



Michel Temer não cometeu o crime de obstrução à investigação

Na última quinta-feira (18/5), o eminente ministro Luiz Edson Fachin, relator da Operação Lava Jato no âmbito do Supremo Tribunal Federal, autorizou a abertura de inquérito para investigar o Presidente da República Michel Temer pela hipotética prática de delitos narrados pelo empresário Joesley Batista em acordo de colaboração premiada. Segundo informações disponíveis até o presente momento, o referido empresário teria, inclusive, entregue gravações que supostamente comprovariam a reponsabilidade de Temer nos crimes reportados. Até onde se sabe, numa dessas gravações, Joesley Batista teria confessado a Temer a compra do silêncio do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, bem como do doleiro Lúcio Funaro, por meio da oferta de uma quantia mensal para ambos. Logo após tal revelação, ao que parece, o Presidente da República teria dito “tem que manter isso, viu?”. Pois bem. Diante de tais fatos, indaga-se: responderia o Presidente da República por um delito de obstrução de investigação de organização criminosa (artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/13)?

Antes de oferecermos uma resposta adequada a tal questão é preciso recordar que não há salvação, não há porto seguro fora da dogmática jurídico-penal^[2]. Sim, pois, como já em 1976 observava Gimbernat Ordeig, é justamente a dogmática que torna possível uma aplicação certa e calculável do Direito Penal, subtraindo-o da irracionalidade, da arbitrariedade ou mesmo do improviso. “Quanto menos desenvolvida esteja a dogmática”, afirmava categoricamente Gimbernat Ordeig, “mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontrolláveis a condenação ou absolvição&rdquo.

Feita tal observação, passemos propriamente ao trabalho dogmático. Vamos admitir *ad argumentandum tantum* que, realmente, o empresário Joesley Batista estivesse cometendo o delito de obstrução de investigação de organização criminosa, por meio da compra do silêncio de potenciais delatores, quais sejam, o ex-presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha e o doleiro Lúcio Funaro. Vamos admitir ainda, apenas para argumentar, que o Presidente Michel Temer tivesse «aprovado» a conduta do empresário Joesley Batista por meio da expressão “tem que manter isso, viu?”. Pergunta-se: seria ele também responsável por um suposto delito de obstrução de investigação de organização criminosa? Entendemos que não, pelas razões a seguir expostas.

Obstrução de investigação de organização criminosa por meio de cumplicidade psíquica?

Parte-se aqui da teoria do domínio do fato (*Tatherrschaftslehre*)^[4]. Como se sabe, nos delitos de domínio (*Herrschaftsdelikt*)^[5], autor é aquele que possui o domínio do fato, é dizer, aquele que na realização do tipo penal aparece como figura central do acontecimento em razão de sua influência determinante ou decisiva.

Há três formas de domínio do fato: a) o domínio da ação (*Handlungsherrschaft*), que caracteriza a autoria imediata^[7]; b) o domínio da vontade (*Willensherrschaft*), que se manifesta na autoria mediata^[8]; c) e, finalmente, o domínio funcional do fato (*funktionale Tatherrschaft*), que constitui a essência da coautoria.

Pois bem. Se o autor representa, como vimos, o personagem central do acontecer típico, o partícipe simboliza, por sua vez, uma figura marginal, que somente contribui para o fato de forma secundária^[10].



A participação é um conceito secundário na medida em que pressupõe que a intervenção não tenha se realizado na forma de autoria. Em outras palavras: antes de classificar a colaboração de um interveniente como participação é preciso descartar a aplicação a tal situação do conceito (primário) de autoria[11]. Mas é importante observar, como faz Roxin, que “a caracterização da participação como um conceito secundário não implica a afirmação de que toda colaboração não constitutiva de autoria seja *eo ipso* participação”, já que tal colaboração “pode ser também impune, por ausência de um fato principal doloso ou de um ataque autônomo ao bem jurídico”.

Muito bem. Partindo-se desse critério reitor pode-se sustentar que o empresário Joesley Batista foi o autor do suposto delito de obstrução de investigação de organização criminosa (art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13). De fato, era ele que estava comprando, por meio de pagamentos mensais, o silêncio de dois potenciais delatores; era ele, portanto, que estava embaraçando a investigação de organização criminosa; era ele, enfim, o senhor do fato, a figura central do acontecer típico.

Não se vislumbra, no presente caso, pessoas que, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuíram para a sua realização com um ato relevante. Tal constatação descarta a hipótese de domínio funcional do fato, é dizer, exclui qualquer possibilidade de que o Presidente pudesse figurar como coautor do delito de obstrução. *Nota bene*: o empresário Joesley Batista simplesmente **revelou** a Michel Temer que estava comprando mensalmente o silêncio de dois potenciais delatores, ao que o Presidente somente teria afirmado “tem que manter isso, viu?”.

E nem se diga, como se costuma veicular irresponsavelmente e sem qualquer conhecimento científico sobre o tema, que por se tratar de um presidente da República poder-se-ia falar aqui de um domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder. Isso porque tal critério somente se aplica àquelas hipóteses em que o chefe de uma organização criminosa completamente apartada do sistema jurídico (a exemplo de organizações criminosas de tipo mafioso, organizações terroristas e ditaduras) emite uma ordem cujo cumprimento é deixado a cargo de executores fungíveis, que funcionam como verdadeiras engrenagens de uma estrutura automatizada. Ora, não é preciso nenhum *sacrificium intellectus* para perceber que no caso *sub examine* nem se verifica a existência de qualquer ordem por parte do Presidente da República (ele foi apenas comunicado da compra mensal do silêncio de potenciais delatores), nem se poderia constatar razoavelmente a existência de uma organização criminosa com aquelas características elencadas.

Como se vê, a hipotética colaboração do Presidente Michel Temer (por meio da afirmação “tem que manter isso aí, viu?”) aparece simplesmente como algo secundário ou marginal. Resta, portanto, a seguinte pergunta: poderia essa suposta colaboração secundária configurar participação no delito de obstrução de investigação de organização criminosa?

Antes de oferecermos uma resposta a tal questão, façamos algumas observações preliminares. De acordo com a concepção desenvolvida por Roxin, o injusto da participação deriva, em parte, do injusto do autor, mas é também, em parte, independente e autônomo[13]. Por um lado, o injusto da participação deriva do injusto do autor, na medida em que lhe é acessório. Por outro, o injusto da participação é independente do injusto do autor, na medida em que *a colaboração com o fato do autor somente pode ser imputada a título de participação se a mesma representa um ataque autônomo ao bem jurídico protegido pelo tipo penal*[14]. E, já antecipando o resultado de nossa análise, parece-nos que falta, na suposta colaboração do



Presidente Temer com o fato do autor (obstrução de investigação de organização criminosa), qualquer ataque autônomo ao bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão. Senão vejamos. Como se sabe, a participação pode se apresentar sob duas formas: a) indução ou instigação e b) cumplicidade ou cooperação. A indução ou instigação consiste em determinar ao autor a prática de um fato[15]. Por sua vez, a cumplicidade ou cooperação consiste na prestação dolosa de ajuda material ou psíquica para a realização do fato tipicamente antijurídico e doloso do autor[16]. De forma mais detalhada, pode-se dizer que a cumplicidade ou cooperação consiste numa “ação de aumentar o risco, causal para o resultado típico e juridicamente desaprovada”[17].

Pois bem. Dentro das hipóteses de cooperação psíquica, alguns grupos de casos podem ser claramente distinguidos: a) casos de «assessoramento técnico», nos quais o autor recebe conselhos que facilitam a realização do fato; b) casos nos quais se proporciona um motivo adicional ao autor para a realização do fato; c) casos nos quais se verifica uma simples solidarização com o autor ou mesmo a manifestação de aprovação ou simpatia com seu ato.

Enquanto nos grupos (a) e (b) admite-se tranquilamente a existência de uma cumplicidade psíquica, pois neles pode-se verificar com certa facilidade um aumento do risco de produção do resultado, o mesmo não pode ser dito em relação ao grupo (c)[18]. Como perceptível *in actu oculi*, a suposta colaboração do Presidente Temer enquadra-se justamente no grupo (c): tratar-se-ia de uma simples manifestação de aprovação do ato do autor (Joesley Batista), que em nada aumentou o risco de produção do resultado. Insista-se: o empresário Joesley Batista comunicou ao Presidente Temer que estava comprando o silêncio de potenciais delatores, ao que o Presidente teria meramente dito: “tem que manter isso, viu?”.

Parece mesmo que tinha razão o antigo filósofo jesuíta Kaspar Knittel, quando, já em 1687, proclamava: “Quem bem distingue, bem ensina a verdade. Logo, quem bem distingue, bem julga a verdade”[19].

Obstrução de investigação de organização criminosa por omissão imprópria?

Poder-se-ia ainda questionar se o Presidente Temer não seria autor de um delito de obstrução de investigação de organização criminosa por omissão imprópria[20]. Parece-nos que este também não é o caso. Senão vejamos. Dispõe o artigo 13, parágrafo 2º, do CP que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. Pois bem. Em primeiro lugar, é importante observar que o Código Penal Brasileiro adotou expressamente a teoria do dever jurídico formal[21], que provém de Feuerbach, Spangenberg e Stübel[22]. De acordo com tal teoria, o dever de agir para evitar o resultado deriva, exclusivamente, da lei, da assunção da responsabilidade e da ação precedente perigosa; essas são as fontes (formais) que originam as posições de garantidor. Embora a teoria do dever jurídico formal tenha sido abandonada pela moderna Ciência do Direito Penal em razão de sua rigidez, deve-se reconhecer que a sua grande vantagem está na **segurança jurídica**. De qualquer sorte, eventuais debates a respeito de outras teorias[23] parecem ter relevância somente *de lege ferenda* (e não *de lege lata*!), pois, insista-se, o legislador pátrio foi muito claro ao abraçar a teoria do dever jurídico formal. Muito bem. Partindo-se dessas considerações, já é possível indagar o seguinte: tinha o Presidente da República o dever de agir para evitar o resultado (obstrução de investigação de organização criminosa), levando-se



em consideração que tal dever somente se origina da lei, da assunção da responsabilidade ou de uma ação precedente perigosa? Parece-nos que não.

Começamos pelo dever de cuidado, proteção ou vigilância que pode ser imposto pela lei a um determinado sujeito. Como se sabe, tal dever de cuidado, proteção ou vigilância somente pode existir em relação a subordinados, ascendentes/ descendentes e cônjuges[24]. Ora, até seria possível (em tese!) extrair-se de uma interpretação sistemática da Constituição a noção de que o Presidente da República estaria obrigado a vigiar a conduta dos seus **subordinados**. Entretanto, seria absurdo admitir um dever de vigilância do Presidente sobre os perigos provenientes de particulares (no caso, o empresário Joesley Batista).

É certo, como observa Juarez Tavares, que o exercício de determinadas funções ou serviços públicos pode gerar uma posição de garantidor em seus ocupantes, justamente em razão da assunção de incumbências inerentes ao cargo ou à função pública[25]. Assim, diz Tavares, “os funcionários que desempenham funções nas repartições encarregadas da proteção ambiental são obrigados a controlar a observância, por parte das indústrias, dos métodos destinados a evitar ou a diminuir a contaminação do ar e das águas (...)”. Da mesma forma, continua Tavares, os agentes ou as autoridades policiais são obrigados a proteger os bens jurídicos dos particulares, garantindo-lhes, pelo menos, o respeito à vida, à integridade física, à liberdade e ao patrimônio”[26]. Nada obstante, admitir que o cargo de Presidente da República leva consigo a obrigação de evitar delitos praticados por particulares seria ir longe demais. Por fim, observe-se que não há qualquer conduta precedente perigosa praticada pelo Presidente da República da qual pudesse surgir um dever de atuar para evitar o resultado.

Observe-se, ainda, que mesmo que se pudesse cogitar de um dever de agir do Presidente da República para evitar o resultado, o que se admite apenas para argumentar, far-se-ia imprescindível a demonstração *in concreto* de que Temer realmente poderia fazê-lo. Não seria admissível partir-se da presunção de que, por se tratar do Chefe do Poder Executivo, ele poderia ter evitado o resultado (obstrução). Isso seria inadmissível!

Conclusão

Iniciamos o nosso artigo citando Gimbernat Ordeig e terminaremos nossas elucubrações em sua ilustre companhia. Há praticamente duas décadas este notável jurista espanhol já chamava a atenção para o grave problema da «surdez recíproca» entre a dogmática jurídico-penal e a jurisprudência: a ciência nem sempre se ocupa suficientemente da *praxis* e esta tampouco mostra grande interesse pelas suas construções teóricas. O que deve fazer então o jurista com formação científica para superar essa falta de cooperação, perguntava-se Gimbernat? E respondia: deve procurar estabelecer um diálogo frutífero entre tais âmbitos[27]. Essas breves considerações constituem uma singela contribuição nessa direção.

[1] É claro que a indagação refere-se somente a fatos ocorridos após o suposto «aval» do Presidente.

[2] Aqui se entende a «dogmática jurídica» como a teoria do Direito positivo de um específico sistema legal (cfr. Alexy/Dreier, *The Concept of Jurisprudence in Ratio Juris* 3, 1990, pág. 1), que consiste numa «mescla de distintas atividades» (a expressão deve-se a Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1973, p. 41), é dizer, numa «disciplina pluridimensional» (nesse sentido, Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1983



, pág. 308). Entre as tarefas executadas pela dogmática jurídica encontram-se: a) a descrição do Direito vigente (dimensão empírico-descritiva); b) a análise do Direito vigente de forma sistemática e conceitual (dimensão lógico-analítica); a elaboração de propostas para casos problemáticos (dimensão prático-normativa).

[3] Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmatica juridicopenal?* in *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, págs. 126-127.

[4] Sobre a compatibilidade de tal teoria com o Código Penal Brasileiro cfr. Greco/Teixeira, *Autoria como realização do tipo: uma introdução à idéia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no Direito Penal brasileiro* in Greco/Leite/Teixeira/Assis, *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, págs. 68 e ss.

[5] Por óbvio, o delito de obstrução de investigação de organização criminosa (art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13) classifica-se como um delito de domínio (*Herrschaftsdelikt*).

[6] Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo II, München, 2003, § 25/27; o mesmo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., Berlin, 2006, pág. 335.

[7] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 25/38 e ss.; o mesmo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 127 e ss.

[8] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 25/45 e ss.; o mesmo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 142 e ss.

[9] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 25/188 y ss.; o mesmo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 275 y ss.

[10] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pág. 268; Greco/Leite, *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal* in *Autoria como domínio do fato*, págs. 24-25.

[11] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/10.

[12] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/10.

[13] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/11.

[14] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/11; o mesmo, *Zum Strafgrund der Teilnahme* in *Stree/Wessels-FS*, Heidelberg, 1993, págs. 365 e ss.

[15] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/57 e ss.

[16] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/183.

[17] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/183.



[18] Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 26/197 e ss.

[19] Knittel, *Conciones Dominicales Academiae*, Praga, 1687, pág. 502. Sobre a relevância de tal máxima para a solução de problemas jurídicos cfr. Henkel, *Recht und Individualität*, Berlin, 1958, *passim*.

[20] É importante observar que os delitos de omissão são delitos de infração de dever (*Pflichtdelikte*), cujo critério de autoria não é, como nos delitos de domínio (*Herrschaftsdelikte*), o domínio do fato, mas sim a infração do dever de evitar o resultado. Em síntese: nos delitos de omissão, autor é aquele que viola o dever de evitar o resultado. Cfr. Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 31/140.

[21] Nesse sentido, Tavares, *Teoria dos Crimes Omissivos*, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pág. 315; Cirino dos Santos, *Direito Penal. PG*, 3ª ed., Curitiba, 2008, pág. 214; Fragoso, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1995, pág. 231.

[22] Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen, 1803, pág. 24 e ss., considerando como fontes do dever de garantidor a lei e o contrato. Posteriormente, Spangenberg, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit in Neues Archiv des Criminalrechts*, Tomo IV, 1821, pág. 539, passa a admitir também como fonte do dever de garantidor relações pessoais estreitas, a exemplo do parentesco ou do matrimônio. Por fim, Stübel, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1928, pág. 61, reconhece como fonte do dever de garantidor o atuar precedente. Sobre a evolução história da teoria formal do dever jurídico cfr. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, págs. 218 e ss.

[23] Por exemplo, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, *passim*; Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, *passim*; Freund, *Strafrecht. AT*, Berlin/Heidelberg, 1998, § 6/177 e ss.

[24] Tavares, *Teoria dos Crimes Omissivos*, pág. 320.

[25] Tavares, *Teoria dos Crimes Omissivos*, pág. 330.

[26] Tavares, *Teoria dos Crimes Omissivos*, pág. 331.

[27] Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*, Madrid, 1999, págs. 126 e ss.

Date Created

25/05/2017