

AÇÕES NEUTRAS E BRANQUEAMENTO DE CAPITALS

Vinicius de Melo Lima*

ABSTRACT: *The neutral actions or socially adequate actions throw important questions about the characterization of money laundering crime, the scope of incidence and to criminal conduct. In other words, questions-itself in that measure the actions of the daily life, as a legal business or a worthy transference, acquire a legal-penal resonance, well with the respective limits. Like this, the search of the equilibrium between the fundamental guarantees and the need of repression to the money laundering crime claims the study of the neutral conducts, in the sphere of the general theory of the crime, of way it confer legitimacy or validity ethics to the criteria of accusation.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Incursões dogmáticas sobre as ações neutras. 2.1. Os contatos sociais e o cenário jurídico-penal hodierno. 2.2. A neutralidade da ação: entre liberdade e responsabilidade. 2.3. A relevância penal das condutas neutras e sua inserção no âmbito da teoria geral do delito. 2.4. Tipicidade objetiva. 2.4.1. Teoria da proibição do regresso (ou do retrocesso). 2.4.2. Teoria da adequação social. 2.4.3. Teoria da adequação profissional. 2.4.4. Teoria dos papéis ou do rol social. 2.4.5. Princípio da confiança e a auto-responsabilidade. 2.4.6. Solidarização com o injusto alheio. 2.4.7. Cursos causais hipotéticos ou causalidade virtual. 2.4.8. A idoneidade da proibição. 2.5. Tipicidade subjetiva. 2.6. Solução da justificação. 2.7. A conduta típica de intervenção no delito. 2.8. Posicionamento pessoal. 3. A fenomenologia do branqueamento de capitais. 3.1. Delineamentos preliminares. 3.2. Mercado, criminalidade organizada e Direito Penal. 3.3. O bem jurídico tutelado no crime de branqueamento. 4. Ações neutras e branqueamento de capitais: espaços de liberdade ou injustos puníveis? 4.1. Notas preliminares. 4.2. Delimitação do risco permitido: A violação aos deveres especiais pode vir a caracterizar um crime de branqueamento? 4.3. Rol social e imputação: os limites à liberdade econômica ou profissional em face da dimensão comunitária do indivíduo. 4.4. A expressão do sentido delitivo nas ações “neutras” e o princípio da unidade da Constituição: eficiência e garantia no controle do branqueamento de capitais. Conclusões.

* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil). Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal.

1. INTRODUÇÃO

As relações tecidas no mundo contemporâneo são permeadas pelos influxos da globalização, da abertura dos mercados, da formação de blocos econômicos, dentre outros traços característicos, derramando seus efeitos no cenário sociojurídico.

Com efeito, os contatos sociais afiguram-se cada vez mais anônimos, em face do advento dos recursos tecnológicos e do incremento da circulação de pessoas e capitais, o que proporciona, por exemplo, a transferência de ativos em centros financeiros *off shore* em uma fração de segundo.

Nessa senda, cumpre à Ciência do Direito adaptar-se à atual quadra vivida, a fim de que haja a necessária correlação entre *fato, valor e norma*¹, elementos nucleares de interpretação do emaranhado normativo.

E ao Direito Penal, por seu turno, abre-se um horizonte desenhado na perspectiva da sociedade de risco, sem descuidar dos princípios que caracterizam o sistema de garantias individuais, além da tutela *subsidiária* de bens jurídicos fundamentais à harmonia social.

Na esfera da criminalidade organizada, surge o fenômeno do branqueamento de capitais, como um complexo de operações financeiras e comerciais lançadas no anseio de apagar os vestígios do crime, ou seja, a trilha do papel (*paper trail*). Percebe-se uma aproximação ou simbiose entre o lícito e o ilícito, de tal modo que a diferença entre a prática do crime de branqueamento e as demais transações econômicas reside justamente na origem ilícita.

Segundo dados das Nações Unidas, apenas o tráfico de substâncias entorpecentes movimentava a importância aproximada de 500 bilhões de dólares anuais ao nível global, o que reclama a adoção de mecanismos direcionados à imobilização e ao confisco de bens à disposição dos grupos delitivos organizados.

Não raras vezes tais empreendimentos criminais contam com o apoio de instituições financeiras e não-financeiras para a ocultação e a dissimulação dos valores auferidos ilicitamente, de modo que assume relevo a colaboração dos entes privados com as autoridades estatais incumbidas da persecução do ventilado ilícito típico.

1 Conforme Reale (1994: 57 ss.), o Direito é um fenômeno cultural, compreendido em virtude da integração normativa de fatos e valores.

Cumpra perscrutar os limites da participação punível de tais agentes à luz da doutrina das ações neutras, segundo a qual comportamentos cotidianos ou socialmente adequados carecem de significado jurídico-penal.

Assim, mister é trazer a lume a seguinte indagação: quais as fronteiras da relevância jurídico-penal das ações neutras ou cotidianas frente ao controle do branqueamento de capitais?

O fio condutor da presente investigação vem a ser justamente a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre as garantias fundamentais e a eficácia na repressão ao crime de branqueamento de capitais, tomando-se em conta o bem jurídico tutelado e o fim de proteção da norma.

2. INCURSÕES DOGMÁTICAS SOBRE AS AÇÕES NEUTRAS

2.1. Os contatos sociais e o cenário jurídico-penal hodierno

A sociedade contemporânea caracteriza-se pelos influxos da globalização e da abertura dos mercados, proporcionando sensíveis mutações no plano das relações pessoais.

Com efeito, da concepção interindividual dos conflitos (“Caio e Tício”, “A e B”, etc.), passa-se a uma dimensão coletiva ou transindividual, alicerçada na titularidade difusa e na indivisibilidade dos interesses tutelados pelos ordenamentos jurídicos.

Tal perspectiva implica na multiplicidade de contatos sociais, cujo anonimato decorre do incremento de recursos tecnológicos e da rede formada pela teia da vida².

Sustenta-se, desse modo, que as pessoas são ligadas por contatos anônimos, sendo portadoras de um papel, referindo-se tal denominação a “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis”³.

Por outro lado, o redesenho do cenário fático (do individual ao coletivo) trouxe consigo demandas em torno de políticas públicas mais efetivas, sobretudo no Brasil em que o *Welfare State* nunca existiu, culminando com o aparecimento de novas formas de criminalidade.

O fenômeno criminal, cada vez mais inserido no mercado financeiro internacional, está perdendo os referenciais de tempo, lugar e ação: tornou-se um

2 Sobre o assunto, ver a interessante obra de Capra, 1996.

3 Jakobs, 2007: 22.

conjunto intrincado de atos imperceptíveis como ilícitos, podendo utilizar-se o exemplo do branqueamento, fruto de operações financeiras como quaisquer outras, as quais adquirem significado criminal somente em virtude da origem ilegal dos proventos obtidos⁴.

Nesse interim, observa-se um movimento de expansão do Direito Penal, com a antecipação do *jus puniendi* do Estado, o incremento da adoção de crimes de perigo abstrato, a utilização de técnicas de investigação que prestigiam a delação premiada, a inversão do ônus da prova, dentre outras que podem comprometer os princípios e garantias individuais.

É inegável que o Direito Penal não pode voltar suas baterias à criminalidade dos negócios se permanecer aprisionado à dogmática forjada no século das luzes, destinada a outros tipos de ilícito. Isso implica a necessidade de uma interpretação do Direito Penal como um sistema dinâmico, a partir da identificação dos novos campos de intervenção criminal justa e legítima, à luz da carência e da dignidade penal das condutas incriminadas.

Dito de outro modo, há esferas de expansão legítima e ilegítima do Direito Penal: a persecução à criminalidade, ainda que de maior gravidade, não pode conduzir a uma claudicação dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual informa e conforma a atuação dos Poderes Constituídos e Instituições⁵.

Ora, se é certa a necessidade de ampliação do campo de intervenção penal diante de novas formas de comportamento, dotadas de intensa lesividade social e deslealdade comunicativa, não menos correta é a inferência lógica de que o indivíduo não pode ser objeto de instrumentalização ou funcionalização por parte do aparelho repressivo estatal.

Num Estado que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, “*é a pessoa que é fim em si [...] o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar*”⁶ (destaque nosso).

Kindhäuser, seguido em Portugal por Silva Dias, entende que o crime constitui uma deslealdade comunicativa, isto é, uma ruptura ao dever de leal-

4 Rodrigues, 2008: 175.

5 Na lição de Kant, “[n]o reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*).

6 Novais, 2004: 52.

dade ao Direito, em prejuízo das expectativas comunitárias acerca da validade da norma jurídica. Refere que a culpa está centrada na dupla codificação do papel de cidadão nas sociedades modernas – o indivíduo como destinatário e autor ou co-legislador das normas – e na neutralização do Direito em relação aos motivos do cumprimento da norma. O crime é o “comportamento socialmente percebido como máxima manifestação de desconsideração ou de desrespeito comunicativos e, por isso, socialmente experimentado como perda de identidade e de posição de cidadania”⁷.

Há, todavia, situações nas quais revelam-se tênues os limites entre o risco permitido e o *jus puniendi*, decorrentes da prática de condutas neutras, profissionais ou socialmente adequadas, as quais podem causar mediata ou imediatamente o evento lesivo, com eventuais reflexos na seara criminal.

A liberdade do exercício de uma atividade econômica ou profissional é corolário do Estado Liberal, sendo punido o comportamento se causar uma ofensa ou um dano a outrem. O princípio do dano (*harm principle*) constitui um limite ao poder de punir do Estado, decorrente do postulado segundo o qual as atitudes internas e os pensamentos, se não concretizados em uma ação exterior, não alcançam significado jurídico-penal.

Sem embargo, o exercício das liberdades individuais encontra limites no pacto social firmado entre os cidadãos, a fim de que os direitos fundamentais sejam protegidos do arbítrio dos poderes econômicos ou privados, em homenagem ao princípio da isonomia material.

Noutras palavras, não há direitos fundamentais absolutos, razão pela qual devem ser exercitados com responsabilidade, em face da dimensão comunitária do indivíduo, o que implica, também, na observância dos deveres para a preservação dos bens coletivos (ordem econômica, meio ambiente, etc.).

2.2. A neutralidade da ação: entre liberdade e responsabilidade

Do processo de comunicação entre os indivíduos no tecido social, determinados atos praticados no mundo da vida podem tangenciar a esfera do injústo penal.

Com efeito, a prestação de serviços jurídicos, a realização de um negócio jurídico, o transporte de um passageiro em um táxi, a aquisição de uma mercadoria, apenas para traçar alguns exemplos, constituem condutas que se inserem em um padrão de normalidade, mostrando-se socialmente adequadas.

7 Silva Dias, 2003: 778.

Isso porquanto a vida no tecido social é caracterizada por um plexo de direitos e obrigações, assumidas por sujeitos de direitos que se inter-relacionam em situações inúmeras, observando-se, não raras vezes, a existência de riscos decorrentes do exercício de atividades econômicas e profissionais.

Nesse sentido, a sociedade atual é tida como uma sociedade de riscos⁸, decorrendo a possibilidade da produção de eventos imprevisíveis e incertos, cujos efeitos multiplicadores podem conduzir à afetação de bens vitais à sociedade organizada. Beck fala que os riscos são imprevisíveis e incontrolláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo, provenientes da denominada modernização reflexiva.

A modernização reflexiva implica em uma *autoconfrontação* com os efeitos negativos que a sociedade de risco produz na vida das pessoas. A teoria da reflexividade sustenta que “quando mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial. O contraste está no fato de que isso pode muito bem ocorrer sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência”⁹.

Na esfera dos crimes econômicos, são entabulados certos atos negociais da vida cotidiana, os quais estariam abrangidos em um espaço de liberdade, denominado *risco permitido*.

Cumprido ao legislador, na atividade de conformação jurídico-penal dos âmbitos de liberdade individual, assegurar os fundamentos do contrato social, buscando o convívio harmônico e equilibrado do ser com o outro.

8 Nesse sentido, ver Beck, 1992: 11 ss. A título de ilustração, vale lembrar que, no ano de 1981, houve a intoxicação de milhares de pessoas em virtude da ingestão de um azeite de colza naturalizado desviado ao consumo humano, com a morte de várias pessoas em decorrência do envenenamento alimentício. Os fornecedores (industriais e comerciantes) responsáveis pelo processo de importação e manipulação do azeite, foram condenados pelo Tribunal Supremo Espanhol, diante da posição de garante e do dever de evitar o resultado. Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal Supremo Federal Alemão, no tocante à intoxicação derivada da utilização de um produto (*spray*) para a limpeza de sapatos e objetos de couro, com riscos à saúde dos consumidores, observou que desde o ponto de vista jurídico, em todos os casos os danos à saúde dos consumidores afetados foram produzidos pelo *lederspray*, sendo constatado que a causa dos acidentes somente pode existir em alguns mecanismos toxicológicos causais de concretos componentes do produto ou pelo menos em sua combinação com os outros. Isso é suficiente para afirmar a relação de causalidade, sendo que nada altera nisto que todavia até hoje não haja sido possível identificar exatamente desde o ponto de vista científico-natural essa substância ou combinação de substâncias, que confere ao produto essa propriedade específica para causar danos à saúde. Não interessa a investigação da substância responsável pelos mesmos, nem o conhecimento de sua eficácia tóxica no caso presente. Cf. Hassemer, 1995; Muñoz Conde, 1995: 132.

9 Beck; Guidens & Lash, 1997: 16 ss. e 210 ss.

A imputação integra um processo comunicativo que canaliza a relação entre o Direito e a sociedade. Constitui, desse modo, o limite do “mundo” do Direito, que não ultrapassa o nível dessa expressão de desaprovação, tampouco se envolve numa cruzada moralizadora ou na ética individual¹⁰.

Daí advém a problemática das ações ditas neutras, também conhecidas por inócuas, socialmente adequadas ou cotidianas, podendo ser definidas *a priori* como os comportamentos não manifestamente puníveis que contribuem mediata ou imediatamente para a realização do ilícito penal, no âmbito do concurso de pessoas.

Consoante Greco¹¹, as ações neutras são “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”, ou seja, “todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”.

Por sua vez, Robles Planas¹² sustenta que a denominação “condutas neutras” revela a presença de dois elementos comuns, um de caráter objetivo e outro subjetivo. Afirma que são condutas que se realizam de maneira adequada a um rol ou estereótipo, com o conhecimento por parte de quem as leva a cabo de sua idoneidade para, direta ou indiretamente, produzir um resultado delitivo.

Em realidade, as condutas neutras pressupõem uma espécie de conflito entre o lado externo e o lado interno do fato: há uma aparência externa de licitude da conduta praticada pelo agente associada a uma aparência interna de antijuridicidade, razão pela qual a ubiqüidade é outra nota característica de tais contributos¹³.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar alguns exemplos colhidos na literatura¹⁴:

- 1) Um taxista transporta, conhecendo o que vai acontecer, uma pessoa de X a Y para cometer em Y um delito;
- 2) O notário, em um contrato de compra e venda de uma firma conhecia a vontade das partes de fixar um preço real menor do que por sua vez

10 Fernández, 2004: 229.

11 Greco, 2004: 110.

12 Robles Planas, 2003: 33.

13 Cf. Robles Planas, 2003: 34-35.

14 Citados por Robles Planas, 2003:35-37.

- dava fé no contrato escrito, com o qual para efeitos fiscais se computou por debaixo do preço real o imposto sobre a aquisição de bens imóveis;
- 3) A é empregado do Banco C. A realiza diversas operações (por exemplo, uma transferência a um banco estrangeiro) por encargo de B, sabendo que tem como finalidade a defraudação de impostos.

A doutrina discute a relevância penal das ações neutras, em regra, na esfera da participação delitiva, mais especificamente no tocante aos limites da culpabilidade punível.

Entre nós, a lei penal brasileira, em princípio, acolheu um conceito unitário de autor, porém, a adoção de critérios legais de distinção entre autoria e participação transforma o paradigma monista em diferenciador, admitindo a aplicação de teorias modernas, a exemplo da teoria do domínio do fato, a qual tem sido utilizada pela doutrina para definir as formas de participação criminosa¹⁵.

Na aferição de cada caso, “corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem o não possuía, discernindo autores e partícipes”¹⁶.

É preciso, pois, uma “unidade de sentido objetivo-subjetiva”, de tal modo que o fato aparece como obra da vontade que conduz ao sucesso, associada à importância material da parte que cada interveniente assumiu no fato. Por isso, somente pode ser autor quem, em atenção à importância material de sua aportação objetiva, contribua a dominar o curso do fato¹⁷.

A renormatização do tipo objetivo trouxe a lume o estudo de teorias como a da adequação social, adequação profissional, proibição do regresso, princípio da confiança, auto-responsabilidade, incremento do risco, etc., que necessitam de uma ligação sistemática, em cotejo com o fundamento do injusto do interveniente.

Por que razão as ações que contribuíram para o fato ilícito devem (ou não) ser alvo de punição?

15 Cf. Santos, 2002: 242. Segundo o referido autor, “a idéia básica da teoria do *domínio do fato* pode ser assim enunciada: o autor *domina* a realização do fato típico; o partícipe *não domina* a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica”. *Op. cit.*, 241.

16 Batista, 2008: 73.

17 Jescheck, 1981: 398.

Tanto a autoria como a participação trazem em comum a intervenção no delito, diferenciando-se no tocante às formas de operar-se tal intervenção.

As interações sociais, como ensina Robles Planas¹⁸, podem ser verticais ou horizontais, destacando-se as primeiras em virtude da existência de delegação de competências, com um gradual afastamento da atribuição de responsabilidade do fato à execução material, a exemplo das figuras da autoria mediata e da comissão por omissão. As interações horizontais, por sua vez, operam-se no mesmo nível ou plano hierárquico, tendo por figuras representativas as formas de co-autoria e de participação.

O problema das condutas neutras é relativo a ambas as interações (vertical e horizontal), de causação direta ou indireta do delito, cumprindo-se, então, valorar os comportamentos que se situam na fronteira entre o socialmente adequado e a comparticipação criminosa. A discussão centra-se, pois, no significado neutral da intervenção com respeito ao fato delituoso a que se refere¹⁹.

Tal situação remete ao debate em torno dos contributos neutros no âmbito da teoria geral da infração penal, ao invés de uma interpretação formulada em tiras, em situações pontuais.

2.3. A relevância penal das condutas neutras e sua inserção no âmbito da teoria geral do delito

Consoante a doutrina majoritária, o crime constitui um comportamento típico, ilícito e culpável, havendo ainda quem sustente que a punibilidade seria um elemento constitutivo do injusto.

A tipicidade significa a plena subsunção da conduta praticada no mundo da vida nos estreitos limites do Direito Penal.

Já a ilicitude consiste na contrariedade da conduta do agente frente ao ordenamento jurídico, não estando sob o abrigo de eventuais causas justificantes, a exemplo da legítima defesa.

A seu turno, a culpabilidade configura um juízo de censura que recai sobre o agente imputável, dotado de potencial consciência da ilicitude, não sendo exigível, nas circunstâncias do caso concreto, um comportamento diverso do empregado pelo agente.

¹⁸ Robles Planas, 2003: 31.

¹⁹ Robles Planas, 2003: 31-40. O referido autor delimita seu estudo ao exame das condutas neutras de participação a título de cumplicidade.

Consoante ensina Fernanda Palma²⁰, a culpa pressupõe uma ligação vivida com o dano, dependendo de uma experiência subjetiva efetiva do mal, ou seja, um poder de desejarmos o dano e de nos apropriarmos subjetivamente do mundo causal que o cria.

Além do estudo dos seus elementos dogmáticos, o princípio da culpa constitui também uma fonte de legitimação da intervenção do Direito Penal. Nesse contexto, a culpa jurídico-penal atua como princípio de imputação, limitando a intervenção punitiva do Estado a condutas dotadas de significado comunicativo ético-social, cujo desvalor implica numa ofensa a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal.

Reportando-se ao tema objeto da investigação, as ações neutras são identificadas pela doutrina ora no plano da tipicidade, ora na esfera da ilicitude, afastando a caracterização do injusto, em consonância com a situação concreta.

Isso porque tão arbitrário é negar a punibilidade de toda ação cotidiana ou habitual, como afirmá-la sempre, se não se fundamenta na perigosidade da conduta²¹.

O núcleo do problema é saber quais os limites mínimos da intervenção punível, estabelecendo os limites do Direito Penal frente aos espaços de normalidade cotidiana²².

A seguir, procura-se identificar as principais linhas de entendimento sobre as ações neutras no plano da teoria geral do delito, sob o enfoque dos limites mínimos da contribuição/intervenção para o injusto legitimamente punível.

2.4. Tipicidade objetiva

A corrente doutrinária que sustenta a atipicidade das condutas neutras toma por norte de avaliação as elementares objetivas e subjetivas exigidas pelo tipo penal.

A maior atribuição de peso a uma ou outra solução depende do fio condutor da análise dogmática.

20 Palma, 2005: 39-40. A autora procurar investigar critérios éticos para a aferição do juízo de culpa, a partir da lógica das emoções e sua influência no Direito Penal. A seu turno, Figueiredo Dias segue uma concepção existencialista de culpa, relacionando-a com a personalidade do agente concretizada no fato por ele praticado. Em sua definição, a culpa corresponde à “própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser (do ser-livre)”. Figueiredo Dias, 1995: 152.

21 Robles Planas, 2003: 45.

22 Hassemer *apud* Robles Planas, 2003: 75.

Com o advento da teoria da imputação objetiva, a conduta do agente deve ser idônea para causar um risco não permitido, afetando o bem jurídico tutelado pela norma penal.

A teoria da imputação objetiva tem origem nas obras de Larenz e Honig, sendo posteriormente desenvolvida por Roxin e Jakobs, como contraposição à concepção finalista de Welzel, em face de sua visão ontologicista dos elementos da conduta.

Para a referida teoria, o tipo objetivo passa a ser o centro da gravidade, havendo divergência entre Roxin e Jakobs sobre a relevância dos conhecimentos especiais do autor: Roxin sustenta que “Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos”²³, ao passo que Jakobs adota um entendimento que resulta a normatização do tipo penal, extraíndo dele todo e qualquer dado ontológico.

A imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo e a sua realização no resultado. O risco permitido vem a ser uma conduta que cria um risco relevante do ponto de vista jurídico, porém está permitida, de um modo geral, diferentemente das justificantes, excluindo a imputação ao tipo objetivo²⁴.

Nessa senda, o agente deve ter criado, mediante sua conduta causal para a produção do resultado, um perigo desaprovado no sentido do tipo penal respectivo, isto é, uma conexão entre a conduta dolosa ou imprudente e a criação de um risco desaprovado²⁵.

Na lição de Reyes Alvarado²⁶, a imputação objetiva é a teoria que permite estabelecer o que para o Direito é uma conduta lesiva dos interesses sociais.

Logo, será preciso identificar se o resultado pode ser atribuído objetivamente à obra do agente, sendo que a teoria da imputação objetiva é uma

23 Roxin, 2008: 122. Em sua crítica à teoria da imputação objetiva, Queiroz sustenta que “o surrealismo dos exemplos utilizados pelos adeptos da teoria da imputação objetiva põe de manifesto que seu âmbito de aplicação é reduzidíssimo, de sorte que, em razão do seu excessivo grau de abstração, constitui, em boa parte, pura especulação teórica, e, como tal, desprovida de maior transcendência”. Queiroz, 2001: 138.

24 Cf. Roxin, 2006: 367-371.

25 Cf. Frisch, 1995: 34.

26 Reyes Alvarado, 1992: 964.

teoria de “não-imputação”, voltada à restringir o alcance da proibição ou a determinação típica sobre determinado sujeito²⁷.

A corrente objetivista pauta-se por critérios ou teorias extraídas da imputação objetiva, destacando-se as seguintes: a) teoria da proibição do regresso; b) teoria da adequação social; c) teoria da adequação profissional; d) teoria dos papéis; e) princípio da confiança; f) solidarização com o injusto alheio; g) cursos causais hipotéticos, h) idoneidade da proibição.

2.4.1. Teoria da proibição do regresso (ou do retrocesso)

A *teoria da proibição do regresso* é um critério utilizado para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que possam ter causado resultados, mas que estão fora do interesse do Direito Penal.

A ruptura do nexo de imputação, como assinala D’Ávila²⁸, “ocorrerá sempre que uma ação tornar-se causa de um resultado típico, em virtude do desvio provocado por um terceiro”, citando como exemplo o devedor que paga suas dívidas, sabendo que o credor, com o dinheiro, comprou a arma utilizada no homicídio, afirmando que “não será considerado responsável pelo crime, mesmo que, ao pagar, tivesse conhecimento da intenção criminosa do credor”.

Concebida tradicionalmente por Frank, no âmbito da causalidade, ao limitar a autoria, a teoria da proibição do regresso, em sua versão moderna, implica no alcance da imputação apenas ao garante da não-ocorrência do resultado²⁹.

Feijóo Sanchez³⁰, em monografia dedicada ao tema, questiona se existe uma “proibição do regresso” como limite geral do tipo em Direito Penal. Refere que a questão nuclear no atual estado de evolução do problema reside nos limites da participação criminal, ou seja, se possui relevância penal a realização de uma atividade que, carecendo de um sentido delitivo unívoco ou podendo ser definida como inofensiva ou habitual, acaba sendo aproveitada por um terceiro para realizar seu plano delitivo. Expõe casos-limite, em que há a ciência do agente de que sua conduta contribuirá para que terceiro pratique uma ofensa a um bem jurídico, aduzindo que as normas que regulam o âmbito social onde se desenvolve a atividade favorecedora podem representar

27 Tavares, 2002: 279.

28 D’Ávila, 2001: 79.

29 Cf. Bacigalupo, 2005: 251.

30 Feijóo Sanchez, 1999: 56-57, 79.

um importante critério de ajuda, a exemplo das medidas obrigatórias de prevenção do branqueamento de capitais estabelecidas para os bancos.

2.4.2. Teoria da adequação social

Por obra de Hans Welzel, foi criada a *teoria da adequação social*, segundo a qual ações que se situam dentro do quadro de normalidade em um determinado contexto histórico não são passíveis de punição, porquanto são socialmente adequadas.

Na lição de Faria³¹, a adequação social é “sinónimo de normatização da ação, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da atuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal de crime”. Refere, ainda, que o conceito de adequação social significa um reconhecimento de um “objetivo-normativo” ao nível do ilícito, com preponderância sobre os elementos subjetivos, e que a teoria da imputação objetiva não difere substancialmente da idéia originária da adequação social.

A indigitada doutrina, atualmente, é compreendida como um princípio de interpretação das normas penais, sofrendo crítica no tocante à amplitude da expressão “*adequação social*”³².

2.4.3. Teoria da adequação profissional

Modernamente, Hassemer aperfeiçoou a teoria da adequação social, por intermédio do conceito de *adequação profissional*, ou seja, se a conduta do agente está dentro do exercício normal de uma profissão, a mesma é considerada atípica. Trata-se, na visão do referido autor, de estabelecer os limites do Direito Penal frente aos espaços de normalidade cotidiana³³.

Hassemer sustenta que as condutas neutras, profissionalmente adequadas, não podem ser penalmente proibidas, o que conduz à impunidade, de um modo geral, de tais ações, inclusive quando quem as executa seja consciente de que um terceiro desviará esta ação para a prática de um delito. O referido autor excepciona a regra da atipicidade em duas situações: a) quando se trata

31 Faria, 2005: 32, 38-42.

32 Em sentido contrário, Cancio Meliá sustenta que a teoria da adequação social é precursora da normatização do tipo objetivo, sendo um embrião de uma verdadeira teoria geral da imputação objetiva. Cancio Meliá, 1993: 728-729.

33 Hassemer *apud* Robles Planas, 2003: 75.

de modificações de condutas habituais em forma de prestações novas e alheias à atividade que somente podem ser vistas como condições para a consecução de fins criminais; b) quando se trata da criação ou adaptação de atividades reguladas a finalidades não “neutras” ou a planos delitivos alheios³⁴.

Tal teoria, de igual modo, é criticada pela ambigüidade da definição de uma conduta “*profissionalmente adequada*”, mormente nas situações que o agente tem ciência de que o contributo será desviado para a prática de um evento delituoso.

2.4.4. Teoria dos papéis ou do rol social

Jakobs defende a aplicação da *teoria dos papéis*, baseado no conceito de rol, sob o ponto de vista sociológico, consistente no fato de que as pessoas desempenham certas atividades na vida comunitária, diante das expectativas de respeito à vigência da norma jurídica. A quebra ou violação do papel ou rol do agente implica na necessidade da adoção do Direito Penal, como instrumento voltado não à defesa de bens jurídicos, mas sim a restabelecer as expectativas normativas dos cidadãos. Logo, se a conduta praticada pelo agente não excede os limites do rol social, não há se falar em punição ao agente, pois “nem tudo é assunto de todos”.

Tal teoria vai ao encontro dos fundamentos do funcionalismo sistêmico, de tal modo que não toma em consideração o lado subjetivo do fato, isto é, se o agente sabia ou não que sua conduta estaria contribuindo mediata ou imediatamente para a prática de um injusto penal.

O fato de que o Direito Penal moderno desenvolveu no marco da teoria da imputação objetiva uma teoria da conduta típica (risco permitido, princípio da confiança, atuação a próprio risco e a proibição do regresso) se inspira em um princípio social-funcional. Contatos sociais tão fugazes como os que se estabelecem no tráfego viário somente se podem organizar se se protege a confiança em que cada um somente responde por sua conduta defeituosa e não pela do outro. Logo, as expectativas garantidas juridicamente somente são defraudadas por uma conduta objetivamente defeituosa, sem ter em conta aspectos individuais, sendo que o requisito mínimo de uma defraudação é a quebra do rol³⁵.

34 Hassemer *apud* Robles Planas, 2003: 99.

35 Jakobs, 2000: 54-55.

Tome-se como exemplo o caso do estudante de biologia que trabalha nas férias em um restaurante como garçom, servindo aos clientes uma salada a qual sabe, em virtude de seus conhecimentos especiais, que apresenta composição imprópria para o consumo humano. A solução oferecida por Jakobs é no sentido de que o agente situa-se dentro do rol social ou do papel desempenhado (garçom), não obstante dotado de conhecimentos especiais, razão pela qual não pratica crime de homicídio, mas sim, eventualmente, crime de omissão de socorro.

Por outro lado, o sentido social do comportamento é definido pelo contexto, o qual pode ser marcadamente delitivo, como se vê do exemplo a seguir, trazido por Jakobs³⁶:

[...] certo é que a venda de uma enxada numa loja de artigos de jardim é algo inofensivo; mas se diante da loja se está desenvolvendo uma violenta luta, e na loja entram pessoas feridas que participam da luta, requerendo que se lhes faça a entrega imediata de uma enxada, pode ser que as coisas sejam distintas.

A crítica a essa teoria é no sentido de que a sua acolhida implica na normatização da sociedade e no desprezo ao lado subjetivo da conduta, bem como não se poder aferir a ressonância penal de um comportamento com base em critérios sociológicos, a exemplo do conceito de rol ou papel.

Nessa linha de entendimento, afirma Feijóo Sanchez³⁷ que o critério objetivo não pode ser um conceito sociológico (a função social), mas um critério recolhido expressa ou tacitamente por uma norma penal. Saliencia, também, que, no exemplo do garçom, “no momento em que percebe que está servindo uma comida envenenada, sua conduta adquire um sentido delitivo”. Infere, pois, que “o decisivo à existência do tipo é a criação dolosa de um risco não

36 Consoante ensina Jakobs, “[u]m comportamento cotidiano e inofensivo não adquire significado delitivo quando o autor o inclui em seus planos. Posto que se manteve dentro do marco de seu papel inofensivo, o sujeito não tem por que consentir que se lhe imponha como definição de seu comportamento o que o autor do delito estabelece tomando esse comportamento como razão do fato delitivo. A execução não lhe é própria”. Adiante, sustenta que “a imputação objetiva não depende das circunstâncias psíquicas dos intervenientes, mas do sentido social do comportamento”. Por sua vez, o sentido do comportamento, assevera o citado doutrinador, “não só depende da configuração do comportamento, mas também do contexto em que este se enquadra. De maneira especial, pode ser que um contexto marcadamente delitivo repercute num comportamento que, por si, está estereotipado como adequado na sociedade”. Jakobs, 2007: 64-69.

37 Feijóo Sanchez, 2003: 121-127.

permitido, que se realiza num resultado. O papel social não acrescenta nada aos tradicionais requisitos da ‘imputação objetiva’”.

2.4.5. Princípio da confiança e a auto-responsabilidade

Consoante o princípio da confiança, a convivência em sociedade é pautada pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, não podendo ser atribuída a responsabilidade penal a um agente sob a alegação de suposta violação da expectativa legitimamente depositada pelo pacto social. Exemplifica-se com o caso da vítima que, de inopino, atravessa a rua com sinal fechado, vindo a falecer em virtude da colisão de um veículo que trafegava ali naquele momento. Entende-se que não se pode reputar criminoso a conduta do condutor do veículo, pois não confiava ou esperava que a vítima adotaria tal postura.

Alguns autores³⁸ sustentam a incidência do princípio da confiança na relação entre o causídico e o cliente, não se valorando se o advogado teve conhecimento de estar contribuindo para a prática de um crime (evasão fiscal, branqueamento, etc.), porque não existe a tipicidade objetiva.

Tal problemática será analisada com maior aprofundamento no quinto capítulo, no qual será estudada, de maneira mais direta, a problemática das ações neutras em face da persecução estatal do branqueamento.

Do princípio da confiança deriva o princípio da auto-responsabilidade, corolário do exercício da liberdade individual, segundo o qual cada agente é responsável pelo respectivo fato que contribuiu objetivamente, não podendo ser ampliada a imputação de modo a abranger indivíduos que estão alheios ao círculo de autores e partícipes no fato delituoso.

2.4.6. Solidarização com o injusto alheio

A doutrina da *solidarização com o injusto alheio* baseia-se na adesão do agente à conduta do outro participante ou co-autor, para a relevância penal da ação neutra. Noutras palavras, se for constatado na situação concreta que o agente que praticou uma conduta aparentemente neutra solidarizou-se com o injusto praticado por terceiro, a ele também é imputada a prática da infração penal, em comparticipação.

38 Dentre eles, *v.g.*, Gómez-Trelles, 2008: 35-36.

Conforme Schumann³⁹, o injusto na participação está no desvalor do ato, a partir do momento em que uma ação comporta um desprezo aos valores fundamentais do sentir jurídico, exteriorizando um desvalor socialmente insuportável. Isso ocorre por intermédio da noção de solidarização com o injusto do autor, isto é, quando o partícipe se coloca de maneira identificável de parte do injusto.

Entre nós, Reale Júnior⁴⁰, após trazer exemplos colhidos nas obras de Roxin e Jakobs, afirma que não se pode punir o agente a título de cumplicidade, se “não há a vontade comum e nem mesmo conhecimento pelo autor da adesão do fornecedor dos meios para a prática do delito”, o que importaria, na corrente causal, a um “regresso ilimitado”.

Parcela da doutrina critica a solução proposta por Schumann, sob o fundamento de que a referida teoria tem assento na relação entre o autor e o terceiro, deixando de lado a configuração da própria conduta⁴¹.

2.4.7. Cursos causais hipotéticos ou causalidade virtual

A teoria dos *cursos causais hipotéticos* baseia-se na possibilidade de o agente prescindir ou não da contribuição do participante para o evento lesivo. Por exemplo, se atua como cúmplice o agente que vai a uma casa de ferramentas e adquire um serrote, tendo o mesmo dito ao proprietário do estabelecimento que irá matar a própria esposa com o referido instrumento, havendo outros estabelecimentos congêneres situados nas proximidades do local, onde facilmente o agente obteria o serrote.

Löwe-Krahl⁴² sustenta a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, como limitador do alcance da tutela penal, destacando a idoneidade como fator preponderante, isto é, se a contribuição puder ser obtida pelo autor principal em qualquer outro lugar, a conduta do interveniente não é perigosa para o bem jurídico. Defende, então, que a punição do partícipe será legítima se o mesmo adaptar o seu contributo “tendo em vista o futuro come-

39 Schumann *apud* Robles Planas, 2003: 102.

40 Reale Júnior, 2002: 322-323. Salienta que “[d]iversa seria a situação se o anfitrião do jantar, indagasse do padeiro qual o pão que a vítima gosta para oferecer-lhe com segurança uma porção de veneno que seria sem dúvida ingerida pela vítima, hipótese em que efetivamente o padeiro atua com dolo eventual, prestando uma assistência à comissão do delito sem ter domínio do fato, razão porque se enquadra sua ação como participação na morte do convidado”. *Op. cit.*, 323.

41 Ver, entre outros, Robles Planas, 2003: 104.

42 Löwe-Krahl *apud* Greco, 2004: 62-63.

timento do fato delituoso. Esta adaptação nem sempre precisa ser individual; trata-se de oferecer toda uma organização, cuja razão de ser é de facilitar a prática de crimes, como por vezes ocorre em certos procedimentos bancários altamente anonimizados”.

Tal teoria é criticada porquanto os cursos causais hipotéticos não afastam a reprimenda penal, pena de o agente que violar a lei penal afastar a sua responsabilização sob o argumento de que outro no seu lugar a faria. Aplica-se, pois, o princípio da assunção, segundo o qual “cada sujeito é responsável pelas suas ações, incluindo os seus resultados, sendo totalmente irrelevante que estes se tivessem produzido inevitavelmente também na falta da sua ação, por força de um processo causal virtual”⁴³.

2.4.8. A idoneidade da proibição

Em um importante estudo sobre imputação objetiva, Frisch⁴⁴ refere que o reconhecimento e limitação de direitos e liberdades, bem como a desaprovação de determinadas condutas, formam parte do marco da ponderação de interesses, destacando a idoneidade e a necessidade de determinadas restrições da liberdade para a conservação dos bens e liberdades.

A idoneidade é um dos subprincípios da proporcionalidade e, segundo Alexy⁴⁵, expressa a pretensão, contida no conceito de princípio, de alcançar a maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas. Sobre o assunto, refere que o Tribunal Constitucional Alemão considerou inconstitucional lei que exigia a prova de conhecimentos técnicos comerciais por parte do comerciante que quisesse instalar uma máquina de tabaco, em face da vulneração à liberdade de profissão e ofício, garantida pelo artigo 12.1 da Lei Fundamental Alemã. O fundamento central foi no sentido de que, no caso do estabelecimento onde se havia instalado a máquina de tabaco, a prova de conhecimentos comerciais específicos não era idônea para proteger os consumidores dos danos econômicos ou de danos para a saúde.

Entre nós, Greco⁴⁶ sustenta que o problema das ações neutras deve ser resolvido no tipo objetivo da cumplicidade, especificamente, na valoração do risco criado como juridicamente desaprovado ou permitido. Destaca o crité-

43 Sousa Mendes, 2008: 167.

44 Frisch, 1995: 64.

45 Alexy, 2002a: 27.

46 Greco, 2004: 138 ss. Do mesmo autor, ver Greco, 2007: 73 ss.

rio da idoneidade da proibição para a melhora da situação do bem jurídico concreto, como diretriz de interpretação para limitar o alcance do tipo objetivo da cumplicidade. Conclui no sentido de que se a proibição melhorar de modo relevante a situação do bem jurídico, dificultando de alguma forma a sua lesão, já será ela legítima, e o risco criado juridicamente desaprovado.

2.5. Tipicidade subjetiva

A exclusão da tipicidade das condutas neutras de intervenção no delito, em consonância com as elementares subjetivas, norteia-se nas seguintes linhas de pensamento: a) referência de sentido delitivo (negação do dolo eventual); b) ponderação de interesses; c) relevância dos conhecimentos especiais do agente.

2.5.1. A referência de sentido delitivo

Sustenta Roxin que não há ações neutras *per se*, devendo o aplicador da lei ater-se ao contexto em que é praticado o fato, punindo-se o participante apenas nas hipóteses de dolo direto, ou seja, quando o agente tem a intenção de praticar o crime, manifestando a conduta uma “referência de sentido delitivo”. Já nas situações de dolo eventual, em que o agente assume o risco de produzir o resultado, apregoa, em regra, a não-punição do agente, salvo quando caracterizada uma inclinação reconhecível ao fato delituoso.

O referido autor considera, por exemplo, que deve ser punido como cúmplice num homicídio o padeiro que vende o pão ao seu cliente, sabendo de antemão que este o pretende envenenar e servir às suas visitas⁴⁷.

Adepto da teoria da impunidade por dolo eventual, Otto refere que “as ações profissionalmente adequadas não cumprem o tipo da cumplicidade se

47 Afirma Roxin que “[s]e o vendedor o sabe, a sua conduta perde a natureza de um negócio diário ‘neutral’ para se converter num ataque ao bem jurídico. Dificilmente se deixará a discutir a cumplicidade, apesar da atividade de venda ‘normal’, se o comprador comunica ao vendedor que pretende utilizar o objeto comprado para um arrombamento ou para um envenenamento. Por que se deve entender de forma diferente se o vendedor obteve a mesma informação de outro modo?”. Roxin *apud* Faria, 2005: 41. Em sentido contrário, Faria observa que “[n]ão basta, por isso, a consideração abstrata de que o agente não criou um risco especial, como deixa sustentar Jakobs, como não basta a consideração, igualmente abstrata, de que existiu um ‘certo’ dolo, mas é necessária a ponderação das circunstâncias concretas do caso, entre as quais se contam evidentemente os conhecimentos do agente, a fonte da informação, a natureza e a dimensão do negócio em causa, entre outros fatores. Com o que provavelmente acabamos por admitir que o que confere aqui sentido à ação é uma consideração puramente objetiva da conduta”. Faria, 2005: 42.

o agente que presta ajuda não conhece o fato principal nem o favorece intencionalmente, ainda que abarque sua realização com dolo eventual⁴⁸

Rueda Martins⁴⁹ destacou as seguintes características das ações neutras: 1) supõe um favorecimento na comissão de um fato doloso que um autor principal resolveu realizar; 2) se encontram na fase dos atos preparatórios; 3) existem dados objetivos que o demonstram. Após analisar os critérios relevantes utilizados na temática, adere à teoria de Roxin, aludindo à “referência de sentido delitivo”, isto é, quando a contribuição seja de valor para o autor sob o pressuposto do fato punível planejado e sempre que o contribuinte o saiba, extraindo o sentido social típico de uma ação por intermédio do tipo subjetivo (componentes cognitivo e volitivo), o qual antecede o tipo objetivo.

No mesmo sentido a lição de Ambos⁵⁰, para o qual não há ações cotidianas *per se*, dependendo da finalidade e do contexto global do cometimento da conduta, devendo o contributo ser portador de um sentido delitivo para se atribuir relevo jurídico-penal. O referido autor, por seu turno, nega a punição do agente a título de dolo eventual, em face do princípio da confiança.

2.5.2. Teoria da ponderação de interesses

A teoria da *ponderação de interesses* apreende a problemática das ações neutras como uma questão envolvendo colisão de interesses, utilizando-se da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para lançar seus fundamentos, imprimindo relevo ao princípio da proporcionalidade como fio condutor para a solução do conflito estabelecido.

Wohlleben⁵¹ sustenta a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Alexy ao campo da ponderação de interesses, ao entender que se legitima a punibilidade de um numeroso grupo de ações neutras de cumplicidade sobre a base do consenso social sobre a permissividade da conduta e das regras do

48 Otto *apud* Robles Planas, 2003: 62.

49 Rueda Martins, 2013: 122, 131-133.

50 Ambos, 2003: 31-32.

51 Wohlleben *apud* Robles Planas, 2003: 61. Consoante Robles Planas, é duvidosa a existência de consenso normativo sobre se a atividade profissional dos taxistas abarca a conduta de acompanhar os delinquentes até o lugar do fato, ou se entre os princípios de conduta dos padeiros se inclui a venda de pão sabendo de sua posterior utilização delitiva. Refere que a teoria da adequação profissional deve ser prestigiada por levar a problemática ao decisivo terreno das relações entre as regras que regem uma concreta atividade (escritas ou não) e as normas penais. Todavia, como sustenta o referido autor, o ponto de referência do “adequado” não está contido em normas setoriais, mas sim em normas gerais, em uma estrutura de imputação geral que em nenhum caso vem determinada por normas que regulam a profissão (*op. cit.*, 99-101).

discurso que conduzem a ele, bem como do sentido do “precedente”. Refere, ainda que, “quanto maior é a segurança da lesão do bem jurídico mais peso adquire o lado do ‘prejuízo’, em menor medida é adequada sua aprovação”.

O uso de um precedente, como destaca Alexy⁵², significa a “aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”, mostrando-se, assim, como um “procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional”.

2.5.3. A problemática dos conhecimentos especiais do agente: Punição dos pensamentos?

No tocante aos conhecimentos especiais, isto é, aqueles que ultrapassam o saber do homem médio, mister é trazer a lume o seguinte exemplo: Um determinado indivíduo está cursando arquitetura na Faculdade e, durante as férias, trabalha ocasionalmente como mestre de obras em uma construção. Tendo a ciência de que a projeção da obra contém falhas técnicas nas dimensões e na estrutura, com potenciais riscos aos adquirentes das unidades condominiais, é cabível a sua responsabilização penal, em caso do posterior desabamento da edificação?

A questão em pauta é tida por alguns autores⁵³ como o nó górdio dos casos de participação mediante ações neutras, afetando, de um modo geral, a toda a teoria da imputação objetiva.

Vale trazer à colação outros exemplos⁵⁴:

- 1) Um vendedor responde como cúmplice de um delito de contaminação do meio ambiente por vender matéria-prima a uma fábrica, sabendo que esta fábrica é conhecida por processar matérias-primas sem adotar as medidas dispostas por lei para evitar a contaminação ambiental?
- 2) Responde como cúmplice de um delito de corrupção de funcionários o caixa de um banco que entrega uma forte soma de dinheiro ao titular da conta, sabendo que este utilizará o dinheiro para corromper alguns juízes?

52 Cf. Alexy, 2005: 268.

53 Dentre eles, *v.g.*, Robles Planas, 2003: 203.

54 Caro John, 2013. Para o referido autor, em ambos os casos os intervenientes não atuam como cúmplices, pois suas condutas se inserem dentro de um espaço de liberdade juridicamente reconhecido ao cidadão em um Estado de liberdades, que coincide com sua atividade, profissão ou ofício cotidiano. Logo, o significado social das condutas coincide neste contexto com o significado normativo de neutralidade.

Para Jakobs⁵⁵, não há se falar em criminalizar a conduta do agente, sob pena de ofensa ao Direito Penal do fato. As críticas à tese subjetivista residem na insuficiência do critério adotado, bem como à crise do lado subjetivo do fato, o que implicaria em se admitir um autêntico Direito Penal do autor ou Direito Penal de atitude interna, punindo-se a mera cogitação, em afronta aos princípios do Estado de Direito.

Argumenta-se, também, que a ignorância do agente seria premiada, isto é, incentivar-se-ia o “não-saber”, ainda que, externamente, as condutas praticadas sejam idênticas.

Ainda, afigura-se legítima a punição de ações neutras, centrando-se a aferição da relevância penal tão-somente no plano do autor material e na vontade do cúmplice? Seria justificável a antecipação da tutela penal a tal ponto?

Fernanda Palma⁵⁶, em resposta a tal indagação, analisa o contributo do cúmplice sob a perspectiva da segurança dos bens jurídicos e da diminuição da liberdade de ação da vítima, critério também utilizado para a punibilidade da tentativa. Afirma que “[a]s fronteiras da cumplicidade são dadas por um estabelecimento de limites mínimos de contribuição no fato compartilhado”. A referida autora sustenta, ainda, que “[u]ma atividade ‘neutra’ do cúmplice tem de implicar a elevação do risco para os bens da vítima, para além do risco normal resultante da conduta do autor material, isto é, tem de assumir também um conteúdo de ilícito”.

Pufendorf sustentou a não punição da *nuda cogitatio*, utilizando como um de seus argumentos a falta de ofensividade para terceiros dos pensamentos

55 Afirma o mencionado doutrinador que “os conhecimentos especiais constituem algo sobre o que não há nenhuma obrigação de alguém adquirir ou manter; trata-se de pura subjetividade, e nada mais. [...] Explicando de outro modo, a relevância jurídico-penal dos conhecimentos especiais ficaria limitada aos conhecimentos efetivamente existentes, é dizer, ao dolo. Entretanto, um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica”. Jakobs, 2007: 51-52. Ver, ainda, do mesmo autor: Jakobs, 1991: 515-524.

56 Palma, 2006a: 99-100. A exigência da exteriorização da ação atende às premissas garantistas de um Direito Penal do fato, em contraposição ao Direito Penal da vontade ou da atitude interna, conforme explicita Ferrajoli: “[o] que o pensamento iluminista subtrai à criminalização e ao controle é, sobretudo, o interior da pessoa em seu conjunto, quer dizer, sua alma ou sua personalidade psicofísica [...]”. Nenhuma outra doutrina filosófica, na minha opinião, realizou uma tarefa histórica de secularização e de liberalização do direito penal como a do utilitarismo e a conexa da separação entre direito e moral. Sobre a base dos dois requisitos de danosidade para terceiros e de exteriorização da ação, não só a proibição dos atos internos, das intenções, dos vícios e das opiniões, mas também a de uma quantidade incomensurável de comportamentos e de inclinações desviantes, tradicionalmente punidos em homenagem à equivalência pré-moderna entre delito e pecado, foi submetida pelo pensamento penal iluminista a uma crítica dissolvente que não tem precedentes, nem voltará a se repetir na história da cultura jurídica”. Ferrajoli, 2006: 442-443.

não manifestados. Todavia, como assinala Sousa Mendes⁵⁷, tal argumento acaba não sendo satisfatório, “porque há outras situações igualmente desprovidas de ofensividade, mas que são puníveis: por exemplo, a tentativa. Qual é a diferença?”.

Dan-Cohen⁵⁸, em sua obra *Harmful Thoughts*, realiza um interessante estudo sobre a influência dos pensamentos sobre o comportamento humano, partindo da seguinte indagação: Podem os estados mentais da pessoa, tais como intenções ou emoções, afetar os outros, mesmo na ausência de qualquer ação ou expressão por parte dessa pessoa? O referido autor entende que sim, citando o seguinte exemplo: diante de um desastre no qual o pai perdeu o filho, morto em um acidente, restou afetada a relação pai e filho, definida pelo autor como “termo relacional”. Tal situação, sustenta Dan-Cohen, possui implicações normativas e filosóficas, sobre os limites do individualismo e o princípio do dano.

Por sua vez, Greco⁵⁹ propõe a distinção entre três espécies de dados subjetivos: 1) dados subjetivos cognitivos: aqueles que se referem a um estado da realidade externa; 2) dados subjetivos emocionais: os referentes a um estado de ânimo; e 3) dados subjetivos opinativos: os que se traduzem em opiniões, valorações, sobre uma determinada realidade externa. Para o referido doutrinador, o princípio do *cogitationis poenam nemo patitur* não pode ser aplicado a dados subjetivos cognitivos, e estes são os elementos subjetivos que se apresentam nos casos de ações neutras. Os dados subjetivos cognitivos, explica Greco, não surgem da psique do agente, mas sim da realidade exterior, o que implica em maior liberdade, a qual deve ser exercitada com equivalente responsabilidade.

Assim, a existência dos elementos subjetivos cognitivos deve ser considerada para a aferição de cada situação concreta, pois uma realidade exterior pode conter distintos significados, de acordo com o respectivo contexto, com reflexos na seara criminal. O exemplo referenciado por Greco, qual seja, o da vítima que, induzida por terceiro, pega um avião que vem a explodir, em virtude de uma bomba instalada em seu interior, é esclarecedor no tocante ao relevo penal dos conhecimentos especiais, variando a solução conforme a presença ou não dos dados subjetivos cognitivos.

57 Sousa Mendes, 2007: 191-192 (nota 417).

58 Dan-Cohen, 1999.

59 Greco, 2004: 130-132.

2.6. Solução da justificação

Segundo a corrente de entendimento que sufraga a solução da justificação às hipóteses de ações neutras, é mister um juízo de ponderação ou de proporcionalidade entre os direitos fundamentais postos em jogo.

Noutras palavras, a conduta neutra possui tipicidade, estando prevista abstratamente na moldura penal; todavia, não ultrapassa o campo da ilicitude penal, em face da ponderação em torno do conflito de interesses entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* individual.

Consoante ensina Canotilho⁶⁰, contém o princípio em tela três subprincípios constitutivos, a saber:

- a) Princípio da conformidade ou adequação de meios: Revela que a medida a ser adotada com o intuito de almejar o interesse público deve ser apropriada à persecução da finalidade a ele inerente;
- b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade: Salienta o fato de que o indivíduo tem direito à menor desvantagem possível. A doutrina vislumbra outros elementos substanciais, quais sejam: 1) a exigibilidade material, uma vez que o meio empregado deve ser o que menos imponha limites aos direitos fundamentais; 2) a exigibilidade espacial, que conduz à imperiosa limitação no âmbito da intervenção; 3) a exigibilidade temporal, no que pertine à delimitação temporal à medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal, visto que a medida deve ser circunscrita à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados;
- c) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: Mesmo quando presentes a necessidade e a adequação da medida coativa do poder público visando atingir certa finalidade, necessário se perquirir se o resultado obtido com a intervenção é proporcional a “carga coativa” da mesma. Trata-se, então, de sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, num juízo de ponderação ou de justa medida.

A liberdade de exercício profissional é um direito fundamental que encontra limites na própria Constituição, como se depreende da leitura do artigo 5.º, inciso XII, da Carta da República Brasileira, norma constitucional de eficácia contida ou restringível por disposição normativa do legislador infraconstitucional.

⁶⁰ Canotilho, 2003: 266 ss.

A aplicação do ventilado princípio, de maneira genérica e sem uma maior fundamentação, pode desvirtuar a sua natureza, permitindo soluções arbitrárias ou decisionistas, ferindo os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariedade⁶¹.

Destarte, o “uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de ‘recolocar’ a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial”⁶².

2.7. A conduta típica de intervenção no delito

A intervenção no delito é pautada pelos princípios da mínima restrição possível da liberdade de atuação e da auto-responsabilidade.

Referida teoria, propugnada por Robles Planas⁶³, aborda a distinção clássica entre autoria e participação sob um critério quantitativo, tomando em conta a influência de cada interveniente na realização direta do tipo, as características do fato e a decisão sobre a produção do delito.

Para o referido autor, não há se falar em injusto “alheio” na conduta do terceiro que adere à conduta do autor principal, mas sim, na existência de uma conduta típica de intervenção no injusto, cuja consecução contou, de igual modo, com o obrar do interveniente.

Em relação aos limites da cumplicidade punível, entende que somente se pode castigar o partícipe no momento em que se interpreta o fato principal como também fato próprio, seccionando dois grupos de casos: a) quando se infringem deveres especiais que o ordenamento jurídico impõe precisamente para evitar que tais condutas sejam tomadas por outro para a comissão de um delito; b) quando não existem deveres especiais.

Diante da situação em que há deveres especiais ou regulações para o desempenho de determinada atividade, Robles Planas sustenta que o orde-

61 Ensina Ferrajoli que, “[c]orrelativamente ao princípio de legalidade estrita – que caracterizamos como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legislativa, dirigida a assegurar a determinabilidade das denotações jurídicas – pode-se formular conseqüentemente um princípio metaprocessual de estrita jurisdicionalidade, que equivale a uma *regra semântica de formação da linguagem jurisdicional* dirigida a assegurar a determinabilidade das *denotações fáticas*. Trata-se na realidade não de uma, mas de uma série de regras que exigem, como condição da estrita jurisdicionariedade, isto é, da verificabilidade e da refutabilidade das teses que no processo enunciam os fatos e as provas, que tanto aquelas como estas sejam exatamente individualizadas mediante descrições precisas e sem o uso de palavras vagas ou valorativas”. Ferrajoli, 2006: 120.

62 Cf. Streck, 2009: 87.

63 Robles Planas, 2003: 181-273 e 314-318.

namento jurídico fixou determinadas “posições de garantia” para evitar que determinados bens e atividades formem projetos delitivos alheios.

Assim, refere que a maioria dos casos de condutas neutras ficam à margem da cumplicidade no delito, exceto quando se verifique a infringência a um dever especial da posição jurídica (*v.g.*, o notário que, em um contrato de compra e venda de uma firma, conhecia a vontade das partes de fixar um preço real menor do qual, por sua vez, dava fé em um contrato escrito, produzindo efeitos fiscais, com a redução do imposto sobre a aquisição de bens imóveis) ou quando a aporção do bem ou prestação pessoal se recorta especialmente para que encaixe no projeto delitivo (*v.g.*, um advogado explica a seu cliente como deve cometer um determinado delito para não deixar “rastros”).

Por fim, nos casos em que não há presença de intervenção punível no delito, na lição do citado doutrinador, subsiste a possibilidade de apreciar um delito de omissão do dever de impedir determinados delitos (artigo 450 do Código Penal Espanhol).

2.8. Posicionamento pessoal

Após um panorama sobre as principais teorias que regem a pesquisa em foco, observa-se a existência de soluções objetivas, subjetivas e intermediárias para tentar compor a problemática da relevância penal das condutas neutras ou cotidianas.

Quem está na origem das teorias objetivas? Terá sido Schaffstein⁶⁴, com a sua idéia de que a cumplicidade só seria punível se o cúmplice tivesse aumentado o risco da consumação do crime por parte do autor?

Passando para o domínio das ações neutras, pode-se argumentar que as teorias objetivistas, na prática, acabam eliminando o conceito de ação neutra, pois se exigem um aumento do risco, então a ação já deixa de ser “neutra” para passar a ser relevante. Nesse caso, que falta faz o conceito de ação neutra?

Desse ponto de vista, as doutrinas subjetivistas são mais coerentes, pois arrancam da constatação de que a ação é mesmo indiferente para a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico.

64 Schaffstein buscou resolver problemas causais com a idéia do risco, aduzindo que podia prescindir-se da construção auxiliar da cumplicidade psíquica “se nos socorrermos do princípio geral de imputação do aumento de probabilidades criador do risco, princípio que naturalmente reclama aplicação imediata na cumplicidade, já que esta, diferentemente da autoria, não está qualificada por critérios específicos de imputação”. Cf. Roxin, 2004: 151.

Por outro lado, como resolver o caso colhido na literatura do devedor que paga a dívida, sabendo que o dinheiro será utilizado pelo credor para comprar uma arma e matar determinada pessoa? Ou mesmo do dono do hotel que aluga um quarto para um traficante, sabendo da origem ilícita do dinheiro que será pago a título de diária?

No tocante aos critérios adotados para a compreensão dogmática das ações neutras, a solução mais adequada para o juízo de tipicidade da conduta “neutra”, a nosso ver, é a que exige uma colusão objetivo-subjetiva, isto é, uma conexão de risco que evidencie uma referência de sentido delitivo (dolo direto) ou a inclinação reconhecível ao fato (dolo eventual), bem como a idoneidade da conduta para a ofensa ao bem jurídico, levando-se em conta os conhecimentos especiais do agente ao tempo do fato.

Em relação à culpabilidade, o Tribunal Supremo Espanhol entendeu que para sua configuração, sempre haverá de resultar necessário, junto com o conhecimento e a vontade de colaboração na comissão do delito, um aporte objetivo, qualquer que seja a sua natureza, desde o mero conselho ou assessoramento na realização de atos materiais, que, sem necessidade de ser determinante para ver cumprido o desígnio criminal, mas sim que suponha, em qualquer caso, um conteúdo auxiliador, não indiferente senão realmente eficaz, em relação com a conduta agressora do bem jurídico protegido levada à cabo pelo autor⁶⁵.

Ensina Roxin⁶⁶ que “quem se mantém dentro do marco do risco permitido, não comete uma ação final de homicídio ainda que tenha querido a realização do risco que efetivamente se produz”.

As ações neutras, em regra, são condutas atípicas, não sendo passíveis de reprimenda penal, desde que não transcendam o campo ético da liberdade profissional, associando-se à prática delitiva, sob a “roupagem” do livre exercício de uma atividade. Noutras palavras, se, no caso concreto, for comprovado que a conduta do agente ultrapassou o risco permitido, tornando-se idônea para afetar o bem jurídico tutelado, com a presença do elemento subjetivo cognitivo, entende-se que o contributo adquire relevância jurídico-penal.

65 Cf. STS, Resolução 185/2005, Recurso 773/2004, Ponente: Jose Manuel Maza Martins, j. 21-02-2005.

66 Roxin, 2004: 166.

Nessa linha de raciocínio, afirma Fernanda Palma que a “relação consciente com o risco da ação típica só duvidosamente cabe na esfera de risco permitido”⁶⁷.

A conduta típica de intervenção no delito depende, pois, de uma inferência objetivo-subjetiva, assim como ocorre na tentativa: a conexão de risco entre a conduta praticada no mundo da vida e o contexto delitivo é o elo de ligação entre o “ser” e o “dever-ser”, mediante o processo comunicativo de imputação penal legítima.

Logo, não há ações neutras de *per se*, devendo ser considerado o respetivo contexto e a finalidade ou o propósito do agir por parte de cada interveniente no delito.

A esse respeito, vale lembrar a lição de Aristóteles⁶⁸, na obra *Ética a Nicômaco*, sobre a virtude, a qual é vista como “uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão”, acrescentando, ainda, que “é um estado mediano entre dois vícios, um constituído pelo excesso e outro constituído pela deficiência”.

A discussão em torno dos limites e da relevância penal das ações neutras encontra eco na parte especial do Direito Penal, sobretudo na análise dos crimes econômicos, a exemplo do branqueamento de capitais, em que a distinção entre os parâmetros do comportamento no campo da licitude ou da ilicitude não raras vezes é dotada de complexidade, haja vista que se insere na atividade econômica normal.

3. A FENOMENOLOGIA DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

3.1. Delineamentos preliminares

O mundo pós-moderno vem presenciando as transformações sofridas na economia dos países, com a abertura dos mercados internos e a formação de

67 Palma, 2002: 99. Conforme a referida autora, “[a] regra do risco permitido é apenas uma proteção da liberdade de ação que impede a responsabilidade pelo risco e possibilita a ação numa sociedade de risco. Não está coberta pela regra de risco permitido uma sua utilização para a criação de danos consciente”. Palma, 2002: 99.

68 Aristóteles, 2007: 77. Por outro lado, Aristóteles refere que nem toda a ação ou paixão admite a observância de uma devida mediania, citando, entre as ações, “o adultério, o roubo e o homicídio”, pois, na sua visão, “são condenáveis como sendo más em si mesmas – não é o excesso ou a deficiência delas que condenamos” (Aristóteles, 2007: 78).

blocos econômicos tendentes a forjar estruturas competitivas num cenário traçado pelas amarras da globalização e do capitalismo.

A própria noção de Estado nacional e suas específicas funções de soberania entraram em crise, devido a circunstâncias externas (criação de espaços políticos supranacionais, como a União Européia, por exemplo) e internas (movimentos de regionalização e autonomia, que levaram à proliferação de poderes subestatais, cujo traço marcante se denota na privatização de funções e tarefas tidas como pilares do Estado). Tais elementos parecem confluir no sentido da desagregação e desarticulação estatal⁶⁹.

Nesse sentido, determinados efeitos permeiam o âmbito das relações jurídicas, consubstanciados nos inúmeros tratados e convenções internacionais engajados, ao menos em tese, na solução dos conflitos situados além-fronteiras.

A superação da crise da soberania dos Estados reclama a reconstrução do Direito Internacional, em prol da autonomia dos povos e do paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou, como refere Ferrajoli⁷⁰, um “constitucionalismo de Direito Internacional”.

À guisa disso, são perceptíveis os reflexos na Ciência Penal, em face de atividades criminógenas que desnudam uma importante ramificação daquela: o Direito Penal Econômico. Nesse quadrante, em virtude da “multiplicidade e variedade dos âmbitos de intervenção da ordem jurídico-administrativa dos nossos dias, também o direito penal secundário nos surge sob o signo da multiplicidade e da diversidade”. E, considerando que tal intervenção é percebida, nomeadamente “no domínio da economia, bem se compreende que aquele direito se apresente hoje, no seu núcleo essencial, como *direito penal econômico* ou, se quisermos, como *direito penal administrativo econômico*”⁷⁰.

A delinquência econômica organizada, via de regra, fere de morte um bem jurídico metaindividual, qual seja, a ordem socioeconômica do Estado.

Mister é a compreensão de que, quando se lesa o sistema econômico-financeiro de uma determinada extensão territorial, em verdade, se apunhala, oblíqua ou indiretamente, o seio social. Isto porque o desequilíbrio daquele sistema impede a consecução de programas assistenciais e caritativos, bem como os órgãos oficiais prestadores de serviços públicos – segurança social, saúde, educação, entre outros – amargam insofismável deficiência funcional.

69 Faria Costa, 2001.

70 Cf. Figueiredo Dias, 1998a: 38.

Os conflitos intersubjetivos imersos, no mais das vezes, no campo (ideal) da literatura (a qual se utiliza, amiúde, de situações fictícias), cedem lugar a um novo contexto, forjado pela criminalidade “dourada”, que compreende uma gama variada de crimes, tais como, os fiscais, de “colarinho branco”, contra as relações de consumo, o meio ambiente, etc. Desse modo, a objetividade jurídica afetada traduz-se em valores supra-individuais, que dizem respeito ao (regular) funcionamento da sociedade e do Estado.

Figueiredo Dias⁷¹ assinala que, em todos os Estados, “se pressente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinquentes económicos ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada ressonância simbólica”. Em razão disso, defende que “a sociedade deve formular particulares exigências ao seu ordenamento penal económico”, concluindo que “em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de *igualdade material* entre os cidadãos”.

3.2. Mercado, criminalidade organizada e Direito Penal

O crime organizado apresenta-se como uma espécie da interface penal-econômica, constituindo uma rede hierárquica e monetariamente estruturada, alicerçando-se, em regra, na participação de agentes estatais ávidos pela obtenção de lucratividade ilícita e desmesurada.

Conforme a Rede de Combate aos Crimes Financeiros do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos (FINCEN), o crime organizado está assumindo um papel cada vez mais significativo, o que ameaça a segurança das pessoas, dos Estados e das instituições democráticas⁷².

A proliferação do sistema capitalista, notadamente sob o modelo (neo) liberal, aliado ao desenvolvimento de novas tecnologias, entre outros fatores, fomentaram a criação de estruturas criminógenas em diversos países, cujo traço característico é a complexa teia organizacional.

O poderio econômico e a influência desse tipo delinqüencial, não raras vezes infiltrado no tecido estatal, podem levar ao rompimento do ordenamento jurídico (existência, validade e eficácia da norma), e, conseqüentemente, desvirtuar a preservação/proteção dos direitos fundamentais⁷³.

71 Figueiredo Dias, 1998b: 386.

72 Lilley, 2001: 17.

73 Sobre a relação entre o poder econômico e o delito, bem como a tutela penal de interesses supra-individuais, cf. Tiedemann, 1985.

Na lição de Ferrajoli⁷⁴, a criminalidade que mais afeta os direitos fundamentais é a criminalidade do poder, a qual é dividida em três espécies: a) criminalidade dos poderes criminais: é o crime organizado, representado pelo terrorismo de um lado, e pela grande criminalidade das máfias e das camorras do outro; b) criminalidade dos grandes poderes econômicos: manifesta-se na difusão de poderes desregulados, que tem como regra o benefício e a auto-acumulação, diante do vazio do Direito Público e do Direito Penal Internacional em face da globalização; e c) criminalidade dos poderes públicos: apresenta fenomenologia complexa e heterogênea, tendo em vista as diversas formas de corrupção e apropriação da coisa pública, além dos crimes contra a humanidade, correspondendo a uma patologia do ordenamento, decorrente da crise do Estado de Direito e da própria democracia.

A despeito disso, remanesce uma dificuldade por parte dos Estados na conceituação jurídica da ventilada realidade fenomênica. A literatura, a seu turno, tem se ocupado dessa tarefa, extraíndo definições e predicados com o escopo de viabilizar sua apreensão normativa.

Consoante Cervini e Gomes⁷⁵, uma associação ilícita organizada apresenta algumas das seguintes características:

- I) hierarquia estrutural;
- II) planejamento empresarial;
- III) uso de meios tecnológicos avançados;
- IV) recrutamento de pessoas;
- V) divisão funcional das atividades;
- VI) conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;
- VII) oferta de prestações sociais;
- VIII) divisão territorial das atividades ilícitas;

74 Ferrajoli, 2005: 74-77. Assiste razão a Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, ao enunciar que “[...] *el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente e en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él*” (Ferrajoli, 1995: 335). Tradução livre: “[...] o fim do direito penal não é reduzível à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. É, isto sim, a proteção do débil contra o mais forte: do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como do débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele”.

75 Cervini & Gomes, 1997.

- IX) alto poder de intimidação;
- X) alta capacitação para a prática de fraude;
- XI) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Sobreleva notar que os Estados Unidos e outros 123 países, incluindo o Brasil, assinaram a Convenção das Nações Unidas sobre Delinquência Organizada Transnacional, durante uma conferência realizada entre os dias 12 e 15 de dezembro de 2000, na cidade de Palermo, Itália.

A Convenção pretende promover a cooperação entre os Estados-Partes para prevenir e combater mais eficazmente o crime organizado internacional, estabelecendo alguns traços básicos, tais como, o intuito econômico, a estabilidade, a transnacionalidade, a participação de mais de três elementos, além de conceitos como o de delito determinante, delito grave, entrega vigiada, grupo estruturado, bens, etc.

Observa-se que a criminalidade da globalização tem um perfil nitidamente econômico⁷⁶, em virtude da adoção de políticas neoliberais que claudicaram diante dos poderes privados internacionais, os quais impuseram aos Estados regras uniformes diante da (in)capacidade dos controles político e jurídico⁷⁷.

Como salienta Silva Sánchez⁷⁸, duas são as características mais significativas da criminalidade da globalização: a) trata-se de uma criminalidade organizada, contando com uma estrutura hierarquizada de pessoas; b) é uma criminalidade de sujeitos poderosos, destacando-se a magnitude dos efeitos, a capacidade de desestabilização dos mercados e a corrupção de servidores e governantes.

Na atual quadra da história, os efeitos da denominada “crise de 2008” são disseminados entre os Estados, assinalando-se o vácuo normativo decorrente da globalização das relações econômicas e sociais, a (des)regulação do mercado financeiro e, sobretudo, a assunção de riscos por instituições que nunca foram regulamentadas.

Assim, se por uma vertente, é mister coligir esforços na tentativa de impedir o recrudescimento da criminalidade de perfil organizado, face aos seus reflexos no contexto global, imperativa a análise do “reverso da moeda”: não se

76 Cf. Silva Sánchez, 2002: 76.

77 Gracia Martín, 2005: 66.

78 Silva Sánchez, 2002: 80.

pode, sob esta justificativa, admitir o controle das políticas públicas dos países (sub)desenvolvidos por órgãos monetários internacionais, ou mesmo, nações mais favorecidas política e economicamente. Da mesma forma, revela-se de todo prejudicial submeter os princípios fundamentais de direito interno ao jugo de um “combate” às organizações criminosas, haja vista a possível involução a um autêntico “terrorismo penal”.

Hassemer, sectário da Escola de Frankfurt, sustenta que a “criminalidade organizada” apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade⁷⁹. Entende que a melhor solução para os problemas do Direito Penal moderno reside na adoção do que intitula “Direito de Intervenção”, ou seja, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, entre o Direito Privado e o Direito Público.

Já Marinucci e Dolcini afirmam que o Direito Penal moderno deve corrigir a sua natural tendência à hipertrofia, mas deve ao mesmo tempo realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos⁸⁰.

Sustenta-se, na doutrina, a adoção de um Direito Penal de “segunda velocidade”, com a flexibilização das regras de imputação e garantias, para o trato das questões da criminalidade moderna, renunciando, contudo, à imposição de penas privativas de liberdade⁸¹.

Ora, na persecução de formas graves de criminalidade, eventual colisão com os direitos fundamentais reclama a aplicação do princípio da proporcionalidade, no sentido de otimizar os bens jurídicos em conflito. Há uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais, sendo que os princípios, diferentemente das regras, não seguem a lógica do tudo ou nada. Noutras palavras, não há direitos absolutos, razão pela qual, devem ser ponderados em consonância com as balizas do caso concreto, para aferir qual princípio possui maior peso⁸².

Assim, a nosso ver, afigura-se possível conciliar as premissas fundamentais de um Direito Penal garantista com a necessidade de intervenção estatal na defesa da coletividade, nomeadamente em face de fenômenos criminais do tipo organizado. Mesmo porque se “nenhum adequado equacionamento for

79 Hassemer, 1995: 91.

80 Marinucci & Dolcini, 1999: 819-820.

81 Cf. Silva Sánchez, 2006: 27 ss.

82 Cf. Alexy, 2002: 91-95.

adotado para o controle da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um Direito Penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do Direito Penal de um Estado constitucionalmente democrático”⁸³.

Insta salientar que, no plano internacional, os Estados são independentes, regendo-se pelas regras da coordenação e não da subordinação – ao menos em tese.

Não bastasse isso, são visíveis alguns problemas estruturais, tais como: a intrincada organização das redes criminais que desafiam as limitações das forças de ordem em reprimi-las; a desarticulação entre os setores estatais encarregados da prevenção e da repressão destas práticas; o tráfico de influência e a elevada concentração de renda, etc.

Tais indicativos desnudam um Estado desorganizado, carente de recursos materiais e humanos, e, ainda, sem uma regulação normativa que direcione sua atuação de modo mais eficaz em face do crime (organizado)⁸⁴.

É de se notar, no contexto das organizações criminosas, em geral, que o *animus lucrandi* fomenta as atividades ilícitas, como o tráfico de drogas, a extorsão mediante seqüestro, a sonegação fiscal, etc.

Na lição de Miranda Rodrigues⁸⁵, “a criminalidade organizada é uma actividade económica em sentido amplo (ou em todo caso lucrativa, embora possa ir para além disso), caracterizada por efeitos danosos avultadíssimos, normalmente económicos, mas também políticos e sociais. Destacam-se a sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, bem como a corrupção de funcionários e governantes”.

Nesse sentido, o circuito criminal só se completa com a inserção dos ativos auferidos no sistema econômico-financeiro, através de entidades (tradicionais/não tradicionais) que nele atuam.

Cumprir frisar que pouca (ou nenhuma) utilidade possui o capital “sujo”, de *per sí*, uma vez que não poderia ser usufruído pelo agente, face à presença dos órgãos de persecução criminal. Tal circunstância culminaria no confisco dos bens adquiridos.

De fato, o dinheiro precisa ser “lavado”, “legitimado”, de modo a ocultar/mascarar/afastar sua procedência ilícita. Donde resulta a importância da aná-

83 Cf. Franco, 2000: 258.

84 Ver, por todos, Maia, 1997.

85 Rodrigues, 2008: 367.

lise do fenômeno, que pode ser concebido como um complexo de operações tendentes a distanciar o caráter ilícito contido nos bens, direitos e/ou valores de “titularidade” do criminoso.

Consoante Faria Costa⁸⁶, a teia criminosa oriunda da megacriminalidade se constitui num projeto racionalmente estruturado, que passa, sobretudo, por três grupos interdependentes, que funcionam da seguinte maneira:

O grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o provi-
sionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui clara-
mente, coação e corrupção para expansão do poder e de lucro. Um outro grupo
tem como propósito primacial servir de proteção institucional a toda a rede ou
teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política,
a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, per-
mitem criar bolsas ou espaços onde a atuação criminosa se torna possível. Final-
mente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem
de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações
com instituições bancárias, com casinos e ainda com outras sociedades legalmente
constituídas. É grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso
e o normal e comum viver quotidiano.

Na lição de Botke⁸⁷, as oportunidades de uma intervenção livre no mer-
cado são repartidas injustamente quando o patrimônio monetário é prove-
niente, em grande medida, de fontes delitivas. Afirmar que ao introduzir-se
o dinheiro assim obtido, opera-se uma distorsão no mercado e na livre con-
corrência baseada na igualdade de oportunidades. O branqueamento pode
periclitar a atuação livre do mercado, podendo desembocar no poder político,
através do poder obtido no mercado.

3.3. O bem jurídico tutelado no crime de branqueamento

Reportando-se ao crime de branqueamento, qual o bem jurídico tutelado
pela incriminação?

A doutrina apresenta, basicamente, as seguintes correntes de entendimento:

⁸⁶ Faria Costa, 2001: 17.

⁸⁷ Botke, 2013: 8.

- 1) O bem jurídico tutelado pela incriminação do branqueamento de capitais seria a ordem socioeconômica⁸⁸: é a corrente que tem predominado no cenário jurídico brasileiro, identificando-se com a livre circulação de bens no mercado, a livre concorrência, a credibilidade das instituições financeiras, enfim, reportando à problemática à esfera do Direito Penal Econômico.
- 2) A objetividade jurídica seria a mesma do crime precedente⁸⁹, entendendo-se que o agente que praticou o crime subjacente não deveria ser penalizado pelo branqueamento, em face do princípio da consunção e do *ne bis in idem*.
- 3) A Administração da Justiça⁹⁰: é a tese que tem prevalecido no ordenamento jurídico português.
Consoante assinala Godinho⁹¹, esta é a posição correta, embora deva ser melhor delimitada, sustentando, em função disso que, “o que se tutela é a *pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime*, um interesse supra-individual que é posto em perigo pelas condutas de branqueamento de capitais”.
- 4) O reforço da eficácia preventiva da pena em relação ao autor do crime precedente, ao evitar a consolidação dos benefícios econômicos auferidos ilicitamente⁹².

No caso português, o artigo 368.º-A do Código Penal, que define o branqueamento, está tipificado no âmbito dos crimes contra a administração da Justiça. O delito em tela dificulta a atuação da justiça, a responsabilização dos agentes e a perda das vantagens ilícitas, sendo tal posição adotada, em sua maioria, pela doutrina lusitana.

88 Ver, entre outros, Cervini, Gomes & Oliveira, 1998: 321-323 e Brandão, 2002: 18-23.

89 Cf. Ac. do STJ de 23-3-2000 no proc. 972/99. Todavia, o entendimento recente gira em torno da distinção entre bens jurídicos, conforme ressalta, *v.g.*, o Ac do STJ de 20-6-2002, proc. n.º 472/02, reconhecendo-se a tese do concurso real de crimes. Crítico a esse respeito, Godinho afirma que “[d]iferentemente da receptação, o branqueamento de capitais não representa sob qualquer ponto de vista uma continuação da lesão do bem jurídico anterior, ou um estímulo a tal lesão, pelo que o bem jurídico protegido deverá ser encontrado de forma autónoma”. Godinho, 2001: 130.

90 Ver, por exemplo, Podval, 2001: 104-105.; Maia, 1999: 57 e Silva, 2007: 452.

91 Godinho, 2001:143 e 146.

92 Cf. Pérez Manzano, 2008: 16 e Ragués i Vallès, 2008: 183.

O bem jurídico desempenha função essencial à luz das perspectivas de um Direito Penal democrático, constituindo uma realidade material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual, que deve ser interpretada em compasso com o quadro axiológico constitucional e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito⁹³.

Noutras palavras, a teoria de bem jurídico deve ser compreendida em um processo evolutivo acerca das concepções de Estado, em face do que a ampliação da dimensão de tutela decorre da atual quadra histórica, permeada pelo desenvolvimento técnico científico e tecnológico, a existência de direitos que transcendem a esfera individual e a globalização das relações sociais⁹⁴.

Ainda que não se possa ignorar uma pluralidade ofensiva⁹⁵ na conduta típica e antijurídica tendente à reciclagem de capitais espúrios, compartilhamos do entendimento segundo o qual o foco central na incriminação do branqueamento volve-se na proteção da ordem econômica.

Eros Grau⁹⁶ a descreve como “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”.

Concorrência desleal, oscilações nos índices de câmbio, ingresso de capitais especulativos, instabilidade econômica, precariedade e imprecisão na delimitação das políticas públicas constituem exemplos dos efeitos econômicos provocados pelo branqueamento.

Tal situação se agrava, sobremodo, em face do atual cenário de crise econômica internacional, atingindo os Estados desenvolvidos ou em desenvolvimento, indistintamente, disseminando-se com intensidade em virtude de uma política neoliberal que apregoa a defesa do “Estado mínimo”, e, paradoxalmente, solicita a intervenção estatal para resgatar instituições financeiras e grandes empresas da bancarrota.

Nesse espaço de (des)regulação e (in)suficiência dos controles político e jurídico estatais, prolifera-se o branqueamento de capitais associado à criminalidade organizada, permitindo aos agentes criminosos usufruir dos lucros

93 Prado, 2003: 52-33.

94 Prado, 2003: 106.

95 Cf. Canas, 2004: 19

96 Grau, 2007: 72.

da atividade ilícita, mostrando que o crime compensa, além de investir em meios e recursos humanos, possibilitando a continuação da atividade delituosa, com a danosidade social que lhe vai associada⁹⁷.

A gravidade do crime comum (homicídio, latrocínio, roubo, furto, estelionato, extorsão, etc.) circunscreve-se, em regra, a uma certa delimitação territorial, atingindo bens jurídicos individuais (por exemplo, a vida e o patrimônio).

Já o crime de perfil econômico, com ênfase à lavagem de dinheiro, deita raízes, na sua maioria, além-fronteiras, solapando a soberania e a autodeterminação dos países. Daí dizer-se que a metaindividualidade é o traço nuclear do bem jurídico aqui tutelado (normalidade do sistema econômico-financeiro).

Aí reside justamente o problema: os bens jurídicos transindividuais são de todos e de ninguém ao mesmo tempo, o que dificulta sensivelmente a percepção e a apreensão do fenômeno na vida cotidiana. Isso deriva da própria natureza humana, no cultivo (e, não raras vezes, no culto) dos valores individuais; porém, somente se realiza, em toda a sua plenitude, na junção do uno ao todo, como uma partícula atômica.

Fernanda Palma⁹⁸ salienta que a intervenção penal legítima não está sujeita apenas ao crivo do princípio da necessidade das penas, envolvendo, também, a dialética entre a proteção de bens jurídicos inerentes ao Estado Democrático de Direito e a função de consenso da Constituição.

Botke⁹⁹ sustenta a legitimidade da criminalização do branqueamento de capitais, aduzindo que o bem jurídico tutelado é coletivo, consistente na soberania administrativa fiduciária do Estado sobre a função do mercado de ser útil à liberdade em um Estado Social de Direito.

De fato, é perceptível a influência de um certo paradigma eficientista e de uma ideologia que permeia o discurso de criminalização do branqueamento¹⁰⁰, com a utilização de expressões tais como “combate”, “guerra”, entre outras, nos diplomas internacionais, e, nomeadamente, com a excessiva ampliação dos crimes precedentes em determinados países, em atenção à recomendação do Grupo de Ação Financeira contra o Branqueamento de

97 Brandão, 2002: 22-23.

98 Palma, 2006b: 107.

99 Botke, 2013: 15.

100 Sobre o assunto, ver, por todos, Carli, 2008. Aliás, como observou Durkheim, o crime é um fato social normal, “porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível”. Durkheim, 2008: 83.

Capitais (GAFI)¹⁰¹. Parcela da doutrina sustenta que tal solução pode implicar em ofensa ao princípio da necessidade da intervenção penal e da tutela subsidiária de bens jurídicos, função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito¹⁰².

No caso brasileiro, o legislador, em recente alteração da Lei n.º 9.613/98, eliminou o rol taxativo dos crimes antecedentes ao branqueamento (“terceira geração”). A esse respeito, se, por um lado, a definição limitada e casuística dos crimes antecedentes desconsidera a tendência das organizações criminosas no tocante à diversificação de suas atividades, de outro, discute-se nesse contexto a problemática da necessidade da intervenção penal, na perspectiva da eficácia da decisão legislativa de ampliar a criminalização do branqueamento de ativos¹⁰³.

Em relação à repressão da lavagem de dinheiro em Portugal, é pertinente a crítica de Oliveira Ascensão¹⁰⁴, segundo o qual “Alargar o círculo, de maneira a fazer abranger crimes que não têm já nada que ver com a preocupação que está na origem da incriminação é confundir tudo, admitir reações desproporcionadas e pôr em causa os resultados que se pretendiam atingir”. Observa, ainda, que “o sistema repressivo tende a deslocar-se dos culpados para os inocentes. Neste caso, em vez da tarefa, tão perigosa, de pesquisar grandes potentados financeiros, a lei permite que se investiguem factos domésticos de cada um, criando a insegurança generalizada e a dependência dos órgãos repressores”.

Sem embargo, é inegável que a figura em tela possui dignidade penal, havendo a carência de tutela penal por parte do Estado¹⁰⁵, com o desiderato

101 Vale dizer que o GAFI recomenda aos países que optarem pelo critério do limiar (moldura penal aplicável à infração subjacente), que os crimes precedentes sejam todos aqueles puníveis com pena mínima superior a seis meses de prisão e máxima superior a um ano de prisão (recomendação n.º 1).

102 Brandão afirma que tal situação pretende impor, “numa lógica puramente pragmática, uma extensão do âmbito do crime de branqueamento para além do que é razoável”. Brandão, 2002: 73. Também comungam desse entendimento Ascensão, 1999: 343 e Caeiro, 2007. Ainda, discute-se, entre nós, os problemas decorrentes da definição do terrorismo e seu financiamento, bem como das organizações criminosas, havendo corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de se processar e condenar um agente por lavagem de dinheiro decorrente dos referidos crimes precedentes, com fulcro no princípio da legalidade.

103 Cf. Brandão, Nuno, 2002: 71.

104 Ascensão, 1999: 343.

105 Na lição de Costa Andrade, a dignidade penal exprime um “juízo qualificado de intolerabilidade social”, privilegiando a dignidade da tutela do bem jurídico e a danosidade social da conduta. Já a carência de tutela realça o princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* do Direito Penal, tomando por referência um juízo de necessidade e um juízo de idoneidade do Direito Penal para assegurar a tutela. A dignidade penal

de estabelecer um controle de tal espécie delitiva, sendo importante a busca do equilíbrio entre a acessoriedade e a autonomia do branqueamento de capitais, preservando-se o seu caráter instrumental.

O tratamento desigual do Direito Penal, fruto de um ambiente de distorções em determinado contexto sociojurídico no qual coabita o sistema de justiça penal, afeta o princípio do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual impõe-se “dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada”¹⁰⁶.

Urge, pois, a compreensão da (necessária) proteção dos bens jurídicos, função afeta ao Direito Penal, mormente em relação aos interesses coletivos e difusos da sociedade, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, sob pena do fencimento dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Concordamos, nesse ponto, com Figueiredo Dias, segundo o qual deve recusar-se tanto uma acentuação funcionalista como uma radicalização da perspectiva liberal e individualista, a partir da redescoberta do axioma onto-antropológico na esfera penal, eis que o ser humano tem de ser visto como ser-com e ser-para os outros¹⁰⁷.

4. AÇÕES NEUTRAS E BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS: ESPAÇOS DE LIBERDADE OU INJUSTOS PUNÍVEIS?

4.1. Notas preliminares

As condutas neutras, consoante visto alhures, são as ações socialmente adequadas ou inócuas, as quais contribuem do ponto de vista causal para o cometimento do evento delituoso.

e a carência de tutela penal “mediatizam e tornam operativos os princípios constitucionais que demarcam o horizonte da criminalização: imanência sistêmico-social, proporcionalidade, carácter fragmentário e subsidiariedade”. Costa Andrade, 1992, 184-187.

106 Cf. Baratta, 2002: 202. Sobre o problema da desigualdade na Administração da Justiça Penal e o crime de colarinho branco, remete-se à leitura de Santos, 2001. Após um estudo criminológico sobre o crime de colarinho branco, a autora lança uma derradeira interrogação: “*poderá o sistema da justiça penal ser mais justo do que a sociedade no seio do qual existe?*”, assinalando, em resposta, que “se a diminuição das desigualdades sociais pode fazer decair os números da criminalidade de colarinho branco, que é uma fonte de desigualdade na administração da justiça penal, também uma justiça mais igualitária conduzirá à diminuição do crime de colarinho branco”. Santos, 2001: 304.

107 Figueiredo Dias, 2001: 184-185.

O tráfego econômico e as operações financeiras realizadas usualmente, em princípio, não possuem contornos na seara criminal. Todavia, se a prática comercial revela que a opacidade e a diversidade das transações, em realidade, tem por finalidade dissimular a origem dos recursos oriundos de crimes graves, entra em cena a figura do branqueamento de capitais, bem como as sanções administrativas e criminais correspondentes.

O nó górdio da investigação consiste em saber se estamos diante de injustos puníveis ou espaços de liberdade profissional, a partir de uma interpretação que considere o bem jurídico tutelado, a necessidade de prevenção ao branqueamento de ativos, bem como os direitos e garantias individuais, delimitando-se o risco permitido e o momento em que ditas ações “neutras” adquirem relevância penal, expressando um sentido delituoso.

4.2. Delimitação do risco permitido: A violação aos deveres especiais pode vir a caracterizar um crime de branqueamento?

O agente que infringe os deveres especiais, tais como o de identificação dos clientes, conservação dos registros e comunicação de operações suspeitas às instâncias de controle, comete crime de branqueamento, sobretudo diante dos efeitos da crise financeira global? E se a supervisão não encaminha tais informes aos órgãos de controle? Não se estaria atribuindo às entidades privadas uma função que compete ao Estado, qual seja, o controle da criminalidade, ampliando-se a figura do garante?

Nos Estados Unidos, a legislação ampliou a criminalização do branqueamento de capitais para abranger a violação aos deveres de reportar as operações suspeitas às instâncias de controle, diferentemente da maioria dos países da União Européia, que optaram pela adoção de penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades reguladoras, a exemplo do que ocorre em Portugal. Há críticas doutrinárias quanto à opção de criminalização, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, em face da eventual infringência ao princípio *non bis in idem*, em virtude de que tais sanções, embora administrativas em sua definição, possuem natureza materialmente penal¹⁰⁸.

No caso brasileiro, o artigo 13, § 2º, alínea *a*, do Código Penal, estabelece que: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devida e podia agir para evitar o resultado. O *dever de agir incumbe a quem*: a) tenha por *lei* obrigação de cuidado, proteção ou *vigilância* [...]”. (destaques nossos).

108 Nesse sentido, Stessens, 2000: 202-203.

Tal dispositivo trouxe para o cenário brasileiro a figura do crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, instituindo uma das hipóteses da posição de garantidor, o qual possui um mandato de determinação.

Ensina Jescheck¹⁰⁹ que, nos delitos de omissão imprópria, se impõe ao “garante” um dever de evitar o resultado. Afirma o referido autor que a produção do resultado pertence ao tipo, e o garante que vulnera seu dever de evitar o resultado se vê gravado com a responsabilidade jurídico-penal pelo resultado típico.

A doutrina diverge a respeito, havendo uma corrente que sustenta que a infração desses deveres extrapenais de colaboração pode configurar um injusto penal, enquanto outro setor apregoa que em nenhuma hipótese a infringência ao dever pode adquirir relevância penal, uma vez que há previsão de responsabilização na esfera administrativa.

Blanco Cordero¹¹⁰ entende que não se pode deixar nas mãos da auto-regulação econômica do mercado a luta contra a lavagem de capitais, pois o mercado é livre, com sua tendência à maximização de ganhos, favorecendo os negócios com dinheiro sujo. Os bancos, para o referido autor, não têm interesse no descobrimento dos casos de branqueamento, em face das perdas econômicas, razão pela qual extrai a importância da colaboração entre as instituições financeiras e as autoridades por intermédio da obrigação de comunicação das operações suspeitas.

No tocante à responsabilidade penal, o referido autor defende que a omissão da comunicação por parte do empregado de uma entidade financeira de uma operação a respeito da qual existam indícios ou certeza de estar vinculada ao branqueamento de capitais pode constituir uma conduta criminosa, à luz do artigo 301 do Código Penal Espanhol. Destaca o referido autor que o empregado que, estando legalmente obrigado a comunicar, infringe seu dever, está ocultando os bens, encontrando-se em uma posição de garante, em virtude de obrigação legal de comunicar determinadas operações. Já as pessoas que exercem cargos de administração ou direção da entidade não são penalmente responsáveis por um delito de branqueamento de capitais, não se lhes atribuindo uma genérica posição de garante. Situação diversa, acrescenta o doutrinador, é a prática do crime de branqueamento como consequência do mal funcionamento dos órgãos de controle interno ou de comunicação, que

109 Jescheck, 1981: 833.

110 Blanco Cordero, 1999: 249-250.

seja diretamente imputável à atuação dolosa ou negligente dos diretores da entidade¹¹¹.

Subsistem críticas a esse entendimento, baseadas no princípio da autonomia individual (auto-responsabilidade), bem como na liberdade de atuação no mercado de capitais, sob os influxos da regra de confiança no sistema econômico e nas expectativas normativas dos membros da coletividade.

No caso português, Figueiredo Dias¹¹², em relação ao fundamento da posição de garante, sustenta a aplicação de uma teoria material-formal, isto é, a “valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à ação na situação *concreta*, por força das exigências de *solidariedade* do homem para com os outros homens dentro da comunidade”. O mencionado autor português traz à discussão o problema relativamente a uma eventual responsabilidade jurídica “por omissão das *pessoas que dirigem e fiscalizam a actividade empresarial privada*, face a fatos ilícitos cometidos pelos seus subordinados”, entendendo que deveres de garante podem ser imputados a membros de órgãos diretivos e de fiscalização de sociedade anônimas.

Entre nós, Callegari¹¹³, nas situações envolvendo agentes financeiros, entende que “não haverá conduta típica se o sujeito, quando da realização do seu trabalho, não agir com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem dos bens”.

Sobre a aplicação da figura do garante, Pereira¹¹⁴ traça interessante exemplo:

[...] se uma pessoa que se enquadra no rol daquelas que, por força de lei, deveriam comunicar operações suspeitas ao órgão fiscalizador – no caso brasileiro, o COAF – e não o faz por razões diversas, como amizade, temor ou em face de ato de corrupção, vindo a provocar benefícios ao criminoso que tenta distanciar o bem obtido de forma ilícita da sua origem, teria seguramente o sujeito atuado em posição de assumir o risco de produção de um resultado, vez que atuava naquela situação como verdadeiro garante do bom andamento do sistema financeiro bancário e, via de consequência, zelando pela manutenção da ordem socioeconômica. Ademais, em face dos depósitos fracionados e oriundos de uma pessoa que apre-

111 Blanco Cordero, 1999: 252-253.

112 Figueiredo Dias, 2007: 938-958.

113 Callegari, 2013.

114 Pereira, 2013.

sente suspeitas quanto a sua conduta moral, por si só já estaria obrigado o sujeito a comunicar tais fatos ao órgão competente, conforme prescreve a Lei n° 9.613/98, em seu art. 11, I e II.

A criminalização da conduta depende da configuração, no caso concreto, da adesão do agente financeiro ao plano delitivo do autor principal, com a ciência da origem ilícita dos ativos depositados na instituição financeira. Por exemplo, se o agente econômico costuma infringir sistematicamente o dever de comunicar operações suspeitas aos órgãos de controle, e, em um determinado contexto, realiza o depósito de um significativo aporte financeiro, com a posterior transferência para contas bancárias situadas em centros *off shore*, a conduta praticada não caracteriza mera infração administrativa, possuindo inequívoca relação de sentido delitivo¹¹⁵.

Como afirma Montealegre Lynett¹¹⁶, os “bancos têm a obrigação de observar toda a regulamentação expedida pelos diferentes órgãos públicos a fim de evitar a lavagem de dinheiro, porque elas apontam pautas de comportamento exigíveis na atividade financeira, e, portanto, marcam os limites do risco permitido”.

Portanto, a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador não tem assento, na atualidade, em uma diferença meramente quanti-

115 Sinale-se que o legislador português, na recente reforma penal, contemplou a responsabilização penal das pessoas coletivas. Nesse passo, o artigo 11, n.º 2, do Código Penal Português, pressupõe que os crimes sejam cometidos: a) por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; b) por quem aja sob a autoridade das pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância e controlo que lhes incumbem. A posição de liderança é explicitada no n.º 4 do artigo 11 do diploma penal: os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. Marques da Silva recorre ao pensamento analógico para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa coletiva, aduzindo que pode existir responsabilidade do agente individual sem responsabilidade do ente coletivo, bem como pode existir responsabilidade do ente coletivo sem responsabilidade do agente individual, “o que sucede na hipótese de órgão plural em que alguns dos membros atue sem culpa, nomeadamente por erro excludente da culpa”, destacando que, além da posição de liderança da pessoa ou pessoas físicas, “é ainda necessário que o crime daquela pessoa física tenha sido perpetrado em *nome* e no *interesse da sociedade*”. Marques da Silva, 2008: 86-96.

116 Montealegre Lynett, 2004: 51. Para as situações em que não há previsão da norma de comportamento expressa no ordenamento jurídico, o autor sustenta a necessidade de “comparar a conduta realizada pelo autor com a que teria sido feita por um prudente e diligente, na mesma situação. Se existir compatibilidade entre os dois comportamentos, a pessoa atuou dentro do risco permitido. Isso significa que, diante de uma determinada operação financeira o banco deve questionar qual é a conduta prudente e diligente que deve observar o homem médio (trata-se de um homem que pertença à categoria do autor) em uma situação tal e como se apresenta”. Montealegre Lynett, 2004: 51-2.

tativa, mas sim, qualitativa, encontrando densificação na “*exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal*”¹¹⁷.

4.3. Rol social e imputação: os limites à liberdade econômica ou profissional em face da dimensão comunitária do indivíduo

Conforme já assinalado, Jakobs entende que se o agente não ultrapassou os limites do rol social de sua atividade, não poderá ser penalizado, ainda que tivesse conhecimento de que sua conduta seria empregada na prática de ilícito penal.

Mas e o dever de solidariedade que norteia as relações na vida comunitária? O ser-com-o-outro reclama um agir positivo por parte do agente nessas circunstâncias, razão pela qual entendemos que o mesmo deverá ser responsabilizado criminalmente, não podendo servir o conceito sociológico de rol utilizado para afastar a reprimenda penal.

Se é verdade que ao legislador de um Estado de Direito não lhe é dado impor inúmeros deveres positivos de prevenção do branqueamento a profissionais, em face do princípio *neminem laedere*, não menos certa é a constatação de que há a possibilidade da instituição de deveres positivos, excepcionalmente, à luz da dimensão comunitária do indivíduo e da ausência de direitos fundamentais absolutos, os quais devem ser sopesados à luz das circunstâncias do caso concreto.

A responsabilidade comunitária dos particulares, desenvolvida por Vieira de Andrade¹¹⁸, traz em seu bojo a compreensão de que a liberdade no exercício dos direitos fundamentais não corresponde a uma “*emancipação anárquica*”, mas sim, a uma autonomia moral e a uma auto-responsabilidade social.

Em relação às limitações no uso e no acesso aos serviços financeiros, Montealegre Lynett¹¹⁹ defende a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirmando que as entidades financeiras “*como agentes econômicos que ocupam um lugar especial de preeminência no funciona-*

117 D’Ávila, 2009: 103.

118 Andrade, 2004: 142 e ss. Segundo Vieira de Andrade, o princípio da proibição do déficit significa que o “Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*. [...] Uma das limitações substâncias à protecção estadual de direitos fundamentais é justamente imposta pelos *direitos dos outros*, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais [...] E limitações e imposições semelhantes não-de valer quando estejam em causa *valores comunitários relevantes* (incluindo também a liberdade geral) que ao Estado cumpre assegurar”. Andrade, 2004: 149.

119 In Callegari, 2004: 60.

mento da sociedade, devem extremar seus deveres de diligência para evitar a realização de riscos juridicamente proibidos [...]", devendo ser considerado, ainda, que "seu exercício depende a preservação do princípio de estabilidade econômica, a conservação do crédito comercial da entidade e a não-comissão de condutas puníveis".

No tocante aos advogados, Santiago¹²⁰ preconiza uma causa de exclusão da ilicitude, a proteção de interesses legítimos, na cobrança de honorários, mesmo feita com dinheiro maculado, diferentemente da situação em que o referido profissional extrapola o âmbito do exercício normal de sua profissão, no caso de "se prestarem a ser 'correios' dos produtos do crime, designadamente para os paraísos fiscais".

Na mesma linha, Ambos defende a necessidade de um sopesamento entre o interesse estatal na persecução penal com o livre exercício da profissão, sobretudo diante dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como da liberdade de escolha do profissional por parte do cliente.

Enfim, é importante registrar que "A sociedade não é uma operosa colméia, em que cada um desempenha uma função cerrada e fechada, por destino biológico ou por imperativos sociais. A pessoa humana é autônoma e, por ela mesma, assume compromissos com outrem – *alteridade* é a palavra chave"¹²¹.

4.4. A expressão do sentido delitivo nas ações "neutras" e o princípio da unidade da Constituição: eficiência e garantia no controle do branqueamento de capitais

A Constituição não é um mero pedaço de papel¹²². Ao revés, possui força normativa e vincula os Poderes Constituídos, como se depreende da lição de Hesse:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-se ativa. Ela própria

120 Santiago, 1999: 399-400.

121 Cf. Marques, 2008: 376. A referida autora salienta, também, que "[v]ive-se em uma época de *relativismo*. No entanto, na perspectiva vaziana, quer pela ótica da ética naturalista, quer pela ótica da ética historicista, quer pela ótica da ética da linguagem, há uma constante: a preocupação com a pessoa humana em si. O sistema jurídico-penal não se atrela à concepções vazias de ética, sob pena de se transformar em bárbaro instrumento de opressão". Marques, 2008: 378.

122 Hesse, 1991: 24. Na lição de Häberle, "[a] sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato". Häberle, 2002: 40.

converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A interpretação constitucional, na visão de Freitas¹²³, configura um “*processo tópico-sistemático*, de maneira que resulta imperativo, no exame do caso, alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não-linear”.

Wróblewski¹²⁴ apresenta três tipos principais de funções da interpretação constitucional: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Salienta, enfim, que a interpretação constitucional deve apresentar-se como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

Como refere Cordeiro, na introdução à obra de Canaris sobre o pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito, “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depôr. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição”¹²⁵.

Nessa ótica, o princípio da unidade da Constituição ilumina a interpretação na busca de soluções conformes ou coerentes com a rede de princípios e regras que compõem o sistema. Referido princípio, como ensina Canotilho¹²⁶, “quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a

123 Cf. Freitas, 2007: 354.

124 Wróblewski, 1985: 94-95.

125 Canaris, 2002: CXI.

126 Canotilho, 2003: 1.123-1125.

evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Reportando-se ao tema em estudo, o reconhecimento do espaço de liberdade profissional possui validade no cenário desenhado pela neutralidade da ação praticada pelo agente, isto é, ações praticadas dentro de um contexto de normalidade cotidiana, ainda que eventualmente acabem sendo utilizadas *a posteriori* para a prática de ilícitos penais, são atípicas, pois não assumem um sentido delitivo.

A contrario sensu, se o agente, sob o pretexto da liberdade profissional, ultrapassa o risco permitido, ao praticar uma conduta que adquire uma conotação penal em virtude da unidade de sentido objetivo-subjetiva (conexão de risco), não há se falar em “neutralidade”, pois liberdade sem responsabilidade conduz ao arbítrio, ou ainda, liberdade para quem?

Um bem jurídico fundamental como a liberdade não pode servir como engodo para encobrir a prática de crimes econômicos, sobretudo a lavagem de capitais, havendo a necessidade de, à luz do contexto concreto, delimitar o espaço de validade ética ou legitimação da intervenção do Direito Penal.

Os critérios da idoneidade e da referência de sentido delitiva (ou a inclinação reconhecível ao ilícito típico), além dos conhecimentos especiais do agente, desempenham importante função no sentido de dissociar ações neutras e condutas profissionais típicas.

A ideia de Estado de Direito, ensina Machado¹²⁷, “se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”.

Um princípio de eficiência, sustenta Silva Sánchez¹²⁸, desde que aberto à sociedade e respeitando os direitos e garantias fundamentais pode legitimar a intervenção do *jus puniendi* do Estado. A eficiência, como destaca o mencionado doutrinador, não pode ser vista como um fim em si mesmo, sem olvidar da pessoa como horizonte interpretativo.

127 Machado, 2000: 59.

128 Silva Sánchez, 1996: 126-127.

Portanto, o limiar entre eficácia e garantias no controle do branqueamento deve situar-se no juízo de ponderação entre o bem jurídico e a necessidade de proteção por parte do Estado (vedação da insuficiência), e, por outro lado, os direitos, liberdades e garantias que norteiam uma autêntica democracia, que prestigia o exercício neutral de atividades econômicas ou profissionais dentro das balizas do Estado de Direito.

CONCLUSÕES

O estudo das ações neutras e seus reflexos dogmáticos na esfera do crime de branqueamento de capitais permite extrair as seguintes conclusões:

1. A ação neutra pode ser definida na esfera do concurso de pessoas como aquela conduta aparentemente inócua, socialmente adequada ou profissional, que contribui de maneira a intervir direta ou indiretamente na ocorrência de um determinado injusto penal.
2. No âmbito da teoria geral do delito, a inserção das condutas neutras é realizada ora no plano da tipicidade (objetiva/subjectiva), ora no plano da ilicitude (justificação), nas interações vertical e horizontal, como uma intervenção não manifestamente punível no injusto penal, sendo comum na perspectiva dos limites da cumplicidade punível. A nosso juízo, as ações neutras implicam em uma causa de exclusão da tipicidade.
3. Os dados subjetivos cognitivos devem ser valorados na aferição do juízo de tipicidade penal da conduta, possuindo relevância os conhecimentos especiais do agente.
4. A tipicidade das condutas neutras é excepcional, inserindo-se, via de regra, no âmbito do risco juridicamente permitido.
5. Não existem ações neutras *per se*, motivo pelo qual o contexto delitivo assume importância fundamental na definição dos limites do risco permitido/proibido.
6. A ação praticada pelo agente perde o caráter neutral, convertendo-se em típica, quando, no caso concreto, estão presentes a idoneidade da conduta e a relação de sentido delitivo ou a inclinação reconhecível ao fato por parte do interveniente no injusto (conexão de risco).
7. A violação do dever negativo (não causar dano a outrem) reclama uma análise mais aprofundada dos pressupostos de intervenção típica no injusto, podendo caracterizar um fato atípico ou, eventualmente, um tipo de ilícito por omissão do agente, se houver previsão legal.

8. A ofensa ao dever positivo ou especial (dever de auxílio/colaboração) pode implicar numa quebra da posição de garante, por defeito da organização, sobretudo em se tratando da responsabilização individual dos dirigentes, por infração de dever (crime comissivo por omissão).
9. Quando o legislador regulou o exercício de determinada atividade econômica ou profissional, a quebra ou a violação dos *standards* fixados previamente resulta em infração administrativa, podendo constituir crime, se existente uma especial posição de garante e a ação “neutra” estabeleceu uma conexão de risco em face do bem jurídico tutelado.
10. O crime de branqueamento de capitais pode ser conceituado como um complexo de operações que tem por objetivo distanciar bens, direitos e valores de sua origem ilícita.
11. O bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento é de difícil identificação, sendo um delito pluriofensivo, embora a *ratio* da incriminação seja a tutela da ordem econômico-financeira.
12. As condutas profissionais que se inserem no âmbito do branqueamento de capitais são puníveis a título de cumplicidade ou co-autoria, dependendo do contexto delitivo e do domínio do fato.
13. A violação do dever de comunicar operações suspeitas, em princípio, passível de sanções administrativas, pode eventualmente configurar crime de lavagem de dinheiro, em virtude da posição de garante, à luz da *situação concreta*, da idoneidade da conduta, bem como da referência de sentido delitivo ou da inclinação reconhecível ao injusto.
14. A ação, inicialmente neutra, profissional, converte-se em crime de branqueamento de capitais, quando presente o contexto delitivo, a conexão de risco e a idoneidade da conduta.
15. A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva – proibição do excesso e vedação da proteção insuficiente – são importantes balizadores no juízo de ponderação entre o interesse público na persecução do branqueamento de capitais, e os direitos, liberdades e garantias.

BIBLIOGRAFIA

ABEL SOUTO, Miguel

Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español. Tese de doutoramento, Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

ALEXY, Robert

2002a *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, n.º 66, set./dez., pp. 13-64.

2002b *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2005 *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. 2.ª ed., São Paulo: Landy Editora.

AMBOS, Kai

2003 “La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. *Revista de Estudos Criminais*, Ano 3, n.º 10, Porto Alegre: ITEC, pp. 23-32.

ANDRADE, José Carlos Vieira

2004 *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

ARISTÓTELES

2007 *Ética a Nicômaco*, Trad. Edson Bini, 2.ª ed., Bauru: Edipro.

ASCENSÃO, José de Oliveira

“Branqueamento de capitais: reacção criminal”, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 337-358.

BACIGALUPO, Enrique

2005 *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. André Estefam; revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim, São Paulo: Malheiros Editores.

BARATTA, Alessandro

2002 *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

BATISTA, Nilo

2008 *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BECK, Ulrich

1992 *Risk Society. Towards a New Modernity*, Trad. Mark Ritter, London: Thousand Oaks/ New Dehli: Sage Publications.

BECK, Ulrich, GUIDENS, Anthony & LASH, Scott

1997 *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*, Trad. Magda Lopes, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista.

BLANCO CORDERO, Isidoro

1999 *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*. Granada: Editorial Comares.

BOTKE, Wilfried

1998 “Mercado, criminalidade organizada e branqueamento de dinheiro em Alemanha”, Trad. Soledad Arroyo Alfonso e Teresa Aguado Correa, *Revista Penal*, n.º 2, pp. 1-16. disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

BRANDÃO, Nuno

2002 *Branqueamento de capitais: O sistema comunitário de prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora.

CAEIRO, Pedro

“Tendências recentes do controle internacional do branqueamento de capitais: um discurso alternativo” (DVD), *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira. Tendências de Reforma. Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 13 e 14 de abril de 2007*.

CALLEGARI, André Luís

2004 *Lavagem de dinheiro*, Barueri: Manole.

“Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro”, disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

CANARIS, Claus Wilhelm

2002 *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANAS, Vitalino

2004 *O crime de branqueamento: Regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina.

- CANCIO MELIÁ, Manuel
 1993 “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, V. XLVI, n.º 2, pp. 697-729.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes
 2003 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., Coimbra: Almedina.
- CARLI, Carla Veríssimo
 2008 *Lavagem de Dinheiro. Ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- CARO JOHN, José António
 “Imputación subjetiva”, Disponível em: <<http://www.alfonsoazambrano.com>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.
- CERVINI, Raúl & GOMES Luiz Flávio
 1997 *Crime organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*, 2.ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flávio & OLIVEIRA, William Terra de
 1998 *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COSTA, José de Faria
 2001 “O fenómeno da globalização e o direito penal econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 34, , abr./jun., pp. 9-25.
- COSTA ANDRADE, Manuel da
 1992 “A ‘Dignidade Penal’ e a ‘Carência de Tutela Penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, abr./jun. 1992, pp. 173-205.
- DAN-COHEN, Meir
 “Harmful Thoughts. (December 1, 1999). Boalt Working Papers in Public Law”, Paper 100, disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/boaltwp/100>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.
- D’ÁVILA, Fábio Roberto
 2001 *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
 2009 *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- DIAS, Augusto Silva
 2003 “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- DIAS, Jorge de Figueiredo
 1995 *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- 1998a “Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal Económico e Social Português”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. V. I Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 35-74.
- 1998b “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, V. I Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 375-386.
- 2001 *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- 2007 *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DURKHEIM, Émile
- 2008, *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de
- 2005 *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J.
- 1999 *Límites de la participación criminal. Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Granada: Comares.
- 2003 *Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*, trad. Nereu José Giacomolli, Barueri: São Paulo: Manole.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D.
- 2004 *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F.
- FERRAJOLI, Luigi
- 2002 *A soberania no mundo moderno*, São Paulo: Martins Fontes.
- 2006 *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, 2.^a ed. rev. amp., trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- “Criminalidad y globalización”, in *ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales*, n.º 1, Terceira Época, 2005. Disponível em: <<http://www.ciencias-penales.net>>. Acesso em 14 de janeiro de 2013.
- FRANCO, Alberto Silva
- 2000 “Globalização e criminalidade dos poderosos”, *Temas de Direito Penal Económico*, org. Roberto Podval, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREITAS, Juarez

2007 “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”, in *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva, 1.^a ed, São Paulo: Malheiros, pp. 317-356.

FRISCH, Wolfgang

1995 *Tipo penal e imputación objetiva*, dir. Enrique Bacigalupo, trad. Manuel Cancio Meliá *et al*, Madrid: Colex.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera

2008 “Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, in *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, janeiro de 2008, em: <<http://www.indret.com>>.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes

2001 *Do crime de “branqueamento” de capitais. Introdução e tipicidade*, Coimbra: Almedina.

GRACIA MARTÍN, Luis

2005 *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*, trad. Érika Mendes de Carvalho, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

GRAU, Eros

2007 *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 12.^a ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros Editores.

GRECO, Luis

2004 *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar.

2007 *Uma panorama da teoria da imputação objetiva*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

HÄBERLE, Peter

2002 *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco

1995a *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo blanch.

1995b *História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

HESSE, Konrad

1991 *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

JAKOBS, Günther

- 1991 “Representación del autor e imputación objetiva”, in *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales (ADCP)*, T. XLIV, Fasc. 2, maio/agosto, pp. 515-24, disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>.
- 2000 *Sociedad, norma y persona en una teoría de um Derecho Penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.
- 2007 *A imputação objetiva no Direito Penal*, trad. André Luís Callegari, 2.^a ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais.

JESCHECK, Hans-Heinrich

- 1981 *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Vol. II, Barcelona: Bosch.

MACHADO, João Baptista

- 2000 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.

MAIA, Rodolfo Tigre

- 1997 *O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado: anotações à Lei Federal n.º 9.034/95 (Organizações Criminosas)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- 1999 *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98*, São Paulo: Malheiros.

MARQUES, Daniela de Freitas

- 2008 *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio

“Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme de criminalità”, *Rivista Italiana di Diritto Procedura Penale*. Fasc. 3, jul./set. 1999, pp. 819 e ss.

MENDES, Paulo de Sousa

- 2007 *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2008 “O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 16, n.º 74, set./out., pp. 133-169.

NOVAIS, Jorge Reis

- 2004 *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.

PALMA, Maria Fernanda

- 2002 “Questões centrais da teoria de imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade

- penal”, in *Casos e materiais de Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 53-99.
- 2005 *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.
- 2006a *Da ‘tentativa possível’ em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.
- 2006b *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, Flávio Cardoso
 “Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?”, disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes
 2008 “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, in *Estudios monográficos*, n.º 53, Año V, outubro de 2008, pp. 16 ss.
- PODVAL, Roberto
 2001 *Branqueamento de capitais na ótica da Administração da Justiça* (Dissertação de Mestrado não publicada), Coimbra.
- PRADO, Luiz Régis
Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza
 2001 *Direito Penal. Introdução Crítica ao Direito Penal*. São Paulo: Saraiva.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramos
 2008 “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo”, *Centro de Estudios Ibero-Americano de Ciências Penais*, pp. 161-190.
- REALE, Miguel
 1994 *Teoria Tridimensional do Direito*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva.
- REALE JÚNIOR, Miguel
 2002 *Instituições de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense.
- REYES ALVARADO, Yesid
 1992 “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 45, fasc. 3 (Setembro-Dezembro), pp. 934-968.
- ROBLES PLANAS, Ricardo
 2003 *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- RODRIGUES, Anabela Miranda
 2008 *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora.

ROXIN, Claus

2004 *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3.^a ed., Lisboa: Veja.

2006 *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

2008 *Estudos de Direito Penal*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar.

RUEDA MARTINS, Maria Ângeles

“Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de um hecho doloso”, in *Revista Penal*, n.º 9, Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em 14 de janeiro de 2013.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz

2001 *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, Studia Iuridica 56.

SANTOS, Juarez Cirino

2002 *A moderna teoria do fato punível*, 2.^a ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Revan.

SANTIAGO, Rodrigo

1999 “O ‘branqueamento’ de capitais e outros produtos do crime”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, V. II Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 363-409.

SILVA, Germano Marques da

2007 “Notas sobre branqueamento de capitais em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal”, *Separata Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Almedina.

2008 “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal. Revista do CEJ*, n.º 8, 1.º semestre, pp. 86-96.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

1996 “Eficiencia y Derecho Penal”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLXI, Fasc. I, jan./abr., pp. 93-127.

2002 *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais.

STESSENS, Guy

Money Laundering. A New International Law Enforcement Model, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

STRECK, Maria Luiza Schäfer

2009 *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*,
Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAVARES, Juarez

2002 *Teoria do injusto penal*, 2.^a ed. rev. amp., Belo Horizonte: Del Rey.

TIEDEMANN, Klaus

1985 *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*,
trad. Amelia Mantilla Villegas, Barcelona: Ariel.

WRÓBLEWSKI, Jerzy

1985 *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza,
Madrid: Civitas.