

# Reflexões sobre o crime de impedir ou embaraçar investigação de organização criminosa

Claudio Bidino e Bruno Fernandes Carvalho

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo tecer algumas considerações sobre o crime de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa, tipificado no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013.

A Lei 12.850/2013 promoveu substanciais alterações no sistema de justiça criminal brasileiro, especialmente: (i) ao introduzir no ordenamento jurídico pátrio o tipo penal de organização criminosa e outros tipos penais conexos; (ii) ao disciplinar, com detalhes, o instituto da colaboração premiada e, assim, acabar estimulando a sua utilização em maior escala; bem como (iii) ao estabelecer as diretrizes para o uso de novos meios de obtenção de prova altamente invasivos, tais como a ação controlada e a infiltração de agentes policiais em atividades de investigação.

Como era de se esperar, alguns autores já se detiveram a comentar as inovações trazidas pela Lei 12.850/2013. No entanto, o que se percebe é que determinados temas vêm sendo prestigiados em detrimento de outros. Enquanto o instituto da colaboração premiada – por exemplo, e que está sendo inclusive bastante empregado no âmbito da polêmica “Operação Lava-Jato” – vem sendo alvo de intensa reflexão e de acirrados debates, o recém-inserido tipo penal que criminaliza a conduta de quem impede ou embaraça investigação de infração penal que envolva organização criminosa vem sendo abordado, no mais das vezes, *en passant*, de forma quase protocolar.

Diante desse cenário, o que se almeja com o presente trabalho é, antes de mais nada, chamar a atenção para o crime tipificado no artigo 2º, §1º, da Lei 12.850/2013, e para alguns desafios que ele provoca à comunidade jurídica.

## 2. O artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013

O § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 estabelece que o indivíduo que “*impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*” incorre na mesma pena prevista no *caput* para aquele que promove, constitui, financia ou integra organização criminosa, a saber, reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos, e multa.

Como se observa, esse dispositivo corporifica uma hipótese do que a doutrina classifica como tipo penal alternativo misto, que nada mais é do que um tipo penal que, malgrado disponha na sua redação de mais de um comportamento ou núcleo verbal, se basta com a ocorrência de apenas um deles para fins de consumação.

Quer dizer, à luz da estrutura típica adotada pelo legislador brasileiro no § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, responderá penalmente pelo cometimento desse delito tanto o sujeito que praticar uma ação dolosa que impeça a investigação de um crime que envolva uma organização criminosa, quanto o agente que praticar um comportamento doloso que a embarace de qualquer outra forma.

Antes de se passar à análise de cada um dos núcleos verbais que integram o § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, pedindo vênua

desde já aos autores que pensam de outra forma,<sup>(1)</sup> cumpre esclarecer que não se pode reputar típica a conduta do agente que se volta a impedir ou a embaraçar uma *ação penal* que versa sobre crimes que envolvam organização criminosa, simplesmente, porque o termo “*investigação*” empregado pelo legislador no referido dispositivo legal não comporta uma interpretação tão elástica, capaz de abarcar a fase judicial.

Não se pode olvidar que o legislador brasileiro sabe perfeitamente a diferença existente entre uma *investigação* e um *processo judicial*. Tanto é assim que, ao criminalizar a conduta de denúncia caluniosa (art. 339 do CP), o legislador fez referência expressa aos dois termos no respectivo tipo penal. Confira-se: “*Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente*”.

## 3. O crime de impedir investigação de infração penal que envolva organização criminosa

Com relação ao primeiro núcleo verbal contido no § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 (impedir a investigação de crime que envolva organização criminosa), a sua análise dogmática não enfrenta maiores percalços.

Tem-se, assim, que a infração penal estará consumada quando alguém dolosamente *obstar o início* de uma investigação de um delito que envolva organização criminosa ou quando alguém *fizer cessar a continuidade* de uma investigação que já se encontrava em andamento.

Prevalece na doutrina o entendimento de que o crime de impedir investigação de organização criminosa é um delito material, que somente se configura quando a investigação é efetivamente inviabilizada pelo ato do agente.<sup>(2)</sup>

Coerentemente, a doutrina majoritária considera possível a ocorrência da modalidade tentada deste delito.<sup>(3)</sup>

Há, porém, autores que afirmam que não se admite a modalidade tentada deste delito, por vislumbrarem que o núcleo verbal contido na segunda parte, do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 (embaraçar, de qualquer forma, investigação de crime que envolva organização criminosa) consistiria justamente na tentativa do verbo “*impedir*”, isto é, “*o agente que tenta impedir, mas não consegue por motivos alheios à sua vontade, causa, por si só, um embaraço na investigação criminal*”.<sup>(4)</sup>

Parece-nos, contudo, que não há razão para se acompanhar esse posicionamento, eis que, ainda que se parta para uma interpretação ampla do núcleo verbal “*embaraçar*”, não se pode descartar, de plano, a possibilidade de que alguém tente impedir o início ou a continuidade de uma investigação que recaia sobre crimes praticados por organização criminosa, que não consiga fazer isso por circunstâncias alheias à sua vontade e que, mesmo assim, não cause embaraço algum à investigação.

#### 4. O crime de embarçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa

Se é certo que o núcleo verbal que consta na primeira parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, a nosso juízo, não oferece maiores obstáculos à sua análise dogmática, o mesmo não pode ser dito acerca do núcleo verbal expresso na segunda parte do mesmo dispositivo legal (“*Nas mesmas penas incorre quem [...], de qualquer forma, embarça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”), o qual desperta significativas controvérsias doutrinárias.

Na realidade, muitas das controvérsias que guardam pertinência com o núcleo verbal inculcado na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 decorrem da má opção do legislador brasileiro pela utilização de um verbo que não possui um significado claro, preciso e determinado.

Afinal, o que seria “embarçar” uma investigação?

**Guilherme de Souza Nucci**, incorrendo em certa contradição, ao passo em que alude que o termo “embarçar” é sinônimo do termo “impedir”, procura, ainda assim, extrair uma distinção entre ambos os vocábulos. Argumenta o professor da PUC-SP: “*Na realidade, os termos são sinônimos, mas se pode extrair, na essência, a seguinte diferença: impedir é mais forte e provoca cessação; embarçar é menos intenso, significando causar dificuldade*”.<sup>(5)</sup>

Também **César Roberto Bittencourt** e **Paulo César Busato**, a nosso ver, não conseguem estabelecer uma definição fechada do que se deveria entender por “embarçar uma investigação”. Isso porque, ao mesmo tempo em que fazem menção a uma série de verbos, com significados distintos e escalonados, que vão desde uma mera perturbação até uma efetiva obstrução, os referidos juristas acabam por equiparar a conduta de “embarçar” à conduta de “dificultar”, *in verbis*: “*embarçar significa obstar, estorvar, dificultar, tumultuar, confundir, perturbar ou atrapalhar investigação criminal. Dito de outra forma, dificultar é criar embarços e vice-versa*”.<sup>(6)</sup>

Em virtude das incertezas que pairam sobre o significado do termo “embarçar” no contexto em que foi empregado pelo nosso legislador, que dificulta sobremaneira que se identifique o real âmbito de aplicação da norma penal, não seria um exagero questionar se a segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 padece de inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Como se sabe, para que o princípio da legalidade seja plenamente observado, não é suficiente que se esteja diante de uma lei formal que classifique um comportamento como sendo criminoso. É preciso mais. Afigura-se necessário que esse comportamento esteja descrito em uma norma legal de maneira clara e precisa, que possibilite que os cidadãos saibam quais concretas condutas são penalmente proibidas. Fala-se, assim, na doutrina penal, de uma vertente formal e de uma vertente material do princípio constitucional da legalidade.

Sobre a vertente material do princípio da legalidade, vale trazer a lume as pertinentes palavras dos penalistas espanhóis **Muñoz Conde** e **García Arán**: “*La garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al legislador no es una exigencia meramente formalista – aunque el Tribunal Constitucional la denomine «garantía formal» – sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuáles son las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible*”.<sup>(7)</sup>

Insta acrescentar que, mesmo em países como os Estados Unidos da América, que adotam um sistema jurídico diverso do brasileiro, extrai-se da carta constitucional, mais especificamente do princípio do devido processo legal, a exigência de que as leis penais devem

ser revestidas de clareza e de precisão. Aliás, a Suprema Corte norte-americana já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, destacando, inclusive, as duas principais razões pelas quais o caráter vago de uma lei penal pode acabar por torná-la inválida: “*Vagueness may invalidate a criminal law for either of two independent reasons. First, it may fail to provide the kind of notice that will enable ordinary people to understand what conduct it prohibits; second, it may authorize or even encourage arbitrary and discriminatory enforcement*”.<sup>(8)</sup>

*In casu*, ao empregar um núcleo verbal impreciso na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, o legislador brasileiro não apenas criou entraves para que os cidadãos comuns e os próprios operadores de direito consigam descortinar, com a precisão e a clareza exigidas pelo princípio da legalidade, quais condutas são penalmente proibidas e quais resultados são tipicamente exigidos para fins de consumação, como também outorgou aos órgãos de persecução penal um poder desmedido e irrazoável, que pode dar margem a arbitrariedades e que pode se voltar, na prática, contra qualquer um que venha a contrariar os interesses de órgão estatais que estejam a investigar a possível prática de crimes no contexto de alegadas organizações criminosas.

A par disso tudo, verifica-se também que alguns doutrinadores têm conferido uma interpretação demasiadamente ampla ao tipo penal inculcado na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013; interpretação esta que tem atribuído, ainda que inadvertidamente, aos órgãos de persecução penal, um poder ainda maior e ainda mais discricionário no exercício de suas atividades investigativas.

Nesse passo, alguns doutrinadores têm defendido que o crime de embarçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa configuraria uma hipótese de “*crime formal*”, que se consumaria independentemente de se acarretar ou não a interrupção de uma investigação.<sup>(9)</sup> Ademais, outros penalistas têm proclamado ainda que não se afiguraria cabível a modalidade tentada desse delito, seja porque o perspectivam como um “*crime de atentado*”,<sup>(10)</sup> seja porque o consideram como um “*crime de mera conduta*”.<sup>(11)</sup>

Não nos parece, entretanto, que tais compreensões sejam dogmaticamente corretas, tampouco constitucionalmente legítimas.

A partir da distinção proposta pelo penalista conimbricense **Jorge de Figueiredo Dias**, segundo a qual o crime de resultado (ou material) se diferencia do crime de mera conduta (ou formal) porquanto a sua consumação não se efetiva com a simples prática de uma ação, mas antes pressupõe que a atividade do agente produza um evento, isto é, uma “*alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta*”,<sup>(12)</sup> parece-nos inescapável a conclusão de que o crime de embarçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa constitui, sim, uma hipótese clara de crime de resultado (ou material).

Com efeito, muito embora, de fato, a interrupção da investigação seja prescindível para fins de consumação, conforme alerta parte da doutrina, não deixa de ser necessário que se verifique no caso concreto a produção de um outro evento, qual seja, o embarço da investigação (o que quer que se entenda por essa expressão).

É válido reparar que, à semelhança do que ocorre com o tipo penal de homicídio doloso, que é classificado por toda a doutrina como um crime material (ou de resultado), o tipo penal de embarço à investigação de infração penal que envolva organização criminosa também foi construído pelo legislador brasileiro prestigiando-se o resultado, sem especificar sequer qual conduta pode levar a ele. O crime de homicídio doloso, como é sabido, se consuma quando alguém é efetivamente morto (resultado tipicamente exigido), em decorrência da prática de um comportamento doloso de alguém nesse sentido. Da mesma forma, o crime previsto na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, pela sua estrutura típica análoga, somente se consuma quando uma investigação é efetivamente embarçada

(resultado tipicamente exigido), por conta de um comportamento doloso de alguém dirigido a essa finalidade.

Já no que diz respeito à controvérsia existente na doutrina sobre o cabimento da modalidade tentada desta espécie delitiva, entendemos que não há razão para negá-lo, eis que, ainda que a tentativa possa ser de difícil ocorrência na prática, tal como sustentam alguns autores, independentemente da interpretação que se pretenda conferir ao vocábulo “*embaraçar*”, afigura-se, em princípio, plenamente possível que alguém venha a praticar uma conduta voltada a embaraçar uma investigação de infração penal que envolva organização criminosa, mas não consiga, ao final, embaraçá-la por circunstâncias alheias à sua vontade.

Imagine-se, aqui, a hipótese de uma funcionária pública que envia uma correspondência contendo uma série de informações que sabe serem falsas em resposta a um ofício que lhe foi dirigido pela Polícia Federal, com questionamentos sobre o paradeiro do seu superior hierárquico, que está sendo investigado pela suposta prática de crimes de corrupção passiva no seio de uma organização criminosa. Caso se confira ao verbo “*embaraçar*” o sentido de “*perturbar*” ou “*dificultar*” uma investigação, tal como faz parte da doutrina, a conduta dessa servidora pública se amoldaria perfeitamente àquela prevista na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013. Contudo, ainda nessa hipótese, caso a autoridade policial conseguisse descobrir o paradeiro do superior hierárquico antes de receber a resposta da referida funcionária com as informações falsas, por exemplo, encontrando-o pessoalmente, estar-se-ia inequivocamente diante da modalidade tentada desse delito, porque a investigação não chegou a ser embaraçada em momento algum, por circunstâncias absolutamente alheias à vontade da agente pública.

Finalmente, antes de se passar à conclusão deste singelo estudo, deve-se ter em mente que interpretações abrangentes do tipo penal inculcado na segunda parte do § 1º, do artigo 2º, da Lei 12.850/2013 – tais como a que considera que a consumação desse crime não depende da produção de qualquer resultado ou mesmo a que reputa que a consumação se dá com a provocação de uma perturbação qualquer à investigação – podem acabar suscitando, a nosso ver, outros questionamentos acerca da sua constitucionalidade, tendo em vista que o princípio constitucional da proporcionalidade parece não permitir que se atribua a alguém que praticou, por exemplo, uma conduta que não causou qualquer prejuízo ou que causou meros transtornos a uma investigação a mesma elevada pena prevista para quem promove, constitui, financia ou integra uma organização criminosa.

## 5. Considerações finais

Em tempos de “Operação Lava-Jato”, em que os órgãos de persecução penal contam com amplo e irrestrito apoio popular para fazerem o que julgarem necessário na declarada guerra à criminalidade de colarinho branco, em que importantes garantias constitucionais até então tidas como inabaláveis vêm sendo relativizadas pelo Poder Judiciário em prol da ideia de combate à impunidade e em que os advogados vêm sendo hostilizados nas ruas e muitas vezes criminalizados simplesmente por exercerem o seu *munus defensivum* com o vigor que lhes é demandado pela própria Constituição Federal (no âmbito de um fenômeno mais complexo que vem sendo denominado pela doutrina de *criminalização da advocacia penal*),<sup>(13)</sup> mister se faz dar a devida atenção ao tipo de incriminação previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 e aos particulares riscos a que ele expõe os investigados e os seus defensores.

Com uma redação imprecisa, que ainda vem sendo interpretada por parte da doutrina com uma expansão que não parece ser condizente com os ditames dogmáticos e constitucionais, o artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 vem permitindo, na prática, que os órgãos de persecução penal se sintam à vontade para classificarem como

suspeitas ou ilícitas condutas de investigados e de seus patronos que consubstanciam, na realidade, o genuíno exercício de garantias fundamentais.

Naturalmente, uma situação como essa compromete – e muito – os direitos dos investigados à ampla defesa e à paridade de armas, desde logo, porque os advogados atuarão sempre preocupados não apenas com as vulnerabilidades jurídicas dos seus constituídos, mas com as suas próprias.

Diante dessa conjuntura, parece-nos que a busca por uma solução para os desafios que se põem passa necessariamente pelo respeito máximo às garantias constitucionais. Não se pode esquecer, por exemplo, que um investigado não cometerá o crime de causar embaraço à investigação se faltar com a verdade no seu interrogatório policial, pois essa conduta está acobertada pela garantia fundamental “*nemo tenetur se detegere*”, extraída do artigo 5º, LXIII, da CF; assim como também não se pode esquecer que dois investigados têm o direito de serem defendidos pelo mesmo advogado, por força da garantia constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), sem que se possa aventar a prática do crime de embaraço à investigação (aludindo-se a uma eventual combinação de versões defensivas).

Em suma, ainda que se possa ter alguma dúvida acerca do real âmbito de aplicação da norma incriminadora contida no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, uma coisa é certa e convém ser sempre lembrada, apesar da sua obviedade: cumprir a Constituição Federal jamais pode configurar a prática do crime de impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

## Notas

- (1) MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 273.
- (2) Nesse sentido: MASSON; MARÇAL, op. cit. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 28. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 496. HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. Tomo II. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 30-31.
- (3) Nesse sentido: NUCCI, op. cit., p. 28. MASSON; MARÇAL, op. cit., p. 273. BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cesar. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94.
- (4) HABIB, op. cit., p. 30-31.
- (5) NUCCI, op. cit., p. 28.
- (6) BITTENCOURT; BUSATO, op. cit., p. 84.
- (7) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 103.
- (8) *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999) apud STUNTZ, William J.; HOFFMAN, Joseph, L. *Defining crimes*. 2nd. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 42.
- (9) Nesse sentido: LIMA, op. cit., p. 496. MASSON; MARÇAL, op. cit., p. 273.
- (10) HABIB, op. cit., p. 30-31.
- (11) BITTENCOURT, op. cit. p. 94.
- (12) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral* (Tomo I). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 306.
- (13) BIDINO, Claudio. A criminalização da advocacia penal e o projeto de lei do Senado 500/2015. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 82, mai. 2016.

**Claudio Bidino**

Mestre em Criminologia e Justiça Criminal  
pela Universidade de Oxford.

Mestre em Direito Penal e Pós-Graduado em Direito Penal  
Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra.  
Advogado.

**Bruno Fernandes Carvalho**

Mestrando em Direito Penal e Especialista em Direito Penal e  
Compliance pela Universidade de Coimbra.  
Advogado.