-se do sujeito que se encontra como investigado por integrar ORCRIM e também por praticar atos de resistência para não se autoincriminar, os quais podem, conseqüentemente, ser interpretados como atos de obstrução da investigação.

Ivan Navarro Zonta afirma que existem três grandes posicionamentos até o momento: a favor da imputação do crime a investigados e/ou membros da organização criminosa, contra essa possibilidade de imputação e uma posição intermediária que admite a imputação em alguns casos (ZONTA, 2022, p. 79).

A primeira corrente seria capitaneada por Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato, ao defenderem que o integrante de ORCRIM não pode ser autor do delito de obstrução por estar amparado pelo direito de defesa, podendo agir e criar transtornos ou dificuldades à investigação, por estar amparado pelo direito de não se autoincriminar.

De acordo com os autores, o investigado tem o direito de se defender e de não produzir provas contra si mesmo, de modo que eventuais empecilhos criados por ele serão considerados como um *post factum* impunível (BITENCOURT; BUSATO, p. 83).

Vale dizer que Luciano Feldens e Adriano Teixeira se posicionam contrariamente ao argumento apresentado, por considerarem que o pós-fato ocorre quando se trata do aproveitamento de uma posição ou vantagem em delito prévio, de modo que o bem jurídico protegido em ambos deve ser o mesmo, nem se devendo falar em novo prejuízo (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 33).

Renato Brasileiro de Lima afirma que o crime somente poderá se caracterizar quando “[...] agente não tenha concorrido, de qualquer modo, para a formação da organização criminosa”. (DE LIMA, 2020. p. 777)

Por outro lado, Cleber Masson e Vinicius Marçal entendem que o tipo penal pode se aplicar aos integrantes de ORCRIM em razão de o legislador não ter criado qualquer óbice para tal imputação, considerando “[...] um inegável superdimensionamento do alcance do princípio constitucional que consagra o direito ao silêncio (não autoincriminação)” (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 106).

Apontam que os âmbitos de proteção dos crimes são distintos: o primeiro diz respeito ao a paz pública enquanto o segundo diz respeito à administração da justiça, além do fato de que o momento consumativo se distingue.

Ao defender posicionamento intermediário, Ivan Navarro Zonta apresenta o entendimento de Araújo da Silva, que afirma que não se afasta completamente a incidência quanto ao investigado, pois não comete o crime de obstrução de justiça – embora possa incidir em algum outro tipo penal – aquele que destrói provas que poderiam incriminar a si próprio (ZONTA, 2022, p. 82).

Neste mesmo sentido, posiciona-se Baltazar Jr. ao declarar que na análise que faz da conduta do acusado, deve ser considerado o fato de que não tem ele o dever de colaborar com a investigação criminal (BALTAZAR JR, p. 1265).

Luciano Feldens e Adriano Teixeira, ao analisarem a problemática, fazem considerações importantes, afirmando que se trata de crime comum, não sendo necessária nenhuma condição especial do agente. Contudo, aduzem que este,

quando estiver na situação de investigado, deverá receber atenção especial (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 31).

Os autores indicam que inexistem no texto legal qualquer ressalva quanto à possibilidade de o investigado de ORCRIM figurar como autor de obstrução, mas que, na sistemática dos crimes contra a Administração Pública, é comum existir isenção de pena quando a conduta do agente visa evitar a própria punição (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 31).

No contexto de crimes contra a administração da justiça, eles ainda apontam alguns dos argumentos mais utilizados para excluir a possibilidade de participação do investigado: o de pós-fato impunível, o direito à não-autoincriminação e até a inexigibilidade de conduta diversa.

No que diz respeito ao argumento do pós-fato impunível, os autores esclarecem que seu entendimento encontra resistência, pois a conduta representa a tentativa de garantir a impunidade, e não de assegurar o produto ou vantagem de crime antecedente, conforme já mencionado.

Em relação ao direito de não se autoincriminar, Feldens e Teixeira dispõem que o agente está protegido de praticar condutas que contribuam ativamente para sua incriminação e para a produção de evidências, e que a garantia não funciona como “[...] salvo conduto para o sujeito desenvolver ações proativas no sentido de evitar a punição” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 34).

Nesse sentido, eles ainda criticam incisivamente o “[...] alargado escopo do direito à não autoincriminação”, pois, em seu entendimento, a proteção volta-se à participação ativa na própria incriminação, e sua consequência seria o direito do réu de permanecer em silêncio e de ser esclarecido a respeito dessa possibilidade (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 35).

Os autores ainda afirmam que o *nemo tenetur* tem o condão de afastar a tipicidade do crime quando a conduta de obstruir ou impedir for apenas omissiva, isto é, quando houver apenas a recusa de colaborar com a investigação (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 36).

A despeito do apresentado, mostra-se imprescindível abrir divergência quanto à possibilidade de incidência do *nemo tenetur* apenas em condutas omissivas.

Alguns doutrinadores entendem que o postulado não deve possuir interpretação abrangente a todo e qualquer ato, incidindo a não-

autoincriminação apenas em atos como mentir e não colaborar, isto é, somente sobre condutas que exigem comportamento omissivo.

Contudo, Fernanda Tortima pontua que se passou a entender que o princípio abrange também comportamentos comissivos em casos em que uma testemunha havia prestado informações na fase extrajudicial e alterou significativamente o conteúdo de tais informações durante a instrução, de modo que se aceitaram declarações diversas – comportamento comissivo – como extensão do direito ao silêncio (TORTIMA, 2022, p. 189).

Dessa forma, diverge-se do entendimento de Luciano Feldens e Adriano Teixeira, pois o que se deve considerar é o comportamento do investigado, verificando-se se a conduta por ele praticada, comissiva ou omissiva, se conserva dentro dos limites aceitáveis e proporcionais de não afetação de bem jurídico de terceiro ou prática de ilícito, desde que exista tipo penal específico relacionado à conduta e ao resultado.

Desse modo, ao nosso ver, não se aplicaria o tipo penal de obstrução de justiça no caso em que agentes se comportem ativamente para evitar responsabilização, pois é legítima a realização de condutas de resistência, já que amparadas pelo princípio, mas sim a prática do delito correspondente.

No que diz respeito à exigibilidade de conduta diversa, os autores apenas informam que não pode o agente que criou situação anterior se valer da referida causa, sem mencionar a situação do agente que não integra a ORCRIM (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 37).

Eles acrescentam aos argumentos já apresentados dois outros para reforçar o seu entendimento de que o agente pode estar acobertado por alguma causa, são eles: o direito de defesa e ações limítrofes que encontram respaldo nos direitos de privacidade e à propriedade (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 33).

Para os autores, o direito de defesa é um fator evidente de restrição da tipicidade do crime de obstrução, já que o direito fundamental preexiste em relação à zona de criminalização, existindo uma delimitação material a respeito da criação do tipo, sendo que “[...] a lei se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o inverso” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 38).

Eles ainda se valem das afirmações de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato, no sentido de que existe uma conduta elementar implícita no tipo penal,

que seria a de obstruir ou embaraçar investigação “indevidamente” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 38).

Sendo assim, frente a “[...] uma situação de ação de resistência defensiva, logo, abrangida pelos direitos fundamentais correlatos, estaremos, paralelamente, diante de uma zona de intervenção penal constitucionalmente proibida” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 39).

Na tentativa então de apontar quais atos podem ou não caracterizar o crime de obstrução (ou outros inseridos no CP ou demais legislações), os autores pontuam a existência de atos típicos e atípicos de defesa, que consideram como legítimos, e os chamados atos ilegais, sendo que apenas estes podem configurar o crime, ou seja, “[...] o investigado pode fazer tudo em proveito de sua defesa que não seja em si um ilícito” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 41).

A despeito da possibilidade de destruição dos documentos incriminatórios e de imputação do delito de obstrução, é importante voltarmos à divergência já aberta e mencionar a posição levantada por Fernanda Tortima ao apresentar o que ela considera um “[...] corajoso passo no enfrentamento do tema” pela Primeira Turma do TRF2.

Analisando o caso ela aponta que, a despeito de se tratar de conduta comissiva (conduta comissiva de destruição), seu efeito é de não fornecer documentos às autoridades responsáveis pela persecução, o de não facilitar ou até mesmo de dificultar a própria incriminação, o que é uma conduta comissiva e que, portanto, seria aceita e abarcada pelo direito de defesa. (TORTIMA, 2022, p. 188).

Como limite à aplicação da tipicidade, ou seja, para definir em qual momento deve-se impedir a incidência do tipo, a autora aponta alguns requisitos, sendo eles: a plena disponibilidade sobre o bem e a não afetação do direito de terceiro (TORTIMA, 2022, p. 192).

Outro parâmetro que poderia ser adequado para demarcar situações que consistem em atos de obstrução da justiça estarem abarcados ou não pelo direito de não autoincriminação seria de “analisar se a conduta amoldaria a algum outro tipo reconhecidamente externo ao espaço do direito de defesa” (ZONTA, 2022, p. p.91)

Considerando a vagueza e a amplitude do tipo de obstrução de justiça, a demarcação de seus limites perante o direito de defesa fica facilitada pela análise comparativa focada em outros tipos penais, cuja redação

mais estrita e exata facilita a delimitação de áreas externas ao âmbito de defesa. Como exemplo, os delitos já citados acima – fraude processual e uso de documento falso –, bem como outros que não podem ser considerados como condutas legítimas de defesa, tais quais a coação no curso do processo e a falsa perícia na modalidade de promessa de dinheiro ou vantagem a perito, testemunha ou indivíduo que atue em processo (art. 343, CP). (ZONTA, 2022, p.91).

Na mesma linha de raciocínio, Luciano Feldens e Adriano Teixeira também indicam que as supostas condutas criminosas podem se inserir no âmbito do direito do investigado, afastando a incidência do tipo, tais como a privacidade, a propriedade e a autodeterminação informativa (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 42).

Os autores explicam que “[...] a criminalização de condutas ainda encontra limites na medida em que não extrapolem as esferas de privacidade (art. 5º, X, CF), propriedade (art. 5º, XXII) e liberdade informativa (art. 2º, II, Lei 13.709/2019)” (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 42).

Assim, as condutas que estariam nesse âmbito de proteção dos indivíduos e que, de alguma forma, pudessem dificultar a atuação persecutória na elucidação dos fatos não poderão ser típicas.

Exemplificativamente, eles mencionam que entendimento diferente incriminaria automaticamente a conduta de limpar-se, retirando vestígio de sangue, que poderia ser usado como indício em uma investigação ou a conduta do sujeito que apaga mensagens ou e-mails que ele mesmo produza (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 43).

Os autores esclarecem que situação distinta é quando os objetos já estejam em poder Estatal, em razão de uma busca e apreensão, por exemplo, já que foram devidamente limitados e identificados como relevantes para o desdobramento do caso (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 43).

Ivan Navarro Zonta ainda aponta que o Código Penal criminaliza a destruição de coisas alheias, de documentos públicos ou particulares alheios a terceiros, mas não criminaliza, via de regra, a remoção, ocultação ou a destruição de coisas e documentos próprios (ZONTA, 2022, p. 93).

Neste sentido, reitera-se posicionamento já firmado, no sentido de que, em razão do conteúdo material do direito de defesa já apresentado, não existe limitação ao seu exercício, de modo que é facultado ao agente agir de qualquer forma a se proteger, desde que não atinja bem jurídico de terceiro.

No caso do delito de obstrução, o que o autor do ato pretende é assegurar a própria impunidade, e não uma vantagem ou situação antecedente. Como exemplo, Feldens e Teixeira mencionam a conduta de um sujeito que praticou homicídio e depois destruiu documentos importantes do inquérito policial, demonstrando duas condutas distintas, duas lesões a bem jurídicos diferentes. (FELDENS; TEIXEIRA, 2020, p. 34).

Vale dizer que Ivan Navarro Zonta conclui que é “[...] correto adotar posição intermediária, que reconhece a inexistência de crime quanto a algumas condutas praticadas como exercício do direito de defesa, mas que não afasta completamente a possibilidade de prática do crime por investigado” (ZONTA, 2022, p. 84).

Conclui o autor que:

Pode-se afirmar, então, que o possível afastamento do tipo de obstrução de justiça ante o espaço constitucionalmente assegurado ao direito de defesa pode se aplicar a todo aquele que se encontre perante a atuação do aparato persecutório estatal, seja inocente ou não, e figure na condição formal de investigado/acusado ou não. (ZONTA, 2022, p. 85).

Entende-se, portanto, que o agente que se encontra como potencial ou efetivamente investigado em situações que envolvam ORCRIM, não só pode se abster de prestar declarações, como de contribuir com qualquer tipo de cooperação, estando, inclusive, amparado para praticar atos de resistência, e por consequência, obstrutivos, afastando a tipicidade do crime de obstrução de justiça.

Ora, se o *nemo denetur se detegere* possibilita que o acusado permaneça em silêncio, não colabore ativa ou passivamente na produção probatória, devendo o ônus da prova ser encargo do órgão acusador, é possível aduzir que sua finalidade é evitar que o agente se mostre desprotegido frente ao Estado.

É exatamente pelo fato de ser o hipossuficiente no processo penal que merece receber todas as suas garantias e ser respaldado pela interpretação que mais lhe favoreça, de modo a se beneficiar e se resguardar. Tanto é assim que está autorizado a mentir ou até mesmo fornecer padrões gráficos diferentes.

Desse modo, ao agente investigado por integrar ORCRIM que é titular das garantias procedimentais do SG encontra-se acobertado pelo *nemo tenetur se*

detegere, podendo praticar condutas omissivas e comissivas, lícitas ou ilícitas, como atos de resistência e de defesa, sem que incida sobre sua conduta o crime de obstrução de justiça.

3.4 Análise de casos: jurisprudência e a busca por uma interpretação constitucional

Para o presente estudo de caso foram selecionados alguns julgados dentre um universo de casos identificados na busca de jurisprudência do STJ, com a finalidade de evidenciar os problemas identificados na interpretação do tipo penal: *abertura textual, falta de ofensividade ao bem jurídico e violação ao direito à não-autoincriminação*.

Com intuito de trazer mais cientificidade à pesquisa, foram estabelecidos critérios para a seleção dos casos apresentados. O primeiro deles é o temporal, vez que se verificaram a aferição e concretização das decisões, ou seja, os casos já chegaram ao conhecimento dos Tribunais Superiores, que são responsáveis pela concretização dos entendimentos sobre as matérias.

O segundo critério é qualitativo e diz respeito ao conteúdo argumentativo utilizado para fundamentação dos casos em concreto, de onde é possível extrair as razões jurídicas (e políticas) de incidência ou não do tipo penal em avaliação e os princípios mencionados.

Postos os requisitos, passa-se à análise dos casos.

O primeiro caso selecionado é referente ao Recurso Especial nº 1.817.416 - SC (2019/0159366-1), de Relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik e diz respeito à interpretação extensiva e à verificação de resultado lesivo, ou seja, a verificação de embaraço nas investigações e a necessidade de incidência do tipo penal em questão.

Trata-se de recurso especial interposto por E.G.C, em razão da condenação pela prática do delito tipificado no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13, à pena de 7 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Consta nos julgados que E.G.C teria, por quatro vezes distintas, tentado obstruir justiça, por ter encaminhado recados ameaçadores consistentes em causar mal injusto e grave à testemunha e aos seus familiares, para que ela mudasse o seu depoimento, de modo a obstaculizar a persecução penal.

Em primeira instância, entendeu-se que o crime é considerado como delito formal, de modo que teria ocorrido o embaraçamento das investigações, mesmo tendo a testemunha prestado as declarações em sede policial e posteriormente as ratificado em fase instrutória, pois a conduta já estaria praticada.

Ademais, o fato de o acusado ter ido em quatro dias distintos a procura da suposta testemunha constituiria fato autônomo e distinto, caracterizador de quatro crimes autônomos, não sendo reconhecido como único ato, que seria aquele de embaraçar a investigação.

Critica-se de pronto esse posicionamento, pois, de modo diverso, considera-se que no caso apresentado o acusado teria ido até o local e não teria encontrado a vítima em nenhuma das oportunidades, de modo que seu intuito era de se encontrar pessoalmente com a testemunha, na eventual possibilidade de coagi-la, sendo que os seus atos devem ser interpretados como uma sequência, na tentativa de se alcançar um único possível resultado. Assim, eles fazem parte de um único desdobramento causal e não são atos isolados, conforme interpretado.

Já no julgamento do recurso de apelação, a sentença foi confirmada, apenas reduzindo a pena imposta em razão da valoração das circunstâncias judiciais.

Insatisfeita, a defesa do acusado interpôs recurso especial aduzindo que não houve demonstração de qualquer ameaça em desfavor de vítima, bem como requereu o reconhecimento da atipicidade da conduta, uma vez que o tipo trata de embaraço a investigação e que o embaraço não abrange a fase judicial.

Os ministros concluíram pelo parcial conhecimento do recurso especial e provimento dele para reconhecer violação ao art. 2º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13, eis que o delito deve ser classificado como material, e identificou violação ao disposto no art. 283, do CPP, determinando-se: a) novo julgamento do recurso de apelação para fins de análise da tentativa para a redução da pena;

Da análise dos temas, vislumbram-se dois pontos debatidos neste trabalho. O primeiro deles consiste na utilização de interpretação extensiva em relação ao momento da obstrução, considerando que o tipo penal fala apenas em investigação e não em fase judicial.

Percebe-se dos votos, que os Ministros consideram possível a incidência do tipo penal, ou seja, de atos de obstrução tanto em fase de investigação quanto na fase de instrução processual, pois entenderam que a finalidade do tipo penal é a proteção de toda a persecução penal.

Com esse entendimento, reforça-se que existe uma amplitude interpretativa do tipo em apreço, na tentativa de resguardar mais do que de fato nele é inserido, violando, assim, a taxatividade já mencionada.

No que diz respeito ao segundo ponto, verifica-se o debate a respeito da lesividade e dos resultados necessários para a configuração de atos de obstrução de justiça. Nota-se que o Min. Relator afirmou que a melhor interpretação que se poderia fazer é considerar o delito como crime material “[...] porque o verbo embaraçar atrai um resultado, ou seja, uma alteração do seu objeto”. Então, “Haverá embaraço à investigação se algum resultado, ainda que momentâneo e reversível, for constatado”.

Verificou-se que não apenas a modalidade de impedir seria considerado como delito material, com a necessidade de demonstração do resultado de que efetivamente se deu interrupção das investigações, como também o estabelecimento de que, na conduta de embaraçar, é necessária a ocorrência de um resultado que demonstre que as investigações passaram por estorvo, de modo que restou prejudicado, ainda que parcialmente, o seu andamento.

Neste ponto, resta claro o conflito entre o posicionamento da doutrina, no sentido de que parte desta afirma ser a modalidade embaraçar definida como delito formal e, portanto, prescindível de resultado danoso, conforme já apontado, enquanto outra parte entende que é necessária a demonstração do resultado lesivo concreto, a comprovação de que determinada conduta causou prejuízo investigativo.

O segundo caso selecionado é referente ao Agravo em Recurso Especial n.º 1.683.068 – MS (2020/0070541-9), de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro⁶⁰ e

⁶⁰ Os autos da Apelação Criminal n.o 0900642-08.2018.8.12.0001 e do recurso especial encontram-se em segredo de justiça. Contudo, é possível extrair o conteúdo apresentado a partir do exposto no Agravo em Recurso Especial, a partir do link: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1987736&num_registro=202000705419&data=20201013&peticao_numero=202000527050&formato=PDF

diz respeito ao sujeito ativo do crime de obstrução de justiça e ao direito de não se autoincriminar.

Resumidamente, o Cabo da Polícia Militar (CbPM) R.G.F foi denunciado porque, teria embaraçado investigação de infração penal conduzida pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO. De acordo com o que consta na denúncia, a GAECO instaurou PIC n.º 24/2017 – GAECO para apurar a prática dos crimes de organização criminosa, tráfico de drogas e demais delitos correlatos praticados com o envolvimento de policiais militares na região de Jardim e Bela Vista, em Mato Grosso do Sul.

Foram realizadas investigações criminais e durante o tramite, determinou-se a prisão preventiva de vários investigados, além da busca e apreensão, entre outros locais, na residência do CbPM R.G.F.

O objetivo da busca era de apreender aparelhos telefônicos dos requeridos a fim de serem analisados/periciados, mormente em seus aplicativos de comunicação instantânea, como WhatsApp e Telegram.

De acordo com o narrado, o CbPM R.G.F, não residia de maneira permanente no local. Contudo, no mesmo dia, ele foi interrogado e entregou equipamento de aparelho celular.

Ocorre que, posteriormente, identificou-se que o CbPM R.G.F substituiu o seu telefone celular, entregando outro aparelho ao GAECO. Ele teria retirado o cartão SIM (chip) da Claro e o colocado em outro aparelho telefônico, que foi apresentado à GAECO, ou seja, o CbPM R.G.F entregou ao GAECO aparelho celular com chip que não utilizava e, por conseguinte, não continha as informações que se almejava obter.

A conclusão a que o GAECO chegou foi de que, antes de se apresentar, de maneira deliberada, no intuito de embaraçar a investigação sobre organização criminosa em andamento no PIC, o CbPM R.G.F inseriu o seu cartão SIM (chip) em outro aparelho, com vistas a impedir que o GAECO e a própria Justiça tivessem acesso ao conteúdo de seu terminal telefônico.

Ao final da instrução, o acusado foi condenado a uma pena de 03 anos de reclusão. Em grau recursal, a defesa argumentou que o militar utilizou do direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo, pois ele não tinha o dever de apresentar o celular e ainda assim o fez, valendo-se do princípio *nemo tenetur se detergere*.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao julgar o recurso de apelação, afirmou que o acusado estava amparado pelo direito de não produzir provas contra si e o absolveu da conduta imputada.⁶¹

A questão chegou ao STJ por meio de Recurso Especial e, na decisão monocrática do Min. Rel., o recurso foi denegado por questões processuais, mas afirmou o Ministro que detinham a razão o Tribunal *a quo* e a Defesa.

O Relator entendeu que, de fato, o acusado entregou aparelho celular diverso do que era alvo de busca e apreensão e que sua intenção era de fato burlar a investigação criminal para que não fosse encontrado nenhum conteúdo incriminatório em seu celular.

Contudo, a conduta do CbPM R.G.F estaria amparada pelo princípio constitucional da ampla defesa e pelo princípio da não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), previstos no art. 5º, LXIII, da CF, e no art. 8º, seção 2, "g", do Pacto de São José da Costa Rica, que permite ao acusado se abster de produzir provas que o incriminem.

Dessa forma, infere-se que o Min. Rel. se posiciona no sentido de reconhecer que, em razão do princípio *nemo tenetur se detegere*, é facultado ao investigado praticar condutas comissivas, como a entrega de celular com chip trocado, no intuito de impedir o andamento da investigação de ORCRIM – pois não era interesse defensivo o acesso ao conteúdo das mensagens – como forma de resistência a investigação, permitindo ao investigado criar o óbice necessário.

O terceiro caso a ser apresentado diz respeito ao Agravo em Recurso Especial n.º 1.302.303 - RJ (2018/0128958-3), de Relatoria do Min. Antônio Saldanha Palheiro⁶² e tem por objetivo verificar a interpretação que se dá à não-autoincriminação.

E possível extrair dos autos que M.G.P e L.G.P foram denunciadas por embarçarem a investigação criminal que envolvia ORCRIM, responsável pela prática de crimes de corrupção, fraude a licitações e lavagem de dinheiro na construção da Usina Angra 3 pela Eletronuclear.

⁶¹ Após pesquisa do caso no acervo do Tribunal do Justiça do MS, ele foi identificado em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=942677&cdForo=0>

⁶² A decisão monocrática que indeferiu o Recurso Especial encontra-se no seguinte link: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=97272098&tipo_documento=documento&num_registro=201801289583&data=20190815&tipo=0&formato=PDF

De acordo com o narrado na denúncia, elas procederem à destruição de documentos relativos aos negócios do falecido sócio da empresa Flexsystem, N. G. No período compreendido entre os dias 15 de abril de 2016 e 15 de maio de 2016, M.G.P e L.G.P, viúva e filha de N.G teriam praticado destruição massiva de documentos relativos aos negócios do falecido, rasgando e queimando papéis. Tal embaraço foi descoberto por monitoramento telefônico.

Contudo, em razão da falta de descrição das condutas típicas na denúncia e o amparo em relação ao direito de não se autoincriminarem, a defesa das acusadas distribuiu ação mandamental de *habeas corpus*, que objetivava o trancamento do processo criminal, tendo o Tribunal Regional da 2ª Região concedido a ordem.

Aduziram os desembargadores que as pacientes estavam sendo investigadas pois tiveram os seus sigilos telefônicos violados a pedido da Polícia Federal, e como tal, não tinham dever algum de preservar provas contra si mesmas, tendo direito à não-autoincriminação e a destruição dos documentos.

Irresignado com o trancamento, o Ministério Público Federal interpôs Recurso Ordinário requerendo a continuidade do processo, alegando que as condutas estavam descritas na denúncia e se amoldavam, ainda que abstratamente, ao tipo penal em apreço.

O Min. Relator se manifestou no sentido de que os fatos deveriam ser considerados atípicos em razão do direito de não produzir provas contra si mesmo, tendo mantido o trancamento do processo.

Nota-se que, neste caso, as denunciadas (i) realizaram condutas comissivas, consistentes no ato de destruição da prova e (ii) por estarem na condição de investigadas, em razão do monitoramento telefônico, foram amparadas pelo direito de não-autoincriminação.

O ponto mais significativo é que condutas positivas em ações que apresentam resultado danoso foram abarcadas e protegidas pelo princípio. Tem-se aqui o reconhecimento do direito de não facilitar ou mesmo de dificultar a própria incriminação (conduta comissiva) como uma forma equiparada ao reconhecimento do direito de não colaborar com ela (conduta omissiva), contrariando o que manifesta a doutrina.

Do mesmo modo como é reconhecido o direito ao silêncio, de faltar com a verdade, a conduta consistente na postura de resistência, de impedir ou dificultar a investigação de fatos criminosos, também passou a ser amparada.

Por fim, o quarto caso apresentado diz respeito à imputação do crime de obstrução de justiça em desfavor de C.A.R, F.B.V.R, J.T.A, S.B.L, J.G.C.F, R.S.W e M.J.F.A, durante a deflagração da operação Quadro Negro, referente aos autos nº 0007044-49.2019.8.16.0013.

Este caso em específico chamou a atenção, mesmo ainda em fase incipiente e desconsiderando os critérios impostos, pois foi amplamente divulgado na mídia⁶³ e por abordar situação peculiar, em que o investigado teria pedido a outros investigados para que destruísse fotos, vídeos e demais documentos que poderiam, em tese, comprovar a prática de corrupção, lavagem de dinheiro e outros.

A denúncia é dividida em tópicos e, no que diz respeito ao delito de obstrução de justiça, o Ministério Público afirma que os primeiros movimentos dos denunciados foram para evitar que as autoridades responsáveis pelas investigações obtivessem maiores provas acerca da prática dos fatos, em especial, elementos de convicção que pudessem atingir a cúpula da organização.

De acordo com narrado, C.A.R teria determinado a M.J.F.A que excluísse de todo e qualquer dispositivo eletrônico que possuísse todo e qualquer registro em foto ou vídeo em que ambos aparecessem, bem como qualquer comunicação existente entre eles. Da mesma forma, determinou que M.J.F.A retirasse qualquer documento comprometedor ou dinheiro em espécie de sua residência.

Consta que os denunciados tinham tomado conhecimento da expedição de mandados de prisões temporárias em seu desfavor e teriam agido por meio de terceira pessoa para evitar que as prisões em questão se concretizassem.

Nas respostas à acusação, os denunciados aduziram, em resumo, pela inépcia da peça acusatória por atipicidade da conduta e por absoluta

⁶³ <https://mppr.mp.br/Noticia/Apresentada-nova-denuncia-por-fatos-apurados-na-Operacao-Quadro-Negro> e <https://mppr.mp.br/Comunicacao/Pagina/Operacao-Quadro-Negro> apenas como exemplo da ampla divulgação.

inidoneidade do meio, pois os acusados não teriam solicitado quaisquer vantagens em troca dos pagamentos supostamente feitos.

O juiz, ao receber a denúncia, justificou que as condutas dos denunciados estavam suficientemente delimitadas, indicando que não teria havido contribuições do colaborador, pois ele estava sendo auxiliado financeiramente.

Ademais, no que diz respeito à destruição de supostas provas, o juiz argumentou que C.A.R teria alertado M.J.F.A e lhe determinado que se livrasse de provas que estivessem na sua posse. Além disso, M.J.F.A também foi orientado pelo corrêu S.B – a mando de C.A – a se desfazer de provas na mesma ocasião em que foi cientificado a respeito de um pedido de prisão formulado contra ele, que deveria estar em segredo de justiça.

No mais, afirmou que:

O significado conferido às condutas tipificadas é extraído mediante interpretações das regras gramaticais dentro dos jogos de linguagem socialmente adotados. Não é imperioso um nível de compreensão específico para se compreender o caráter injusto de se embarçar uma investigação criminal. [...] Também não é de se admitir que o tipo penal em questão seja incompatível com os direitos fundamentais ao silêncio e à ampla defesa, bem como com a vedação à autoincriminação. Em primeiro lugar, o direito ao silêncio e à não-autoincriminação não compreendem condutas ativas visando obstruir provas oriundas de um terceiro. Ademais, o direito à ampla defesa tem contornos processuais e não alberga a prática de ilícitos materiais com o fito de obstruir investigação criminal.

Nota-se que, aqui, pretende-se punir os acusados, pois eles estariam apagando/destruindo conteúdos que lhes são pertencentes, de modo a embarçar ou a impedir a investigação.

O que se destaca no caso é o fato de se verificarem condutas comissivas, como destruir elementos indiciários, para não se colaborar com as investigações.

Percebe-se que tais atos também se encontram na esfera de resistência dos agentes, ou seja, amparados pelo direito de não-autoincriminação, por não serem os investigados obrigados a colaborar, de qualquer forma, para a própria criminalização por meio da colaboração para o encaminhamento da investigação.

Os objetos sobre os quais recaíram as condutas, tais como aparelhos telefônicos, estavam inseridos na esfera de privacidade dos investigados, de modo que tampouco se observa a violação de direitos de terceiros.

Vislumbra-se, portanto, que os acusados, em tese, não têm o dever de colaboração e suas condutas de destruição de provas também se encontram amparadas, tal como apresentado no caso 02 e 03, em que o STJ reconheceu a atipicidade da conduta.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como proposta inicial realizar uma análise a respeito do tipo penal que criminaliza atos de obstrução de justiça e as suas repercussões no âmbito do direito e processo penal, especialmente em razão da função de garantia que estas ciências têm em limitar o poder estatal, demarcado pelo garantismo penal, que é o marco teórico do trabalho.

Ao apresentar o tipo penal a partir dos elementos que o compõem, verificou-se a possibilidade de violação a determinados princípios, tais como legalidade, ofensividade e direito de não-autoincriminação.

Portanto, para melhor demarcar os critérios que consubstanciam as ciências criminais, seus princípios e funções na ordem constitucional, apresentou-se o marco teórico do presente trabalho, que é o garantismo penal, o qual parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico deve ser uma forma de controlar o poder estatal.

O duplo fim que é proposto pela teoria, é a contenção de violência advinda dos crimes e das penas, de forma que a sua principal função é impor limites a função punitiva do Estado minimizando a violência e maximizando a liberdade.

Sendo certo que é embora a teoria se apresente como utilitarismo reformado e acredite na finalidade preventiva clássica, avança ao afirmar que mais do que importante em evitar crimes, é evitar a violência advinda do próprio Estado, com penas e processos arbitrários.

Partindo do garantismo penal, é possível afirmar que o princípio da legalidade, em que pese possuir caráter retórico pela interpretação dos conceitos sociais, tem por uma de suas finalidades assegurar que os tipos penais tenham o conteúdo delimitado, acessível, de modo que o cidadão saiba qual conduta é criminalizada previamente a sua prática.

Em decorrência legalidade, é possível extrair garantia da taxatividade, que proíbe o legislador de elaborar leis com tipos penais com conceitos vagos e descrições imprecisas de condutas, bem como ao juiz que deve interpretar a lei da forma mais fiel possível, vedando a utilização de analogia ou interpretação extensiva, de modo a prejudicar o agente.

A partir dessas premissas, nota-se que dois são os verbos nucleares referentes às condutas que consistem na obstrução de justiça: “impedir” e “embaraçar”. Verificou-se que os significados atribuídos as essas condutas (verbos) são os mais diversos, de modo que não é possível, constatar, objetivamente, no que elas consistem.

Observa-se que o legislador, além de se ter valido de expressões que não têm conteúdo devidamente delimitado, tampouco observou a técnica exigida, tendo descrito as condutas a partir dos resultados do crime, e não efetivamente buscando abranger todo e qualquer ato que pudesse atrapalhar a investigação criminal.

Ainda no que diz respeito à abertura textual do tipo penal em estudo, verificou-se que o legislador foi excessivamente inovador em seu texto, contrariando a própria razão de ser do diploma legal, que consta no mandado de criminalização da Convenção de Palermo.

Isso porque a Convenção é clara ao justificar a necessidade de se criar o tipo penal aqui em discussão, expondo o intuito de proteger testemunhas e funcionários públicos que estivessem relacionados ou atuando no combate a organizações criminosas. A legislação brasileira, ao contrário, amplia das condutas criminalizadas para abranger todo e qualquer ato que possa causar prejuízo a investigação criminal.

Ademais, além da problemática envolvendo as condutas delitivas, verificaram-se também outros problemas relacionados à amplitude do texto e os demais elementos que compõem o tipo penal.

Observou-se que existem condutas que embaraçam ou impedem a investigação criminal, mas que constituem situações de licitude limítrofe ou que se encontram no âmbito de proteção por outros direitos previstos no ordenamento jurídico, tais como privacidade, propriedade e até mesmo intimidade, ou seja, ações que podem ou não serem consideradas como lícitas, pois são respaldadas legalmente.

Contudo, partindo da abertura à interpretação (que necessariamente depende dos conceitos prévios e valores do sujeito), corre-se o risco de se criminalizar situações que não deveriam ser abarcadas pelo Direito Penal, em razão da fragmentariedade, subsidiariedade.

Como exemplo decorrente da abertura textual apresentada, é possível verificar a interpretação dos Tribunais Superiores no que diz respeito ao elemento que constitui o tipo penal “investigação”. Constata-se, a partir de alguns julgados, que existe uma tendência em ampliar o conteúdo do que se entende por “investigação criminal”, que é a primeira etapa da persecução criminal, para que as condutas também sejam criminalizadas quando forem praticadas em fase de instrução judicial, que é a segunda etapa da persecução, sob a justificativa de que o legislador também gostaria de proteger esta fase.

Contudo, como demonstrado nesta pesquisa, o legislador se valeu de termo específico, indicando que o âmbito de proteção é exclusivo da investigação, pois quando quis tratar de ambas as fases da persecução, assim indicou na própria normativa, tal qual dispõe o art. 21 da mesma lei, que menciona a divisão da persecução penal em duas fases, a de investigação e de processo penal.

Vislumbra-se ainda o possível conflito entre o tipo penal em análise e outros tipos penais que também visam assegurar a administração da justiça, tais como os crimes de fraude processual, coação no curso do processo, favorecimento pessoal ou real, dentre tantos outros que, inclusive, melhor se adequariam ao contexto da legalidade e da delimitação de condutas, seja em fase de investigação ou processual, a partir do caso apresentado.

Seguindo o raciocínio de verificação de incidência do tipo penal, analisou-se também sob a perspectiva do bem jurídico tutelado, e percebeu-se a violação a outro elemento de garantia inerente ao Direito Penal, consubstanciado no princípio da lesividade.

Em suma, o princípio determina que o tipo penal, além de ter conteúdo de proteção bem delimitado (em razão da legalidade, mas também para justificar a necessidade de criminalização), exige resultado lesivo apto a justificar a intervenção estatal, isto é, a necessidade de alteração naturalística de determinada situação social para que exista e incida o tipo penal.

Como mencionado, o legislador escolheu criminalizar os resultados “impedir” ou “embaraçar” a investigação. É possível verificar que a conduta de “impedir” é um pouco mais delimitada e verificável empiricamente. Contudo, não é possível demarcar objetivamente o conteúdo e definir o que seria a conduta de “embaraçar”, de modo que não se sabe se é necessário um resultado, além de

jurídico, também naturalístico, e qual o grau de afetação desse bem para que a conduta possa ser criminalizada e legítima para intervenção estatal.

Como exemplo, apresentou-se situação em que um agente pratica atos de coação em desfavor de uma testemunha. Porém, independentemente da coação, ela presta declarações, concluindo o ato inicial pressuposto, de modo que não se verifica empiricamente qualquer embaraço na condução dos trabalhos, inexistindo afetação ao bem jurídico tutelado, o que poderia afastar a tipicidade da conduta.

Outra crítica feita na tentativa de se identificar o grau de afetação do bem relaciona-se ao fato de que a investigação criminal se propõe a colher elementos de autoria e materialidade para que o titular da ação penal a ofereça, se assim entender necessário. De modo que, se houver o encerramento da investigação e oferecimento da ação penal, resta alcançado o objetivo da investigação, demonstrando a falta de prejuízo efetivo, o que também não ensejaria a necessidade de intervenção do Direito Penal.

Por fim, considerando a amplitude do tipo penal, verificam-se repercussões no âmbito do processo penal no que diz respeito as condutas e ao sujeito ativo, especialmente se ele for investigado também por compor organização criminosa.

Isso porque todo investigado ou acusado está amparado pelo direito de não-autoincriminação, direito esse que permite que o sujeito não auxilie ou contribua para que seja incriminado, ou seja, existe o respaldo para que não se produza provas contra si.

Verificou-se que, no espectro de proteção do direito, é permitida ao agente a prática de condutas comissivas e omissivas, desde permanecer em silêncio, mentir e até mesmo destruir elementos que apontem para sua responsabilização, em que pese encontrar alguns posicionamentos doutrinários distintos.

Sendo assim, o sujeito ativo que pratica algum ato que possa se adequar às condutas de impedir ou embaraçar a investigação no sentido de se proteger de qualquer responsabilização criminal estaria amparado pelo direito de não se autoincriminar, afastando também a incidência do tipo penal.

A partir dos problemas identificados e das possíveis violações mencionadas, buscou-se realizar verificação de casos a demonstrar como os Tribunais Superiores vêm se posicionando a respeito das situações postas.

Verificou-se, no primeiro caso, a confirmação da hipótese de violação ao sistema de garantias, pois os ministros se valeram da amplitude dos elementos normativos do tipo e realizaram interpretação extensiva do conceito de “investigação criminal”, afirmando que o tipo penal também deve incidir sobre condutas praticadas ao longo da instrução criminal, pois estaria também no âmbito de proteção da persecução penal e do mesmo bem jurídico.

Contudo, os ministros também exigiram a verificação de um resultado material do delito, com a demonstração de que, de fato, houve a interrupção das investigações em razão da conduta do agente, ainda que na modalidade tentada, contrariando o entendimento exposto na doutrina e respeitando o princípio da lesividade, como defende este estudo.

O segundo caso abordou a temática da não-autoincriminação e os ministros reconheceram a incidência desse direito, afastando a aplicação do tipo penal de obstrução.

O que chamou atenção é que houve o reconhecimento de que o direito de não se autoincriminar abrange condutas comissivas, positivas, consistentes em enganar as autoridades policiais que conduziam a investigação criminal, já que o sujeito denunciado teria trocado os chips do aparelho telefônico, frustrando as medidas cautelares de busca e apreensão. Confirmou-se que o agente estava devidamente amparado na situação posta, conforme defende o estudo.

No terceiro caso, verificou-se também a confirmação de direito à não-autoincriminação em situação em que duas denunciadas teriam agido de modo comissivo, ou seja, por condutas comissivas, destruindo documentos que poderiam indicar as suas participações e de terceiros em uma investigação criminal. Os ministros reconheceram que elas não teriam o dever de colaborar com as próprias incriminações, no mesmo sentido do que já foi apresentado.

Por fim, apresentou-se um caso em andamento e que ainda não foi encaminhado ao Tribunais Superiores, mas que em razão das suas peculiaridades e exponência nacional, se mostrou pertinente ao estudo.

Trata-se de processo criminal em que o agente foi denunciado por atos de obstrução, pois teria orientado outro investigado a deletar conteúdo de fotos

e vídeos em seu poder, que pudessem levar à responsabilização criminal de todos os investigados. Notou-se que o magistrado responsável pontuou a existência de elementos que demonstram a prática do crime e que não se deve falar no direito à não-autoincriminação, pois ele abrangeria apenas situações omissivas e o fato de destruir possíveis provas não estaria respaldado, contrariando o entendimento já posto neste estudo.

Conclui-se, de toda a pesquisa doutrinária e jurisprudencial desenvolvida, que o tipo penal em apreço foi construído em desconformidade com sua razão de ser na origem e do modo como se encontra posto, acarreta grande fragilidade processual, pois viola os princípios da legalidade, da ofensividade e não autoincriminação, permitindo à interpretação pelos sujeitos julgadores, em desconformidade com o marco garantista e princípios constitucionais que orientam às ciências criminais.

A partir da verificação de julgados que não houve o reconhecimento da inconstitucionalidade e dos votos já publicados na ADI que questiona a constitucionalidade do tipo penal, não se vislumbra a declaração da inconstitucionalidade do tipo penal de obstrução de justiça, cabendo então aos Tribunais Superiores a delimitação de seu conteúdo por meio da jurisprudência.

Afirma-se então que devem os ministros do STF e STJ, bem como aos pesquisadores, realizarem interpretação conforme à Constituição, devendo se atentar aos problemas práticos apresentados, se atendo aos critérios estabelecidos pelos princípios da legalidade, ofensividade e direito de não-autoincriminação, a que está vinculado, princípios esses que são orientadores de um modelo garantista, apto a controlar o poder estatal, bem como as razões de ser estabelecidas na Convenção de Palermo.

REFERÊNCIAS

APRESENTADA nova denúncia por fatos apurados na Operação Quadro Negro. **Website do Ministério Público do Estado do Paraná**. Publicado em: 10/04/2019. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Noticia/Apresentada-nova-denuncia-por-fatos-apurados-na-Operacao-Quadro-Negro> Acesso em: 25 fev. 2023.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219680/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5147764/mod_resource/content/1/Alessandro%20Baratta.%20Princ%C3%ADpios%20do%20direito%20penal%20m%C3%ADnimo..pdf . Acesso em 01 jun. 2022.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Lei n.º 11.690/08, n.º 11.719/08 e n.º 11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Os direitos fundamentais em Ferrajoli: limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito. *In*: VIANNA, Túlio Lima; MACHADO, Felipe (Coord.). **Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROS, Vinícius Monteiro de. **O conteúdo lógico do princípio da inocência: uma proposição crítica elementar aos procedimentos penais na democracia**. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.

BARROSO; Luis Roberto; CAVALI, Marcelo Costenaro. O direito à não autoincriminação: conteúdo e limites na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: Espiñera, Bruno; Colavolpe, Luís Eduardo; Mattos Filho, Maurício. **A prova e o processo penal constitucionalizado**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2022.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar R.; BUSATO, Paulo C. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227064/> . Acesso em: 12 dez. 2022.

BOTTINO, Thiago. **A doutrina brasileira do direito ao silêncio** – O STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/iab-na-imprensa/artigo-1>. Acesso em: 12 fev. 2023

BRANDÃO, Claudio. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO). **Parecer sobre o Projeto de lei n.º 6.578, de 2009 (PLS 150/2006)**, que dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências. Relator: Deputado João Campos (PSDB-GO). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=825569. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO). **Voto em separado do deputado Delegado Waldir (PSDB-GO)** no Parecer sobre o Projeto de lei n.º 6.578, de 2009 (PLS 150/2006), que dispõe sobre as organizações criminosas, os meios de obtenção da prova, o procedimento criminal e dá outras providências. Relator: Deputado João Campos (PSDB-GO). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=851664 Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto legislativo n.º 231, de 2003**. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-norma-pl.html#:~:text=EMENTA%3A%20Submete%20%C3%A0%20considera%C3%A7%C3%A3o%20do,Pessoas%2C%20em%20Especial%20Mulheres%20e> Acesso em: 22 jun 2022

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer elaborado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre as Emendas nos 25 a 36** – PLEN ao Projeto de Lei do Senado n.º 150, de 2006, que dispõe sobre a repressão

ao crime organizado e dá outras providências. Relator: Senador Aloizio Mercadante. 07 nov. 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809833&ts=1630430507471&disposition=inline>. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Parecer de n.º 264 sobre o projeto de lei do Senado n.º 150, de 2006**, que dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências. Autora: Sem. Serys Slhessarenko. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809842&ts=1630430507518&disposition=inline>. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 150/2006**. Dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências. Autora Serys Slhessarenko. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1338?sequencia=67>. Acesso em: 22 jun 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n.º 1.302.303 – RJ. Relator Min. Antônio Saldanha Palheiro. Julgamento: 14 ago. 2019. Órgão Julgador: 6ª turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 ago. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=97272098&tipo_documento=documento&num_registro=201801289583&data=20190815&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n.º 1.683.068 – MS. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Julgamento: 06 out. 2020. Órgão Julgador: 6ª turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 out. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1987736&num_registro=202000705419&data=20201013&peticao_numero=202000527050&formato=PDF. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 1.817.416 / SC. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento: 03 ago. 2021. Órgão Julgador: 5ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201901593661. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 102.117. Relator: Min. Joel Ilan Parcionick. Julgamento: 28 mai. 2019. Órgão Julgador: 5ª turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 07 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.567. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 16 jun. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5024825>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.749. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 09 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1438483>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4.720. Relator: Min. Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22 ago. 2021. Órgão Julgador: 2ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 02 dez. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal n.º 0900389-20.2018.8.12.0001. Relator: Relator em substituição legal – Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. Julgamento: 07 nov. 2019. Órgão Julgador: 1ª câmara criminal. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=942677&cdForo=0>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. Ap. Criminal n.º 0042543-76.2016.4.01.3400. Relator: Des. Federal Néviton Guedes. Julgamento: 01 jul. 2019. Órgão Julgador: 4.^a Turma. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 1.^a região**, Brasília, DF, 16 jul. 2019. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=425437620164013400&secao=DF&nome=LUIZ%20INACIO%20LULA%20DA%20SILVA&mostrarBaixados=N>. Acesso em: 29 nov. 2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional positivo**. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COLEN, Guilherme Coelho. O princípio da legalidade penal e seus desafios. *In: Ciências criminais: estudos em homenagem ao professor Guilherme José Ferreira Silva*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2015.

COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia: marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir do *principia iuris*. *In: VIANNA, Túlio Lima; MACHADO, Felipe (Coord.). Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. **Empório do Direito**. São Paulo, 23 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais> . Acesso em 20 fev. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587> . Acesso em: 15 out. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. *In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Orgs.). Escritos do Professor Jacinto Nelson de Miranda I*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2020.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

EMBARAÇAR. *In: Dicio - Dicionário online de português*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/embaracar/> Acesso em: 27 fev. 2023.

EMBARAÇAR. *In: Dicionário Caldas Aulete digital*. Disponível em: <https://aulete.com.br/embara%C3%A7ar> Acesso em: 27 fev. 2023.

EMBARAÇAR. *In: Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#7. Acesso em: 27 fev. 2023.

EMBARAÇAR. *In: Michaelis moderno dicionário da língua portuguesa*. Melhoramentos, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

EMBARAÇAR. *In: Dicionário priberam*. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/embara%C3%A7ar> Acesso em: 27 fev. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Dos Concepciones de los Principios: una respuesta a Juan Ruiz Manero. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 36, p. 559-570, nov. 2013. ISSN 2386-4702. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2013-n36-dos-concepciones-de-los-principios-una-respuesta-a-juan-ruiz-manero>. Acesso em: 24 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. O garantismo e a esquerda. *In: VIANNA, Túlio Lima; MACHADO, Felipe (Coord.). Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. **O crime de obstrução de justiça**: alcances e limites. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

FLORES, Andrea. Capítulo I: da organização criminosa. *In: FLORES, Andrea et al. Comentários à Lei do Crime Organizado*. Organização de Rejane Alves de Arruda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 12. ed. Belo Horizonte: D'Placido. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 29 nov. 2022.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. **Antinormatividade e crime organizado**: crítica da definição da matéria da proibição e o requisito da taxatividade nas organizações criminosas. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GomesCS_1.pdf . Acesso em: 09 dez. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. **Rede de ensino LFG**. Publicado em: jan. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacaosignificado- conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 15 nov. 2021.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da convenção de Palermo**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. **Revistas da EMERJ**, v. 10, n. 39, 2007. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf . Acesso em: 12 fev. 2023.

IMPEDIR. *In*: DICIO, **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

IPPOLITO, Dario. Itinerário do garantismo. **Revista Videre**. Dourados (MS), 3(6), p. 53–67, 2013. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/2256>. Acesso em: 22 out. 2022.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo: Unisinos. v. 3. nº. 1, (jan.- jun.), p. 34-41. 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2006.

MACHADO, Felipe. Entre Ferrajoli e Schmitt: do decisionismo ao garantismo. *In*: VIANNA, Túlio Lima; MACHADO, Felipe (Coord.). **Garantismo Penal no Brasil**: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MACHADO, Gabriel Mendes. **Do inquérito ao processo**: uma crítica democrática à investigação penal segundo a consciência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio *nemo tenetur se detegere* no estado democrático de direito. **Revista dos Tribunais Online**. São Paulo, vol. 941/2014, p. 145, mar. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/15490612/PRINC%C3%8DPIO_NEMO_TENETUR_SE_DETEGERE_NO_ESTADO_DEMOOCR%C3%81TICO_DE_DIREITO Acesso em: 20 fev. 2022.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millunium, 2002.

MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova. **O princípio da legalidade penal** - proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530993054/> . Acesso em: 12 dez. 2022.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**. Barueri: Editora Atlas, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** - aspectos gerais e mecanismos legais. Grupo GEN, 2020. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025644/>. Acesso em: 13 dez. 2022.

MENESCAL, Cinthia. Mas, afinal, o que é obstrução de justiça? **Empório do Direito**, 22 maio 2017. Disponível em: <https://www.emporiiododireito.com.br/leitura/mas-afinal-o-que-e-obstrucao-de-justica-1508244302>. Acesso em 28 nov. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender o garantismo penal de Ferrajoli. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 24 out. 2022.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. **Revista de Processo (REPRO)**, São Paulo, v. 246, ago. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.07.PDF. Acesso em 20 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado**. Nova York, 15 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

PLENÁRIO declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Por decisão majoritária, os ministros julgaram a medida referente ao interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, incompatível com a Constituição Federal de 1988. **Website do Supremo Tribunal Federal**. Publicado em 14 jun. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>. Acesso em: 29 nov. 2022.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” *Made in Brazil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte (MG), ano 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019.

PINHO, Ana Claudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo Penal Autoritário *versus* Processo Penal Garantista: dois antípodas, uma escolha. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUS, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: v.1**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

PORCIÚNCULA, José Carlos. Reflexão crítica: obstrução de investigação de organização criminosa. **Jota**, 02 out. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/reflexao-critica-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa-02102016>. Acesso em: 28 nov.2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume único. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e as suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro G. de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 102–126, 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/30097>. Acesso em: 29 out. 2022.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALEMA, Gabriel de Souza. **Tutela penal e direitos fundamentais**: da necessária limitação da expansão punitiva. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GabrielDeSouzaSalema_29730_Textocompleto.pdf. Acesso em 18 fev. 2023.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCARANCE, Antônio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1944.

TORTIMA, Fernanda. O limite ao direito investigado de destruir provas que o incriminem. *In*: ESPÍÑERA, Bruno; COLAVOLPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício. **A prova e o processo penal constitucionalizado**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2022.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1987.

VILELA, Leonardo Marques. **Análise crítica da definição de organização criminosa na Lei 12.850/13**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VilelaLM_1.pdf . Acesso em 04 dez. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. 5. ed. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZONTA, Ivan Navarro. **O crime de obstrução de justiça: problemas do tipo penal do crime de embaraço a investigação que envolve organização criminosa**. Migalhas. 8 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363418/crime-de-obstrucao-de-justica> Acesso em: 01 jun 22.

ZONTA, Ivan Navarro. **Obstrução de justiça: análise do crime à luz do direito de defesa**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2022. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/76309>. Acesso em 28 nov. 2022.