

## O CRIME DE OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA

### Problemas do tipo penal do crime de embaraço a investigação que envolve organização criminosa

Ivan Navarro Zonta

Advogado sócio da Lucchesi Advocacia. Mestre em Direito pela UFPR.

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ABDConst.

O § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013 – que define organização criminosa e trata das medidas legais e infrações penais a ela relacionadas – prevê que incidirá nas mesmas penas cominadas ao crime de integrar organização criminosa (art. 2.º, *caput*) “quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (art. 2.º, § 1.º). A redação do tipo, que não define quaisquer formas específicas de condutas alcançadas pela norma incriminadora, é vaga e demasiadamente abstrata, conferindo ao intérprete um universo amplo de hipóteses e poucos parâmetros objetivos a fim de delimitar o que se enquadra no tipo penal.<sup>1</sup>

A previsão legal, até então inexistente na legislação pátria, decorre de compromisso assumido pelos países signatários da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo. A previsão determina a incriminação de (i) atos de violência, (ii) ameaças, (iii) promessas, ofertas ou concessão de benefícios indevidos, com a finalidade de (iv) assegurar testemunho falso ou (v) impedir testemunho ou apresentação de provas em processos relacionados a organizações criminosas (alínea “a” do art. 23 da Convenção), e (vi) atos de violência ou (vii) ameaças a fim de (viii) impedir o exercício da atuação de agentes policiais ou judiciais quanto a infrações relacionadas com organizações criminosas (alínea “b” do art. 23).<sup>2</sup>

No cenário atual, esse tipo penal vem sendo utilizado com frequência crescente, principalmente no contexto de grandes operações que envolvem figuras públicas e políticas do alto escalão. Alguns exemplos notórios são: (i) o recebimento, em 17 de abril de 2018, de denúncia oferecida contra o deputado federal Aécio Neves (e outros

---

<sup>1</sup> V.g.: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 61. 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. p. 32. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

<sup>2</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 146.

acusados), pela prática (dentre outros delitos) do crime de obstrução de justiça, ao alegadamente planejar anistia ao “caixa-dois” e a substituição de ministro com o intuito de obter maior controle sobre a Polícia Federal<sup>3</sup>; (ii) a análise e rejeição de denúncia, oferecida em 15 de junho de 2018, contra o senador Ciro Nogueira, o deputado federal Eduardo da Fonte e o ex-deputado Márcio Junqueira pelo crime de obstrução de justiça em decorrência de alegada tentativa de “comprar o silêncio” de um ex-assessor<sup>4</sup>; (iii) o recebimento de denúncia, em 3 de maio de 2019, e posterior absolvição sumária do ex-presidente Michel Temer e outros acusados, denunciados pela prática (afora outros fatos) do crime de obstrução de justiça ante suposto pagamento de valores a Lúcio Funaro e Eduardo Cunha a fim de impedir que firmassem acordos de colaboração premiada<sup>5</sup>; (iv) o julgamento do ex-senador Jorge Afonso “Gim” Argello e outros acusados, denunciados pela prática do crime de obstrução de justiça (dentre outros) ante atos destinados a embaraçar investigações realizadas por comissão parlamentar de inquérito relacionada aos fatos apurados na Operação “Lava Jato”<sup>6</sup>; e (v) o julgamento e a absolvição do ex-presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva, do ex-senador Delcídio do Amaral e outros réus denunciados pela prática de obstrução de justiça em vista de alegado pagamento a terceiro para que não firmasse acordo de colaboração premiada com as autoridades<sup>7</sup>.

Tal dispositivo incriminador, que incide no contexto de condutas praticadas no âmbito da persecução penal, inevitavelmente tensiona os limites do exercício do direito de defesa – nas perspectivas de autodefesa e proteção contra a autoincriminação, pelo próprio investigado/acusado, e de exercício da defesa técnica, pelo defensor –, criando a possibilidade de incriminação de comportamentos albergados no espaço protegido desse direito fundamental.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4.506/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator p/ o acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 17/04/2018. Órgão Julgador: 1.ª Turma. Publicação: DJE-183 04/09/2018.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> BRASIL. 12.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença. Ação Penal n.º 0001238-44.2018.4.01.3400. Publicação nos autos: 05/05/2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. ACR 5022179-78.2016.4.04.7000/PR. Relator: Des. Federal João Pedro Gebran Neto. Julgamento: 07/11/2017. Órgão Julgador: 8.ª Turma. Publicação: 14/11/2017.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. **O crime de obstrução de justiça**: alcance e limites do art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 14-19.

No mais, a despeito da crescente utilização do tipo como mecanismo de controle e punição, os autores que se dedicam ao estudo das leis penais e processuais penais de repressão à criminalidade organizada ainda não conferiram a esse tipo penal tratamento suficiente para resolução de todas as questões problemáticas que o dispositivo fomenta. Dentre diversas obras nacionais que abordam a Lei n.º 12.850/2013, até o momento somente uma dedica-se especificamente a esse crime<sup>9</sup>, de modo que ainda há necessidade e espaço para tratamento dogmático mais aprofundado.

Paralelamente, a jurisprudência vem se deparando com uma ampla gama de desafios práticos, cuja resolução contrapõe o combate à prática de condutas socialmente danosas e o direito de defender-se. Podem ser citados como exemplos o questionamento da própria constitucionalidade do tipo<sup>10</sup>, a vagueza das condutas incriminadas, a desproporcionalidade das penas cominadas (sob o argumento de que “não se afigura razoável punir igualmente quem participa da organização criminosa e aquele que apenas embarça sua investigação”<sup>11</sup>), o possível conflito com outros tipos penais<sup>12</sup> e os questionamentos acerca da incidência sobre condutas de investigados e advogados que estabelecem estratégias defensivas conjuntas, decidem se firmarão acordos de colaboração premiada e ocultam ou eliminam indícios da atividade criminosa.

Nessa medida, levando em conta o respeito às posições protegidas pelo direito de defesa e a necessária colocação de limites claros e estritos às normas penais incriminadoras, incumbe esmiuçar o tipo penal de obstrução de justiça, a fim de identificar quais condutas – principalmente de investigados e de defensores – poderão ser enquadradas no tipo e quais consistirão em comportamentos lícitos de indivíduos que se

---

<sup>9</sup> FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. **O crime de obstrução de justiça**: alcance e limites do art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

<sup>10</sup> A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.567 foi ajuizada em 29 de julho de 2016, pelo Partido Social Liberal (PSL), visando arguir a inconstitucionalidade material dos §§ 1.º, 6.º e 7.º do art. 2.º, e § 14 do art. 4.º, todos da Lei n.º 12.850/2013. Iniciado o julgamento em junho de 2020, o relator ministro Alexandre de Moraes votou pelo reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos questionados, acompanhando-lhe o ministro Marco Aurélio, ambos sem ressalvas quanto ao crime de obstrução de justiça. O julgamento foi interrompido após pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, não havendo novas movimentações no feito desde então (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.567. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 16/06/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ-159, 24/06/2020).

<sup>11</sup> SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

<sup>12</sup> “Revedo posição defendida anteriormente, tenho que os delitos dos arts. 329, 330, 341, 343, 344 e 347 do CP prevalecerão sobre o crime ora comentado por aplicação do princípio da especialidade, tendo em vista, também, o apenamento excessivo que resultaria da aplicação pura e simples da mesma pena da organização criminosa a tais atos.” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1265).

defendem contra o aparato de persecução penal e/ou de defensores no âmbito de investigações e ações criminais.

Uma primeira observação nesse tocante é que o delito consiste em crime acessório, de fusão ou parasitário, pois, “para sua realização, faz-se necessária a prévia consumação do crime de organização criminosa”.<sup>13</sup> Comparativamente, a imputação do delito de lavagem de dinheiro pressupõe a demonstração — embora não efetiva condenação prévia ou mesmo imputação formalizada — do delito antecedente<sup>14</sup> e a sua descrição na peça acusatória do delito parasitário.<sup>15</sup> Assim, investigação que vise a desvelar organização criminosa inexistente ou não suficientemente descrita não permitiria a imputação da prática de obstrução de justiça, visto que a moldura fática específica não estaria completa.

Ponto controverso se dá quanto às fases da persecução abrangidas pela expressão “investigação”. Alguns autores, pouco tempo depois da publicação da Lei n.º 12.850/2013, posicionaram-se pelo afastamento da incidência do tipo quanto a condutas praticadas durante a instrução processual.<sup>16</sup> Essa interpretação – alinhada à

---

<sup>13</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 105.

<sup>14</sup> “[...] Por se tratar de crime acessório, derivado ou parasitário, o crime de lavagem de dinheiro pressupõe a existência infração anterior, que constitui uma circunstância elementar do tipo de lavagem.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 378.449/PB. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento: 20/09/2018. Órgão Julgador: 5.ª Turma. Publicação: DJe 26/08/2018).

<sup>15</sup> “[...] A denúncia não descreve minimamente os fatos específicos que constituiriam os crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, limitando-se a narrar que o paciente teria dissimulado a natureza, a origem, a localização, a disposição e a movimentação de valores provenientes de crimes contra a Administração Pública. 9. Não há descrição das licitações que supostamente teriam sido fraudadas, nem os contratos que teriam sido ilícitamente modificados, nem os valores espuriamente auferidos com essas fraudes que teriam sido objeto de lavagem. 10. A rigor, não se cuida de imputação vaga ou imprecisa, mas de ausência de imputação de fatos concretos e determinados. 11. O fato de o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro dependerem do processo e julgamento dos crimes antecedentes (art. 2.º, II, da Lei n.º 9.613/98) não exonera o Ministério Público do dever de narrar em que consistiram esses crimes antecedentes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 132.179/SP. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 26/09/2017. Órgão Julgador: 2.ª Turma. Publicação: DJ-045, 09/03/2018). No mesmo sentido: “[T]endo em vista a acessoriedade material do crime de lavagem em relação à infração antecedente, esta é considerada elemento do crime do art. 1.º da Lei 9.613/1998. Assim sendo, os fatos concretos que caracterizaram a infração antecedente deverão ser descritos com todas as suas circunstâncias.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 274).

<sup>16</sup> “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. 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. p. 32). No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei do Crime Organizado**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87-88. Ainda: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.265

literalidade dos termos técnico-processuais – ainda não estava influenciada por uma tentativa de corrigir possível equívoco do legislador.

Contudo, esse posicionamento passou a encontrar forte oposição na doutrina<sup>17</sup> e na jurisprudência, visto que o STJ parece ter firmado a posição de que o crime alcança também as condutas praticadas durante a fase processual<sup>18</sup>. No STF, a Corte inicialmente seguiu o mesmo entendimento – extensão do tipo à fase judicial da persecução. Recentemente, houve recente alteração a partir de voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos ministros Nunes Marques e Ricardo Lewandowski, no sentido de que o tipo não alcança condutas praticadas na fase judicial.<sup>19</sup>

Outra questão que divide a doutrina e a jurisprudência consiste na leitura quanto à exigência de resultado material naturalístico na modalidade *embaraçar*. A maior parte da doutrina considera que essa modalidade consistiria em crime formal<sup>20</sup>, havendo alguns autores que sustentam tratar-se de delito de mera conduta<sup>21</sup>. Não se pode, porém, dispensar completamente uma relação entre a prática do crime na modalidade *embaraçar* e algum resultado material, pois a concepção do embaraço como estágio anterior ao efetivo impedimento pressupõe que o ato de embaraçar possui ao menos a capacidade de produzir resultado naturalístico. A necessária existência de risco real ao bem jurídico já foi reconhecida pela 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao

---

<sup>17</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre crime organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 19-20. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 24.

<sup>18</sup> “[...] A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 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/MG. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento: 04/10/2018. Órgão Julgador: 5.ª Turma. Publicação: DJe 19/10/2018). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 487.962/SC. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento: 28/05/2019. Órgão Julgador: 5.ª Turma. Publicação: DJe 07/07/2019; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 1.817.416/SC. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento: 03/08/2021. Órgão Julgador: 5.ª Turma. Publicação: DJe 16/08/2021.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> A título exemplificativo: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 110-111. GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo. **Organização criminosa**: comentários à Lei n.º 12.850/2013. 2. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2020. p. 61. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 26.

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

asseverar que “em se tratando de cadeia causal típica, não se pode atestar a idoneidade do meio, nem sequer para caracterização da tentativa do delito”.<sup>22</sup>

A efetiva exigência de resultado naturalístico também parece estar assentada no STJ, cuja 5.<sup>a</sup> Turma já decidiu por unanimidade que o delito de obstrução de justiça é crime material também na modalidade embaraçar, visto que “o referido verbo atrai um resultado, ou seja, uma alteração de seu objeto”.<sup>23</sup>

No mais, a vagueza e a amplitude do tipo penal também ensejam problemas de interpretação e aplicação no tocante à possível incidência de outros dispositivos incriminadores. Por exemplo, Baltazar Junior sustenta que a redação vaga e ampla do delito de obstrução de justiça resultaria em seu afastamento ante outros crimes contra a administração pública e a administração da justiça que possuem descrições mais detalhadas.<sup>24</sup> Em sentido oposto, argui-se que a incidência do tipo de obstrução de justiça advém do critério da especialidade: enquanto os crimes contra a administração da justiça do Código Penal poderiam incidir quanto a qualquer tipo de feito, o delito de obstrução de justiça se restringe a situações envolvendo investigação de organização criminosa.<sup>25</sup> Não parece, contudo, que o critério da especialidade<sup>26</sup> seria o mais adequado para

---

<sup>22</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ACR 0001603-02.2017.8.16.0161. Relator: Des. Francisco Pinto Rabello Filho. Julgamento: 14/03/2019. Órgão Julgador: 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal. Publicação: 18/03/2019.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 1.817.416/SC. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Julgamento: 03/08/2021. Órgão Julgador: 5.<sup>a</sup> Turma. Publicação: DJe 16/08/2021.

<sup>24</sup> “Revedo posição defendida anteriormente, tenho que os delitos dos arts. 329, 330, 341, 343, 344 e 347 do CP prevalecerão sobre o crime ora comentado por aplicação do princípio da especialidade, tendo em vista, também, o apenamento excessivo que resultaria da aplicação pura e simples da mesma pena da organização criminosa a tais atos.” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1265). No mesmo sentido: MENESCAL, Cinthia. Mas, afinal, o que é obstrução de justiça?. **Empório do Direito**, 22 mai. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3G7Fjdp>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

<sup>25</sup> “Podemos dizer que estamos diante de um tipo penal especial em relação aos crimes de suborno a testemunha (art. 343 do CP), coação no curso do processo (art. 344 do CP), favorecimento pessoal (art. 348 do CP), favorecimento real (art. 349 do CP) ou até mesmo da fraude processual (art. 347 do CP).” (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. p. 32).

<sup>26</sup> “O critério da *especialidade* resolve o conflito aparente entre tipo especial e tipo geral em favor do tipo especial: o tipo especial contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres *especiais*.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 411-412). Ainda: “Fundamentalmente e em termos sintéticos, tem-se (a) *especialidade* quando a norma especial possui todos os pressupostos de incidência da outra, a norma geral, mais alguns, que lhe são peculiares. Nesses casos, a coincidência que determina o concurso aparente se dá por razões de ordem lógico-conceitual, pois o tipo correspondente à norma geral estará necessariamente contido no que corresponde à especial, como o furto está contido no roubo.” (HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 39, 2019).

fundamentar a incidência do tipo de obstrução de justiça, pois esse não traz em si todos os elementos típicos daqueles outros crimes previstos no Código Penal.<sup>27</sup> A resolução desses problemas, portanto, fica indeterminada e atribuída à análise de cada caso concreto.

Alguns dos maiores problemas desse crime, ainda, dizem respeito à difícil delimitação do espaço alcançado pela incriminação, de um lado, e do espaço constitucionalmente assegurado ao direito de defesa, do outro. Um primeiro ponto de conflito é a possibilidade de imputação ao próprio integrante da organização: por exemplo, Masson e Marçal entendem que o tipo se aplica perfeitamente a integrantes da organização criminosa, pois o legislador não criou tal restrição, “os bens jurídicos tutelados pelos referidos tipos são diversos” e “[o] momento consumativo também é diferente”<sup>28</sup>; contrariamente, Bitencourt e Busato defendem que o integrante da organização não pode ser autor do delito, pois o direito de se defender admite a oposição de estorvo ou obstáculo à investigação<sup>29</sup>.

Tais questionamentos encontram alta relevância justamente devido ao fato de que grande parte dos casos de obstrução de justiça envolvem justamente pessoas acusadas de integrar a organização criminosa. Saber como resolver corretamente essas questões é necessário para que a aplicação do dispositivo se dê sem ofensa a direitos fundamentais assegurados ao investigado no bojo da atividade de persecução penal.

Tão complexa quanto, ou ainda mais, parece ser a questão da possibilidade da prática de obstrução de justiça por advogados. Por um lado, o exercício estratégico<sup>30</sup> da

---

<sup>27</sup> Sobre a dificuldade de delimitação de qual tipo seria especial em relação a um outro: “[N]em sempre será uma tarefa fácil esse reconhecimento de que uma norma é mera especificação de outra. Trata-se de uma complexa atividade hermenêutica, dado que - em muitos casos - os legisladores não promovem simples cópia de um tipo genérico, acrescentando-lhes elementos. Em muitas hipóteses, ao mesmo tempo em que adicionam elementos ao tipo-base, os parlamentares também o alteram (e isso pode suscitar dúvidas, em alguns casos, se há concurso efetivo ou concurso aparente).” (CRUZ, Flavio Antônio da. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro**: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 756-757).

<sup>28</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 105-107.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83.

<sup>30</sup> “[A] defesa está autorizada, no âmbito de sua *liberdade e independência* (arts. 7.º, I, e 31, § 1.º, da Lei 8.906/94), a desenvolver em juízo – ou perante o órgão de investigação – uma atuação estratégica, otimizando as chances de ganho mediante a eleição dos meios e das oportunidades disponíveis pelo sistema processual (v.g., aguardando o momento mais oportuno para a arguição de determinada matéria jurídica, elegendo uma via processual em detrimento de outra igualmente cabível etc.). Isso nada tem de irregular.” (FELDENS, Luciano. **O direito de defesa**: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 41).

defesa técnica na seara processual penal visa ou resulta, em certa medida, em impedimentos à realização de medidas investigativas e decisões condenatórias no bojo da persecução penal. Do advogado é exigido que atue diligentemente contra os atos de persecução em favor do constituinte.<sup>31</sup> Por outro, a atividade do defensor que atua na defesa em investigação que envolve organização criminosa não pode ser totalmente imune à incidência do tipo. Pouco após a publicação da Lei n.º 12.850/2013, já se sustentou que o advogado de integrantes da organização pode incidir na conduta incriminada caso “extrapole o exercício da advocacia vindo a atuar, por exemplo, como um intermediador de integrantes presos com outros que se encontrem soltos”<sup>32</sup>, ou caso atue como “emissário de práticas delitivas voltadas para a destruição dos vestígios deixados pela organização”<sup>33</sup>.

Para aferir a prática de crime de obstrução de justiça pelo defensor, portanto, será necessário verificar inicialmente se sua conduta descumpriu ditames legais objetivos que indiquem que a ação desbordou dos limites do exercício da defesa técnica. Se não for possível, por meio de previsão clara, objetiva e estrita, afirmar que a atuação do defensor se deu de forma abusiva e ilegal, não se poderá imputar a ele a prática de obstrução de justiça, visto que a atuação terá se dado dentro do espaço do direito de defesa técnica. O grande problema é que o tipo penal em si não oferece respostas acerca dessas possibilidades.

Para algumas das questões problemáticas identificadas quanto a esse dispositivo incriminador, há respostas mais claras que auxiliam na especificação das condutas típicas e do âmbito legítimo de incidência da incriminação; para outras, ainda não há solução definitiva, de modo que caberá à jurisprudência resolver gradualmente os pontos difíceis identificados. Se os limites desse tipo penal não forem cuidadosamente colocados, ou haverá ofensa ao direito de defesa, ou haverá impunidade quanto a condutas delituosas praticadas no interesse de organizações criminosas.

---

<sup>31</sup> FELDENS, Luciano. **O direito de defesa**: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 44-45.

<sup>32</sup> 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. p. 33.

<sup>33</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 109.