

UM PANORAMA DA RELAÇÃO ENTRE TEORIA DO ABUSO DE DIREITO, AÇÕES NEUTRAS E LAVAGEM DE DINHEIRO¹

José Danilo Tavares Lobato

ABSTRACT: This paper discusses whether professional actions that are neutral by nature could be the basis for committing the crime of money laundering. In order to bring a new perspective, the paper supports the abuse of rights doctrine to solve the problem of complicity through these professional actions.

SUMÁRIO: Introdução. I. Soluções principiológicas. II. Teorias da participação criminal por meio de ações neutras. 2.1. Teorias objetivas. 2.1.1 Günther Jakobs. 2.1.2. Löwe-Krahl. 2.1.3. Winfried Hassemer. 2.1.4. Klaus Lüderssen. 2.2. Teorias subjetivas. 2.2.1. Harro Otto. 2.2.2 Schild Trappe. 2.3. Teorias mistas. 2.3.1. Knut Amelung. 2.3.2. Wolfgang Frisch. 2.3.3. Claus Roxin. 2.3.4. Jon-Mirena Landa Gorostiza. 2.4. Outras concepções teóricas. III. Ações neutras e abuso de direito. IV. Ações neutras e cumprimento de deveres jurídicos. V. Lavagem de dinheiro e ações neutras. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Para que o debate acerca da relação entre condutas neutras e lavagem de dinheiro seja recolocado nos trilhos, deve-se, primeiramente, compreender os pressupostos de base do problema. Por essa razão, o presente artigo traz de forma detalhada os fundamentos teóricos da imputação jurídica das condutas neutras, profissionais ou cotidianas. Esclareça-se que este problema é atinente ao concurso de pessoas, em especial, à participação criminal. Apesar

1 O presente consiste na análise da problemática do crime de lavagem de dinheiro a partir da adaptação e atualização de nossa pesquisa publicada no livro *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva*, de 2009.

de esta temática ser dotada de ares de novidade², as discussões dogmáticas sobre a questão foram iniciadas pela jurisprudência e pela doutrina penais alemãs há aproximadamente três décadas. Wohlleben³ informa que o termo *ações externamente neutras*⁴ surgiu, em 23 de janeiro de 1985, em acórdão do Bundesgerichtshof – BGH⁵. Nesse acórdão, o BGH denominou de neutras as ações de cumplicidade dos empregados de uma sociedade comercial, que colaboraram, com certa proximidade e internamente, com seus dirigentes na prática de crime de sonegação fiscal⁶.

Interessa notar que as perspectivas dos primeiros estudos brasileiros são herméticas e dialogam essencialmente com a doutrina alemã⁷. Os estudos mais recentes tendem a assumir uma concepção mais fluida e concedem maior espaço à doutrina espanhola. No Brasil, uma nova perspectiva surge com a defesa do dever de solidariedade em recente tese de doutorado da Universidade de São Paulo⁸. Nos estudos de língua espanhola, Robles Planas é um dos principais autores citados, o que, todavia, não significa que a sua concepção tenha uma aceitação majoritária. Apesar de, na última década, ter havido o surgimento de inúmeros estudos sobre as ações neutras, o debate ainda permanece obscuro⁹. Dentre algumas razões, destaco a principal, o não acesso à bibliografia primária. Por entender que o debate das ações neutras precisa ser descomplicado, retorno ao tema com o objetivo de trazer algumas luzes para a questão.

Como neutra entende-se uma contribuição cuja reprovação penal não seja manifestamente exteriorizada ao injusto penal alheio¹⁰. A reprovação penal

2 Na América Latina, do pouco material existente tratando exclusivamente sobre o tema, encontram-se estudos de origem brasileira, argentina e peruana. No Brasil, a primeira publicação foi: Pereira, 2002. Posteriormente, Greco, 2004; Lobato, 2005; Lobato, 2009; Lobato, 2010; Lima, 2012; Rassi, 2012. Na Argentina, conferir: Bosch, 2009; Guzmán, 2010; Robiglio, 2013. Dentre os peruanos, podemos citar: John, 2004; Terreros, 2007.

3 Wohlleben, 1996: 3.

4 “*äußerlich neutrale Handlungen*”.

5 Supremo Tribunal Federal alemão.

6 Wohlleben, 1996: 3.

7 Greco, 2004; Lobato, 2009.

8 A solidariedade defendida como critério mínimo é apenas a de cunho objetivo: Rassi, 2012: 149 e 150.

9 Assim, por exemplo, Lima, que utiliza a obra de Robles Planas como guia e adota parte de suas concepções na montagem de uma proposta unificadora de teses dogmaticamente inconciliáveis e vagas: Lima, 2012: 133-192.

10 Nesse sentido, aproximamo-nos do conceito de Greco, 2004: 110.

de tal contribuição não pode ser manifesta, isto é, a conduta de auxílio ou determinação a um fato típico e ilícito alheio não tem a razão de sua punição claramente demonstrada, isso porque existem fatores que, à primeira vista, amparam legalmente a participação criminal realizada por meio de uma ação neutra. Ressalve-se que essa primeira impressão – de que a ação contributiva para o delito alheio está efetivamente escorada no ordenamento jurídico – poderá ou não *a posteriori* se confirmar.

Antes de expormos nosso posicionamento e analisar a relação entre ações neutras e o crime de lavagem de capitais, situaremos o leitor acerca das principais propostas dogmáticas no tocante à participação criminal por ações neutras. Para tanto, adotaremos distinção próxima a de Landa Gorostiza, distinguindo quatro conjuntos de soluções teóricas. O primeiro constitui-se de soluções decorrentes dos princípios penais. O segundo chamado de teorias objetivas reúne construções que se limitam a solucionar o problema no âmbito do tipo objetivo, ou seja, que renunciam à verificação dos problemas de dolo¹¹. Em contrapartida, o terceiro grupo é o formado pelas teorias subjetivas. Estas pressupõem que as contribuições neutras satisfaçam formalmente os requisitos do tipo objetivo¹², razão pela qual se concede preponderância, na definição da reprovabilidade das ações neutras, à análise do tipo subjetivo. O último conjunto trata de teorias intermédias, ou seja, que estão entre as teorias objetivas puras e as teorias subjetivas¹³. Neste último grupo, reconhece-se que, apesar de as ações neutras serem um problema de tipo objetivo, há necessariamente que se perquirir os critérios subjetivos do tipo penal.

1. SOLUÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

Como resposta ao problema das ações neutras pode recorrer-se aos princípios penais. A adequação social foi uma das primeiras tentativas da doutrina penal de se construir uma solução ao problema que, atualmente, se insere no debate a respeito das ações neutras. Para Welzel, os tipos penais indicam formas de comportamento que transcendem ao ordenamento constituído da vida social, desse modo, nos tipos penais manifestam-se simultaneamente a natureza histórica e a social do Direito Penal¹⁴. Welzel percebe como socialmente

11 Landa Gorostiza, 2002: 67.

12 Landa Gorostiza, 2002: 66 e 67.

13 Landa Gorostiza, 2002: 69.

14 Welzel, 1969: 55.

adequados os negócios e ocupações que se mantêm no âmbito regular de seu exercício, ainda que tais atuações revistam-se de um caráter prejudicial¹⁵. Uma importante advertência, de modo algum, um comportamento socialmente adequado terá que ser socialmente modelado¹⁶. Deverá, sim, ser um comportamento inserido dentro da liberdade social de agir¹⁷. Um exemplo de aplicação do princípio da adequação social seria a não responsabilização do vendedor de bebidas alcoólicas pelo que, eventualmente, os seus clientes venham a cometer na condução de veículos automotores, salvo quando houvesse uma posição de garantia ou quando a embriaguez do cliente tivesse feito com que ele não mais pudesse atuar de maneira responsável¹⁸. Para Welzel, a adequação social é subjacente aos tipos penais e, por meio deles, são (tacitamente) pressupostas as condições normais da liberdade social de ação¹⁹. A proposta de Welzel tem seus méritos, mas é uma obra inacabada. Quando se relaciona adequação social das condutas às condições normais da liberdade social de agir, *a contrario sensu* se afirma que todas as condutas que extrapolam estas condições, ou seja, que as abusam, estão fora deste âmbito. Ainda que de forma intuitiva, há de se perceber o reconhecimento do abuso de direito como critério identificador da adequação social.

Outra solução principiológica decorre da avocação do princípio da insignificância. Este serve para excluir a tipicidade das infrações penais que, em razão do ínfimo grau de ameaça ou lesão provocado pela conduta do agente, praticamente, não chegam a afetar o bem jurídico tutelado. Como uma forma limitada de solucionar o problema das participações neutras, pode recorrer-se ao princípio da insignificância. Rogat, ao analisar o risco de uma conduta de cumplicidade, afirma que o conceito da insignificância deve relacionar-se com o critério quantitativo do aumento do risco que a prestação do cúmplice causa para a realização do fato principal, pois o risco não pode apenas ser qualificado, mas precisa também ser quantificado²⁰. Em sequência, Rogat procura estabelecer linhas gerais para utilizar a insignificância na cumplicidade.

15 Welzel, 1969: 56.

16 Welzel, 1969: 56.

17 Welzel, 1969: 56.

18 Welzel, 1969: 57.

19 Welzel, 1969: 57.

20 Rogat, 1997: 97.

Uma contribuição de auxílio seria insignificante e, por isso, quantitativamente desprezável, quando tal contribuição fosse desprezada pelo aumento do risco realizado²¹. Para tanto, torna-se necessário verificar todas as circunstâncias do caso concreto, principalmente as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição de auxílio para o fato principal²². Sem apresentar fundamentação convincente, Rogat conclui que apenas podem ser insignificantes as contribuições de auxílio que facilitem o resultado típico ou que assegurem o seu êxito, de modo que jamais serão insignificantes as prestações que possibilitem o resultado criminoso, bem como as que o intensifiquem²³. A proposta de Rogat é interessante, mas oferece soluções *ad hoc*. Quem facilita não intensifica as chances de obtenção do resultado típico?! Em nossa concepção, não há diferença em termos de tipo objetivo. Ambas as condutas aumentam o risco não permitido. Cabe perguntar: tendo em vista que a contribuição é aprioristicamente insignificante, aquele que presta uma contribuição neutra não será punido se fornecer uma prestação que apenas facilite o resultado típico ou assegure o seu êxito? Para sairmos da abstração, analisemos o seguinte caso: o diretor de um balcão bancário localizado em uma rua cheia de outras instituições bancárias, que, por conhecer os planos delituosos de seu cliente quanto à lavagem de dinheiro, recomenda a abertura de uma conta internacional em um paraíso fiscal, já que o banco em questão oferta aos clientes premium os meios necessários para a abertura de uma conta no exterior. Pergunta-se: será que a conduta desse diretor é insignificante? Afinal, ele apenas facilita o resultado típico, que provavelmente ocorrerá independentemente do banco escolhido. A resposta negativa parece ser mais do que evidente. Do contrário, estaríamos admitindo a análise dos cursos causais hipotéticos.

O princípio da confiança pode servir como mais um meio para se tentar resolver o conflito penal criado pela prática de ações neutras. Esse princípio foi inicialmente desenvolvido para resolver problemas originados nos acidentes de trânsito. Para Roxin, no princípio da confiança reside o núcleo correto da antiga teoria da proibição de regresso²⁴. Destina-se aos casos em que há a prática, por outrem, de delitos dolosos. Os perigos inevitáveis de certas ocorrências delitivas

21 Rogat, 1997: 103.

22 Rogat, 1997: 103.

23 Rogat, 1997: 103.

24 Roxin, 2003: 1006.

são assumidos ou suportados em atenção às vantagens individuais e sociais²⁵. De contrário teríamos de renunciar ao oferecimento de oportunidades da vida moderna para evitar que outros cometessem delitos²⁶. O princípio da confiança não terá, contudo, aplicação quando uma conduta fomentar uma inclinação ou propensão perceptível ao fato delitivo de um autor em potencial²⁷. O critério do fomento ou favorecimento da perceptível inclinação ao fato delitivo é mais adequado à delimitação do risco permitido²⁸. Podemos, dessa forma, entender o princípio da confiança como um critério que se vale de uma presunção relativa no tocante à definição afirmativa do risco permitido. Essa permissão consiste na prática de determinada conduta, ainda que existam riscos remotos de que tal atuação lícita termine inserida por terceiros num curso causal delitivo. Ou seja, a hipótese de riscos remotos muito se diferencia das em que o agente neutro sabe que sua conduta será mediata ou imediatamente utilizada pelo autor como parte de seu plano delitivo. Aqui, retornamos à inclinação perceptível ao fato delitivo como um fator que afasta o princípio da confiança. Em outras palavras, esse princípio não tem aptidão para resolver os problemas de ações neutras. Seu campo de atuação é extremamente limitado.

A proibição de regresso, tal como formulada por Frank²⁹, não é, na atualidade, adotada pela ampla maioria dos doutrinadores. A proibição de regresso foi originariamente desenvolvida no intuito de se permitir a interrupção do nexo de causalidade entre a conduta culposa de uma pessoa e o resultado provocado dolosamente por um terceiro. Roxin expõe que a original teoria da proibição do regresso interrompia o nexo causal com a prática de fato doloso alheio e, também, procurava vedar o retorno às condições que temporalmente precederam o delito doloso. Excetua-se, nesse caso, a existência de regulações especiais sobre a indução e a cooperação³⁰. A ideia central da clássica proibição de regresso consiste, seguindo a síntese de Muñoz Conde, na não imputação daquele que inicial e imprudentemente criou o risco da produção do resultado criminoso, uma vez que esse resultado se produz por meio da ação posterior

25 Roxin, 2003: 1006.

26 Roxin, 2003: 1006.

27 Roxin, 2003: 1007.

28 Roxin, 2003: 1007.

29 Feijóo Sanchez, 1999: 96.

30 Roxin, 2003: 355.

e dolosa de um terceiro³¹. Essa teoria evita a responsabilidade jurídico-penal *ad infinitum*³². Isso nas hipóteses em que se favorece o delito, antes mesmo de o autor do crime ter um plano delitivo e optar por realizá-lo, ou quando o terceiro favorece a prática de um delito sem que, ao menos, existam dados objetivos da situação concreta para que se levantem dúvidas acerca da resolução delitiva do agente principal³³. Sem a existência de motivos objetivos concretos para o partícipe, a venda, alienação, transmissão de objetos e materiais de uso cotidiano e doméstico não serão penalmente relevantes, ainda que tais utensílios sejam aptos para matar, danificar, etc³⁴. Sánchez esclarece que não haverá indução, nem cooperação ou cumplicidade necessárias quando apenas se criar uma situação na qual outra pessoa, de forma previsível, decidir realizar um crime, mesmo quando essa situação exercer uma força sugestiva que induza o outro a cometer o delito. Diferente, todavia, será quando a conduta do partícipe adquirir um grau de solidariedade com a futura conduta do autor³⁵. Do exposto, resta clara a falta de capacidade de rendimento da proibição de regresso para resolver o problema das ações neutras. Esse critério não traz qualquer novidade para a solução da questão. O problema das ações neutras reside justamente no surgimento deste “grau de solidariedade” ou no conhecimento pelo partícipe neutro da inclinação perceptível do autor para a prática do fato delituoso.

2. TEORIAS DA PARTICIPAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DE AÇÕES NEUTRAS

2.1. Teorias objetivas

2.1.1. Günther Jakobs

Jakobs trabalha as ações neutras no tipo objetivo dentro de seu sistema de Direito Penal destinado a assegurar a manutenção da configuração social e estatal por meio da garantia das expectativas normativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social³⁶. Em artigo sobre a acessoriedade e os

31 Muñoz Conde & Garcia Aran, 2004: 230.

32 Feijóo Sanchez, 1999: 61.

33 Feijóo Sanchez, 1999: 61.

34 Feijóo Sanchez, 1999: 61.

35 Feijóo Sanchez, 1999: 70 e 79.

36 Jakobs, 1997: 44.

pressupostos da organização em comum, Jakobs inicia sua análise fixando algumas premissas. A primeira é a de que somente haverá participação se a ação principal for culpável, ou seja, se manifestar um sentido jurídico penalmente relevante³⁷. A segunda premissa trata da necessidade de se observar que a mera existência de participação em um estado prévio à realização do tipo não leva à sua reprovação³⁸. Como última premissa, destaca que haverá participação quando o autor e o partícipe produzirem um comportamento que objetivamente seja comum, isto é, quando o partícipe quebrar o papel de cidadão³⁹. Para Jakobs, um partícipe em estado prévio não será penalmente responsabilizado por coproduzir o fato de outra pessoa, mas, sim, porque o fato produzido é também seu próprio fato⁴⁰. Por esse conceito, a acessoriedade da participação passa a significar que a participação e a execução são inseparáveis, pois o cooperador, indutor ou o coautor que não executam somente serão puníveis quando o fato principal o for⁴¹. Jakobs define tal situação pelo conceito “estar implicado em algo”^{42 43}.

O fundamento da responsabilidade do partícipe, que atua previamente, encontra um fundamento objetivo. Este estará presente quando o partícipe desenhar de maneira especial uma organização em um estado anterior, de modo a se encaixar no contexto delitivo, ou seja, a formar um sentido objetivo do comportamento⁴⁴. Isso significa que a organização de tal situação e a sua realização estão objetivamente juntas e, por definição, são desenhadas com este fim, por exemplo, a explicação para alguém adentrar em um banco e não ser visto pelo segurança que lá trabalha⁴⁵. Esse fato difere radicalmente da mera explicação sobre o funcionamento de um cadeado⁴⁶. Dessa forma, conclui que uma organização do estado prévio não apenas se amoldará a uma realização

37 Jakobs, 1996: 253.

38 Jakobs, 1996: 253.

39 Jakobs, 1996: 253.

40 Jakobs, 1996: 259.

41 Jakobs, 1996: 259 e 260.

42 “*Sich-an-etwas-Beteiligung*”.

43 Jakobs, 1996: 260.

44 Jakobs, 1996: 263.

45 Jakobs, 1996: 263.

46 Jakobs, 1996: 263.

delitiva quando for especialmente dirigida a um caso particular, mas também quando tal organização possuir um estigma de um contexto delitivo⁴⁷. O sentido objetivo do comportamento não só depende do comportamento em si, mas também do contexto em que se realiza⁴⁸. Em um contexto claramente delitivo, haverá reflexos no comportamento estereótipo-socialmente adequado⁴⁹. Por exemplo: a venda de uma pá por um vendedor de uma loja de ferragens a um dos contendores, quando da ocorrência de violenta briga em frente à loja⁵⁰. Para Jakobs, o vínculo constitui-se normativamente mediante o desenho da expectativa dirigida aos implicados⁵¹. A proibição de regresso constitui-se no inverso da imputação⁵². Este conceito de participação goza de autonomia frente ao dolo e a culpa. A causação fora de um contexto delitivo não é mais do que a criação de uma situação em que o outro cometerá um delito⁵³. O comportamento prévio e anterior ao início da execução do crime não apresenta razão suficiente para demandar qualquer espécie de responsabilidade, salvo quando haja uma posição de garantia frente ao bem implicado⁵⁴. Isso significa um atuar sem responder pela mera causalidade, em outros termos, não se imputa pelo simples fato de o participante conhecer a marcha causal⁵⁵. Não se pode produzir, mediante uma pura arbitrariedade, um vínculo comum, porque não haverá significado geral comunicativo algum entre os atuantes⁵⁶. Se um autor conduz arbitrariamente o comportamento estereótipo-socialmente adequado de outro à criminalidade, isso não fundamenta um vínculo em comum, ainda que o outro queira, reconheça, possa reconhecer ou como de costume possa ser uma relação subjetiva real ou potencial constituída⁵⁷. Por exemplo: um grupo de terroristas entende a instauração de processos criminais contra seus

47 Jakobs, 1996: 264.

48 Jakobs, 1996: 264.

49 Jakobs, 1996: 264.

50 Jakobs, 1996: 264.

51 Jakobs, 1996: 264 e 265.

52 Jakobs, 1996: 264 e 265.

53 Jakobs, 1996: 266.

54 Jakobs, 1996: 262.

55 Jakobs, 1996: 266.

56 Jakobs, 1996: 260.

57 Jakobs, 1996: 260.

membros como motivação suficiente para assassinar o ministro da justiça⁵⁸. Nessa hipótese, a morte do ministro será e tão somente obra dos terroristas e não uma obra dos juízes que conduzem o processo⁵⁹. É nesta linha que deve ser entendida a proibição de se recorrer ao comportamento de um terceiro como solução de um conflito social⁶⁰. A proibição de regresso não anula as obrigações existentes, mas explica o porquê de um comportamento isolado e atual *de per si* não ser suficiente para fundamentar uma responsabilidade penal⁶¹.

2.1.2. Löwe-Krahl

Löwe-Krahl problematiza a participação neutra no âmbito do crime de sonegação fiscal cometido por meio de transações financeiras e defende cinco critérios para averiguação da responsabilidade dos funcionários de instituições financeiras por operações ilegais de seus clientes. Como primeiro critério, argumenta que a observação das regras e regulamentos no exercício profissional não poderá ter nenhuma influência direta e imediata na punibilidade dos bancários⁶². Pelo segundo critério, os funcionários das casas bancárias não seriam puníveis quando atuassem dentro de seus limites profissionais e houvesse a possibilidade de o cliente obter, em outro lugar, sem levantar suspeitas quanto à ilicitude da conduta principal, uma contribuição equiparável à auferida concretamente⁶³. Já pelo terceiro, o bancário será passível de punição, caso adapte, reconhecida e visivelmente, sua conduta ao fato criminoso do cliente⁶⁴. No que se refere ao quarto critério, o funcionário da instituição financeira será igualmente punível, caso possua o monopólio da conduta contributiva necessária ao cliente na consecução de seu crime⁶⁵. Por fim, o bancário será sempre punível, quando ocupar, conforme as regras dos crimes omissivos impróprios, uma posição de garantia diante do bem jurídico

58 Jakobs, 1996: 260.

59 Jakobs, 1996: 260.

60 Jakobs, 1996: 260 e 261.

61 Jakobs, 1996: 263.

62 Löwe-Krahl, 1990: 48.

63 Löwe-Krahl, 1990: 48.

64 Löwe-Krahl, 1990: 48.

65 Löwe-Krahl, 1990: 48.

em perigo⁶⁶. Não basta, contudo, para a afirmação da punibilidade, que os fatos se subsumam formalmente ao conceito do tipo penal⁶⁷. Comportamentos socialmente adequados não são puníveis⁶⁸. No cerne da construção teórica de Löwe-Krahl está o princípio da proporcionalidade. Para a determinação do comportamento punível torna-se necessário verificar se a proibição de determinada conduta se apresenta como um meio apropriado, necessário e módico/conveniente para a conservação do bem jurídico em perigo⁶⁹.

Ao analisar os critérios da necessidade e modicidade, Löwe-Krahl afirma que é muito duvidosa a melhora da proteção ao bem jurídico quando, por exemplo, se ameaça punir um diretor de uma filial bancária que permitiu a realização de determinado depósito, quando seu conhecimento acerca da origem ilícita do dinheiro é obra do acaso⁷⁰. Para o cliente, seria extremamente fácil encontrar uma idêntica possibilidade de realizar esta operação em muitos outros lugares, caso o bancário se opusesse a fazer o depósito⁷¹. O sonegador apenas precisaria depositar o dinheiro em outro banco ou, até mesmo, realizar a operação com outro empregado da mesma instituição⁷². A conduta-participativa não está relacionada apenas com a liberdade geral, mas, principalmente, ao princípio constitucional da liberdade de exercício profissional⁷³. Como a contribuição do assistente passa muito distante do futuro fato criminoso e o agente pode obter a prestação em muitos outros lugares, essa contribuição deve ser tida como relativamente não-perigosa para o bem jurídico⁷⁴. Percebe-se, portanto, que Löwe-Krahl leva em consideração os cursos causais hipotéticos para descaracterizar o critério da necessidade e, por consequência, excluir a punibilidade. Em contrapartida, haverá reprovação nos casos em que a ação do funcionário não puder ser obtida em lugar algum sem que a contribuição

66 Löwe-Krahl, 1990: 48.

67 Löwe-Krahl, 1990: 39.

68 Löwe-Krahl, 1990: 38.

69 Löwe-Krahl, 1990: 40.

70 Löwe-Krahl, 1990: 40.

71 Löwe-Krahl, 1990: 40.

72 Löwe-Krahl, 1990: 41.

73 Löwe-Krahl, 1990: 41.

74 Löwe-Krahl, 1990: 41.

tenha um cunho delitivo⁷⁵. O comando normativo preceitua que não se auxilie a prática de sonegação fiscal por meio de ações, que objetivamente sejam apenas parte do fato criminoso alheio⁷⁶. Löwe-Krahl defende a reprovação de condutas adaptadas, monopolísticas ou que sejam praticadas por quem tem posição de garantidor. Em seu entender, a proibição de tais auxílios, objetivamente, mostra-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para melhorar a situação do bem jurídico tutelado.

Em um segundo estudo, Löwe-Krahl complementa seu pensamento e passa a afirmar a responsabilidade penal sempre que haja instigação ao cliente e fornecimento de conselhos técnicos⁷⁷. Torna-se reprovável o repasse de instruções de procedimentos bancários capazes de facilitar o cometimento de sonegação fiscal⁷⁸. Serão puníveis os funcionários de instituições financeiras, quando a organização bancária estiver à disposição dos clientes para proporcionar transferências anônimas de dinheiro sujo⁷⁹. Nesse caso, a conduta acessória terá que ser interpretada delitivamente, já que se trata de uma instituição vinculada a finalidades delitivas⁸⁰. A razão de não se punir ações profissionalmente típicas não reside na neutralidade destas participações ou na observância das normas profissionais, mas nos cursos causais hipotéticos incidentes que impedem a imputação objetiva dos resultados tipicamente moderados ao comportamento praticado⁸¹. O fornecimento de contribuições de auxílio que se encontram longe da própria ação típica do autor e que estão à disposição em todos os lugares, não cria um risco não-permitido, o que difere radicalmente de uma contribuição profissional que não esteja à disposição geral⁸².

2.1.3. Winfried Hassemer

Hassemer também analisa as ações neutras a partir da relação entre atividades bancárias e crimes de sonegação fiscal. Expõe que para a configuração de

75 Löwe-Krahl, 1990: 43.

76 Löwe-Krahl, 1990: 44.

77 Löwe-Krahl, 1995: 206.

78 Löwe-Krahl, 1995: 203.

79 Löwe-Krahl, 1995: 206.

80 Löwe-Krahl, 1995: 206.

81 Löwe-Krahl, 1995: 205.

82 Löwe-Krahl, 1995: 205.

uma cumplicidade é necessário que se construa uma participação punível para os bancários, o que, contudo, somente teria consistência e plausibilidade dogmática, caso os bancários fossem transformados em auxiliares dos órgãos estatais de prevenção e investigação criminal⁸³. Apesar de esta ser uma ideia equivocada, vem sendo empregada nos casos concretos⁸⁴. Para Hassemer, ações neutras são ações que preenchem os pressupostos tradicionais do injusto da cumplicidade, mas que, ao final, não constituem nenhum injusto objetivo de cumplicidade⁸⁵. São prestações de auxílio que têm como referência um observador externo e não têm tendência objetiva alguma de injusto⁸⁶. A cotidianidade e o sentido normalidade são imanentes às ações neutras e não precisam de maiores explicações⁸⁷. Elas são sociais, sendo que, no campo do injusto penal, bastam por si mesmas⁸⁸. O limite para a criminalidade só será ultrapassado no momento em que a ação não for mais objetivamente neutra, mas parte de um contexto criminal⁸⁹. Quer-se, por meio de todas as concepções para a neutralidade do comportamento, obter a localização da linha divisória entre o Direito Penal e o cotidiano, ou seja, o limite entre as normas sociais e as penais⁹⁰. Entende Hassemer que a solução almejada será alcançada a partir de uma conceituação mais clara, sistemática e precisa dos limites da adequação social. Para isso, necessário se faz que a adequação social seja segmentarizada, ou seja, este princípio deverá ser analisado conforme as normas de grupos individualizados, o que dá origem à adequação regional⁹¹. Para a formação da adequação regional, há de se atender alguns requisitos⁹². O atuar precisa estar contido em um campo de ação socialmente pré-estruturado⁹³. Essa pré-estruturação não será apenas de natureza fática, mas apresentará também

83 Hassemer, 1995a: 42.

84 Hassemer, 1995a: 42.

85 Hassemer, 1995a: 42.

86 Hassemer, 1995a: 42.

87 Hassemer, 1995a: 42.

88 Hassemer, 1995a: 42.

89 Hassemer, 1995a: 42.

90 Hassemer, 1995a: 44.

91 Hassemer, 1995b: 81 e 82.

92 Hassemer, 1995b: 82.

93 Hassemer, 1995b: 82.

componentes normativos, ou seja, o que for profissionalmente adequado não poderá ser simultaneamente proibido no Direito Penal e vice versa⁹⁴. Enquanto a esfera procedimental da licença profissional não for abandonada, estará excluída a existência de eventual punibilidade no âmbito do tipo penal⁹⁵. Hassemer esclarece a necessidade de se averiguar se as ações profissionais estão em um âmbito normativamente pré-estruturado e como elas se combinam às normas penais⁹⁶. A adequação profissional tem dois elementos: o primeiro é a profissionalidade, que demanda a pesquisa das estruturas, técnicas e normas⁹⁷. O segundo é a adequação propriamente dita⁹⁸. A averiguação das estruturas diz respeito às pré-estruturas. Em detalhes, é necessário apenas ser demonstrado que a apreciação criminal de tais ações depara-se com uma pré-estrutura, que é apropriada, por exemplo, as ações tipicamente bancárias podem ser caracterizadas como um conjunto pré-estruturado⁹⁹.

Ainda que se configure o profissionalmente adequado, excepcionalmente, em determinados casos concretos pode refutar-se a concordância entre normas profissionais e penais¹⁰⁰. Em casos específicos, as atuações profissionais podem denotar indícios teórico-interpretativos de que a harmonia entre as regulações regionais e criminais foram transgredidas, e que, desse modo, a prática profissional acabou por perder a bênção do Direito Penal¹⁰¹. A identificação desses indícios no âmbito profissional aponta a presença de elementos indicativos do abandono da esfera profissional no âmbito da atuação efetivamente realizada como, por exemplo, a adaptação da prestação ofertada que, para o âmbito da profissão, seja nova e estranha e, simultaneamente, sirva como pressuposto para a consecução criminal¹⁰².

94 Hassemer, 1995b: 82 e 83.

95 Hassemer, 1995b: 83.

96 Hassemer, 1995b: 84.

97 Hassemer, 1995b: 84.

98 Hassemer, 1995b: 85.

99 Hassemer, 1995b: 84.

100 Hassemer, 1995b: 86.

101 Hassemer, 1995b: 86.

102 Hassemer, 1995b: 86.

2.1.4. Klaus Lüderssen

Lüderssen analisa a participação criminal por meio de ações neutras tomando por base uma variedade de casos e de situações. Quanto à punibilidade dos funcionários de instituições financeiras pela ocorrência de crimes de sonegação fiscal cometidos por seus clientes, Lüderssen recorda que o cliente que não deseja realizar a declaração do imposto de renda não necessita de ajuda alguma da instituição financeira¹⁰³. Eventualmente, o cliente pode até precisar de um auxílio para obter sucesso na prática de sonegação fiscal, como a não comunicação aos órgãos da Fazenda Pública¹⁰⁴. Algumas vezes, os procedimentos bancários praticados podem conter um sentido delitivo¹⁰⁵. Nesse caso, o problema diz respeito à prática dos crimes de favorecimento pessoal e/ou real¹⁰⁶. No entanto, as operações bancárias que estejam em harmonia com o respectivo ordenamento jurídico estarão excluídas dos tipos penais dos favorecimentos pessoal e real, uma vez que a norma não exige que se isole ou boicote socialmente o agente responsável pelo fato penal¹⁰⁷. Em casos isolados, poder-se-ia vislumbrar uma infração aos limites do permitido, de modo que seria pensável cogitar a reprovação de procedimentos bancários que tenham como único sentido a elevação do risco de um futuro crime de evasão fiscal¹⁰⁸. Lüderssen, contudo, exclui, nessa hipótese, a aplicação dos tipos penais do favorecimento pessoal e real, com argumentos não muito claros e, por vezes, confusos, como, por exemplo, ao afirmar que a presença do sentido delitivo é tipicamente um problema do terreno da participação e não da autoria¹⁰⁹.

Lüderssen questiona, também, se são condutas omissivas ou comissivas os procedimentos bancários que levam o anonimato a operações financeiras seguidas de uma sonegação fiscal e que estão compreendidos no conceito de contribuição à frustração da persecução penal¹¹⁰. Entende tratar-se de condutas

103 Lüderssen, 1999: 329.

104 Lüderssen, 1999: 329.

105 Lüderssen, 1999: 330.

106 Lüderssen, 1999: 330.

107 Lüderssen, 1999: 332.

108 Lüderssen, 1999: 332 e 333.

109 Lüderssen, 1999: 333.

110 Lüderssen, 1999: 333.

omissivas¹¹¹. A relevância está na não realização pelo banco do registro do cliente que depositou ou remeteu certa quantia utilizada no cometimento da evasão fiscal, ou seja, omite-se um fazer positivo¹¹². Lüderssen vale-se da teoria do centro de gravidade para chegar a essa conclusão¹¹³. A prática de determinada conduta só levará à imposição de pena se existir uma obrigação jurídica de impedir o resultado ocorrido pela conduta do autor¹¹⁴. No caso, o não registro das operações de pagamento só se enquadrará como cumplicidade punível se existir um dever bancário nesse sentido¹¹⁵. Pela lei alemã de lavagem de dinheiro, o registro das operações dependerá da quantia transacionada pelo cliente¹¹⁶. Contudo, não basta a existência de um dever genérico, este tem de ser específico, ou seja, não obstante a existência de tal obrigação, a intenção da lei de lavagem de dinheiro é outra, desse modo, não se pode extrair nenhuma consequência no sentido de que exista uma obrigação jurídica de evitar a ocorrência do crime de evasão fiscal¹¹⁷. Essa concepção, segundo Lüderssen, seria igualmente compartilhada pelo BGH, logo, quanto ao impedimento da ocorrência de evasão fiscal ainda prevalece o princípio da veracidade formal das contas¹¹⁸. Assim, conclui que os funcionários de instituições financeiras não têm qualquer obrigação legal de impedir o cometimento de fraudes fiscais, de forma que não possuem responsabilidade penal como omitentes impróprios¹¹⁹. Afirma, ainda, que, caso se trabalhe a questão a partir da estrutura típica dos crimes comissivos, o vasto emprego do termo “adequação social” deve tornar útil o juízo das questões ponderativas levantadas pela moderna circulação econômica¹²⁰. O cerne de seu pensamento reside na ideia de que o resultado delitivo é uma série de processos econômico-sociais, que têm importância para o juízo

111 Lüderssen, 1999: 333.

112 Lüderssen, 1999: 334.

113 Lüderssen, 1999: 333.

114 Lüderssen, 1999: 334.

115 Lüderssen, 1999: 334.

116 Lüderssen, 1999: 334.

117 Lüderssen, 1999: 334 e 335.

118 Lüderssen, 1999: 335.

119 Lüderssen, 1999: 336 e 337.

120 Lüderssen, 1999: 339.

de ponderação sobre a proibição ou não da conduta¹²¹. Lüderssen dá maior peso ao direito fundamental da circulação de capital entre os países da União Européia do que ao direito fiscal de um único país associado¹²². Não se pode contar *a priori* com a má-fé dos clientes frente ao Fisco, logo, não há que se aventar quanto à punibilidade dos partícipes neutros¹²³. Apenas quando houver a presença de condições adicionais é que será perquirida a punibilidade, desse modo, quando a evasão fiscal eventualmente facilitada por um agir positivo não integrar o um risco proibido, pode punir-se pelo crime de favorecimento, mas não a título de participação pelo crime de evasão, caso haja a presença dessas condições especiais¹²⁴.

2.2. Teorias subjetivas

2.1.1. Harro Otto

Otto argumenta que a fundamentação da especial liberdade de ação, em situações profissionais determinadas, como a defesa criminal, faz com que, justamente, se oculte o problema fundamental, que é destinação do risco penal na prática de condutas profissionais e regulares¹²⁵. Entende Otto que o participante que não conhece e o que não se propõe a fomentar o injusto alheio, ainda que atue com dolo eventual, não preenche o tipo penal de uma cumplicidade penal punível quando seu atuar se dá por meio de ações profissional e/ou especificamente adequadas¹²⁶. A não punibilidade do dolo eventual é a sua principal e mais importante conclusão. Outra reflexão interessante de Otto é no sentido de que modos de comportamentos cotidianos e profissionais, que concebam o aumento de relações sociais com o autor do fato, não representam favorecimento pessoal e, conseqüentemente, formas prévias de favorecimento pessoal não-puníveis¹²⁷.

Para Otto, trata-se de um problema de difícil solução a relação entre o crime de lavagem de dinheiro e o recebimento de honorários advocatícios. Entende

121 Lüderssen, 1999: 350.

122 Lüderssen, 1999: 344.

123 Lüderssen, 1999: 344.

124 Lüderssen, 1999: 344.

125 Otto, 2001: 436.

126 Otto, 1998: 225.

127 Otto, 1998: 225.

Otto que o problema em questão não é uma restrição ao direito de defesa, mas ao direito de escolha do patrono¹²⁸. Apesar de entender que o mais correto seria a não punibilidade do defensor que tenha conhecimento certo da origem ilícita de seus honorários, afirma ele que essa foi uma escolha do legislador, em desfavor da relação de confiança entre o advogado e o defendido¹²⁹. Não obstante, Otto propõe que seja realizada uma correção legislativa no § 261 do Código Penal alemão, a fim de que se possa limitar a responsabilidade penal do patrono que saiba da origem ilícita de seus honorários¹³⁰. O emprego desse corretivo pode restringir a punibilidade de outros comportamentos regulares e profissionais que sejam bastante próprios¹³¹.

No que toca às operações financeiras, o pensamento de Otto é no sentido de que não se pode atribuir às transações tipicamente profissionais e regulares o risco de punibilidade¹³². Essas atuações trazem dentro de si o reconhecido perigo de sua utilização delitiva por um terceiro¹³³. Esse emprego criminoso pode não ser positivamente conhecido por aquele que atua¹³⁴. Isso mesmo quando a situação de perigo é ou fora reconhecida pelo legislador que, apesar de reconhecer, não proíbe e nem regulamenta a prática de tais ações¹³⁵. Por outro lado, quando o legislador permite a realização de determinadas atuações profissionais e regulares, de modo algum, impediu a incriminação destas práticas¹³⁶. Verifica-se a incriminação quando o partícipe puder perceber a existência de indícios visíveis da utilização da prestação, pelo terceiro, para fins delituosos¹³⁷. Nessa hipótese, Otto reconhece haver uma grave violação na liberdade de exercício profissional, mas aceita que o legislador possa estabelecer a punibilidade de uma conduta profissional ou regular, inclusive, a título de culpa, como, por exemplo, o tipo culposo de lavagem de dinheiro previsto

128 Otto, 2001: 441.

129 Otto, 2001: 441.

130 Otto, 2001: 441.

131 Otto, 2001: 441.

132 Otto, 2001: 443.

133 Otto, 2001: 443.

134 Otto, 2001: 443.

135 Otto, 2001: 443.

136 Otto, 2001: 444.

137 Otto, 2001: 444.

na legislação alemã¹³⁸. Contudo, aqui, a punição não se dá a título de cumplicidade, mas, sim, por autoria em crime culposo.

No entanto, modos profissionais e regulares de comportamento não ordenados pelo legislador são os problemas recorrentes. A reprovação da conduta de quem exerce uma destas atividades será fundamentado no elemento subjetivo baseado na representação do perigo. De um modo geral, os atuantes não precisam restringir suas atividades apenas porque pensam que há o risco de que terceiros venham a dar emprego delitivo a suas condutas, pois estão amparados na garantia constitucional ao livre exercício profissional¹³⁹. É o conhecimento positivo que assenta aqui o limite de tal liberdade¹⁴⁰, ou seja, havendo efetivo conhecimento, por parte do ajudante, da destinação criminosa de sua prestação, não deverá ele prestá-la. Do contrário, estará ele no campo do ilícito. De todo modo, a mera suspeita de defraudação fiscal a ser realizada pelo cliente do banco, ainda que consolidado o dolo eventual, não fundamenta responsabilidade penal alguma para os bancários, mesmo com o fornecimento da prestimoniosa transação bancária¹⁴¹.

2.2.1. Schild Trappe

Schild Trappe defende uma ideia bastante peculiar em sua tese sobre as cumplicidades inofensivas. Roxin, em resumida crítica, apresenta a inovação do pensamento como o grande mérito dessa obra, isto é, na tese em questão, a criação de novas idéias vale mais do que o que foi propriamente criado¹⁴². Trappe afirma que, para configuração da cumplicidade, serão necessárias, apenas, a mera adesão e a manifestação de solidariedade, inclusive, quando as mesmas não tenham influenciado na decisão da realização criminosa já concebida em sua estabilidade e intensidade¹⁴³. A cumplicidade secreta não será punível, uma vez que o ponto central de seu pensamento reside no desvalor da externalização do sentimento de solidariedade para com a prática

138 Otto, 2001: 444.

139 Otto, 2001: 444.

140 Otto, 2001: 444.

141 Otto, 1998: 221.

142 Roxin, 1996: 30.

143 Trappe, 1995: 98.

do ato delitivo do autor do fato.¹⁴⁴ Nessa concepção, portanto, é requisito da cumplicidade punível que o ajudante tenha se solidarizado com o autor do fato quanto ao cometimento de um fato principal já acordado.¹⁴⁵ Trappe é tão ortodoxa em seu pensamento que chega a defender que o agente do fato tem que reconhecer e aceitar a ajuda do cúmplice.¹⁴⁶ Essa é a forma como Trappe resolve o problema de toda participação criminal, inclusive das ações neutras¹⁴⁷. Roxin contesta fortemente as construções de Trappe, afirmando que a autora desloca, de modo duvidoso, a substância do comportamento punível da lesão do bem jurídico para a mera expressão do pensamento¹⁴⁸.

2.3. Teorias Mistas

2.3.1. Knut Amelung

Amelung trata da participação por meio de ações neutras em três níveis de análise: tipo objetivo, tipo subjetivo e causas de justificação. Para Amelung, o tratamento dos comportamentos que fomentam dolosamente fatos penais de terceiros tem seu ponto de partida na norma do parágrafo 27 do Código Penal alemão¹⁴⁹, que inclui os comportamentos cotidianos dentro do seu âmbito de alcance¹⁵⁰. No âmbito do tipo objetivo, Amelung trabalha com o que ele chama de prestações de importância existencial e tenta, assim, obter uma abertura conceitual na interpretação da citada norma¹⁵¹. Enuncia que há um pequeno grupo de ações que não são necessariamente impuníveis, mas que o são caracteristicamente, como, por exemplo, as prestações de importância existencial, isto é, ações encarregadas da sobrevivência de todos os seres humanos¹⁵². Um segundo grupo de contribuições para o fato penal de terceiro igualmente trabalhado no tipo objetivo, que, também, de regra,

144 Trappe, 1995: 97.

145 Trappe, 1995: 181.

146 Trappe, 1995: 181.

147 Trappe, 1995: 191.

148 Roxin, 1996: 29.

149 § 27 do Código Penal alemão. Como cúmplice se castigará aquele que haja prestado dolosamente ajuda a outro para a comissão de um fato doloso típico e antijurídico.

150 Amelung, 1999: 20.

151 "Existenzwichtige Leistungen".

152 Amelung, 1999: 21.

é impunível, refere-se ao Direito Penal Tributário¹⁵³. Amelung explica que aquele que concorre na formação de um fato gerador tributário não comete auxílio algum para uma evasão fiscal, mesmo quando saiba que o crédito tributário em questão não será pago¹⁵⁴. Não é prejudicial ao Estado, mas lhe é útil, que se crie o bem jurídico tutelado – crédito tributário –, apenas, a norma penal busca protegê-lo¹⁵⁵. Diversamente ocorre quando o ajudante quer cooperar exclusivamente para que seja alcançado um ganho por meio da sonegação de tributos¹⁵⁶. Nesse caso, o cúmplice contribui não apenas na formação do fato gerador, mas também na sonegação¹⁵⁷.

No que concerne ao tipo subjetivo, lembra Amelung que o parágrafo 27 do Código Penal alemão exige dolo e que o dolo eventual é bastante para o preenchimento típico subjetivo da norma¹⁵⁸. Contudo, a problemática reside no fato de se querer afastar a incidência dessa norma para os cúmplices que fomentam dolosamente o fato penal alheio por meio de ações cotidianas¹⁵⁹. Essa restrição só seria possível quando houvesse interesses contrapostos que legitimassem uma limitação do âmbito de incidência da norma¹⁶⁰. Nesses casos, o critério do risco permitido é um instrumento capaz de restringir a punibilidade do cúmplice que fornece prestações negociais¹⁶¹. Essas condutas contêm dentro de si o risco de que sejam usadas por seus beneficiários para fins criminosos¹⁶². Com isso, Amelung conclui que o parágrafo 27 do Código Penal alemão não abrange a aceitação do cúmplice, posto que se trata da assunção do risco geral da vida em sociedade de que a prestação negocial venha a fomentar fato penal alheio¹⁶³. Pondera, contudo, que não é toda forma de dolo eventual que será excluída do âmbito de aplicação do parágrafo 27 do Código Penal alemão.

153 Amelung, 1999: 22.

154 Amelung, 1999: 22.

155 Amelung, 1999: 22.

156 Amelung, 1999: 22.

157 Amelung, 1999: 22.

158 Amelung, 1999: 22.

159 Amelung, 1999: 22.

160 Amelung, 1999: 22.

161 Amelung, 1999: 22.

162 Amelung, 1999: 22.

163 Amelung, 1999: 29.

A permissão do risco refere-se a formas de dolo eventual inseridas nos riscos gerais da vida¹⁶⁴. Não abrange as atuações negociais quando existam fundamentos concretos que dêem certeza de que o comportamento neutro de auxílio irá fomentar fato penal alheio, ou seja, nessa hipótese, não haverá isenção da punibilidade daquele que se demonstra indiferente à ocorrência do crime¹⁶⁵. Alerta Amelung, com base em Roxin, que a aparência suspeita do cliente não é suficiente para deixar de aplicar a norma do parágrafo 27, uma vez que se exigem fundamentos concretos e não meras suspeitas¹⁶⁶. O objetivo da proibição da cumplicidade é impedir o estabelecimento de riscos não permitidos, é certo, contudo, que o dolo poderá ser modelado conforme a cumplicidade¹⁶⁷.

As considerações do terceiro nível de análise tratam das atuações profissionais fomentadoras de fatos penais alheios tomadas como causas de justificação. Para Amelung, a questão não é afirmar que, em princípio, exista uma liberdade para fornecer contribuições neutras a fatos criminosos de terceiros, mas, simplesmente, excluir a proibição da norma da cumplicidade. Não haverá, contudo, justificação da conduta acessória neutra quando houver um perigo correspondente aos crimes descritos nos parágrafos 138¹⁶⁸ e 323c¹⁶⁹ do Código Penal alemão¹⁷⁰. Valer-se de causas limitadas de justificação tem a vantagem de nos confrontar com a regra, a exceção e a contradição da exceção¹⁷¹. Ou seja, obriga a deixar em aberto os interesses tomados em consideração e as suas respectivas avaliações¹⁷². Amelung pondera que, da mesma forma como ocorre com todas normas permissivas, deverão ser observados os regramentos que proíbem o abuso de direito, para tanto, deve utilizar-se como base as normas previstas nos crimes dos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão¹⁷³.

164 Amelung, 1999: 29.

165 Amelung, 1999: 24 e 29.

166 Amelung, 1999: 24 e 25.

167 Amelung, 1999: 26.

168 Crime de omissão de comunicação de crimes planejados.

169 Crime de omissão do dever de prestar ajuda.

170 Amelung, 1999: 28 e 30.

171 Amelung, 1999: 29.

172 Amelung, 1999: 29.

173 Amelung, 1999: 29 e 30.

2.3.2. Wolfgang Frisch

Se o autor do fato é autoresponsável, como fundamentar convincentemente uma imposição de pena ao partícipe¹⁷⁴?! Este é o problema que inaugura a análise de Frisch. A dificuldade de se encontrar uma fundamentação para os casos das assim chamadas ações neutras é especialmente absurda se comparada a da participação tradicional¹⁷⁵. Quanto mais cotidiana for a ação e quanto mais sua utilização estiver relacionada à autoresponsabilidade do autor, mais difícil será para se conseguir fundamentar, de modo convincente, a punição do partícipe¹⁷⁶. Frisch trata das ações neutras dentro de sua teoria geral do comportamento típico, razão pela qual afirma que um comportamento somente será típico se a proibição penal for idônea, necessária e adequada para a proteção de bens jurídicos.¹⁷⁷ Há dois critérios considerados suficientes e aptos para fundamentar a punição de uma participação criminal praticada por meio de ações neutras: sentido delitivo e violação de uma norma de solidariedade¹⁷⁸. Esses critérios são alternativos e não cumulativos, sendo o segundo subsidiário do primeiro. Se uma ação for dotada de sentido delitivo, não será preciso verificar a violação de uma norma de solidariedade, uma vez que já existirá fundamentação suficiente para se reprovar a ação.

O sentido delitivo está presente nas condutas fomentadoras de tipos penais alheios, que não tenham outra acepção que não seja a do fomento (contribuição ao fato penal do autor) e que só se deixe explicar por essa promoção¹⁷⁹. Em outras palavras, modos de comportamento com sentido delitivo são as ações de cumplicidade que, indubitavelmente, só servem à promoção da conduta do autor do delito¹⁸⁰. São ações que, pela situação, modo, maneira como ocorrem, pautam-se por um acordo ou ajuste entre autor e cúmplice¹⁸¹.

174 Frisch, 2002: 540.

175 Frisch, 2002: 540.

176 Frisch, 2002: 540.

177 Frisch, 2002: 542 e 543.

178 Frisch, 2002: 544 e 549.

179 Frisch, 2002: 545.

180 Frisch, 2002: 545.

181 Frisch, 2002: 545.

Ou ainda, são ações fundadas em comunicação pretérita com o autor, isto é, ações de um cúmplice consciente a respeito das intenções do autor¹⁸².

Entretanto, o sentido delitivo é apenas mais um critério de fundamentação da reprovabilidade de comportamentos facilitadores. Ele não esgota as possibilidades de se qualificar como reprovado um comportamento criador de risco¹⁸³. Há também a possibilidade de se reprovar um comportamento sem o sentido delitivo, quando este, além de possibilitar ou facilitar a prática do injusto penal alheio, for incompatível com obrigações, deveres ou limitações jurídicas que tratem de interesses concernentes aos bens juridicamente tutelados¹⁸⁴. Como uma das espécies de obrigações capazes de preencher esses requisitos, temos as obrigações que levam alguém à condição de garantidor, o que, consequentemente, nos leva à conclusão óbvia: quem deve evitar que o perigo e que o resultado ocorram, não pode contribuir ativamente para que eles se produzam¹⁸⁵. Outra espécie de dever diz respeito às obrigações ou deveres de solidariedade¹⁸⁶. São exemplificados pelos delitos previstos nos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão, respectivamente, omissão de comunicação de crimes planejados e omissão de socorro¹⁸⁷. Frisch argumenta que, se pessoas sem relações especiais, sob certos pressupostos, estão obrigadas a impedir um certo e iminente curso criminal, com muito mais razão, uma conduta acessória será reprovável quando, nessas mesmas circunstâncias, aumentar o risco do resultado, facilitando a realização, pelo terceiro, do fato atentatório ao bem jurídico tutelado¹⁸⁸. A norma ou princípio do estado de necessidade transforma-se em ponte entre a conduta que desatende a norma de solidariedade e o juízo de desaprovação do risco¹⁸⁹. As pessoas devem suportar limitações na sua liberdade de ação, quando tais limitações pareçam ser o meio necessário e apropriado a impedir a ocorrência de lesões ou prejuízos aos bens jurídicos alheios¹⁹⁰.

182 Frisch, 2002: 545.

183 Frisch, 2002: 548 e 549.

184 Frisch, 2002: 547.

185 Frisch, 2002: 547.

186 Frisch, 2002: 549.

187 Frisch, 2002: 549.

188 Frisch, 2002: 549.

189 Frisch, 2002: 550.

190 Frisch, 2002: 551.

2.3.3. Claus Roxin

Inicialmente, Roxin pontua que a cumplicidade é um incremento causal do risco juridicamente desaprovado para o resultado típico e que, nos delitos comissivos, a cumplicidade é causa do resultado¹⁹¹. Enfatiza, contudo, que a cumplicidade não é, necessariamente, uma *conditio sine qua non* do resultado, no sentido de que esse não se teria produzido sem aquela, mas, da causalidade, pois basta que a contribuição tenha influído no resultado em sua forma concreta¹⁹². É suficiente que, sem o cúmplice, a forma da realização delitiva tivesse sido outra¹⁹³. Ao lado da cumplicidade física, há a cumplicidade psíquica, nos casos em que o cúmplice contribui tão somente de modo espiritual, influindo na psique do autor¹⁹⁴. Por exemplo, ao se explicar ao agente como abrir “artisticamente” uma caixa forte¹⁹⁵. Já nas hipóteses em que ocorre um reforço da resolução executória do crime, configura-se a cumplicidade mediante uma simples influência na resolução do autor¹⁹⁶. Isso não significa que não permaneça a necessidade de que a contribuição do cúmplice seja causal¹⁹⁷. Roxin relembra que, para haver uma cumplicidade punível, não basta o simples solidarizar-se com o autor do fato nem as demonstrações de aprovação ou simpatia, mas é necessário que haja uma resolução em direção ao fato, ou seja, é necessário motivar ou intensificar a decisão do autor¹⁹⁸. Roxin alerta, todavia, que essas condutas, eventualmente, podem configurar o crime do parágrafo 140 do Código Penal alemão¹⁹⁹, equivalente ao tipo penal de apologia de crime ou criminoso.

Roxin desenvolve o conceito de contribuição causal para o fato. Em sua visão, somente pode haver cumplicidade quando se eleve o risco para a vítima e a possibilidade de êxito do autor²⁰⁰. Apenas quem melhora dolosamente as

191 Roxin, 1995: 501.

192 Roxin, 1995: 501.

193 Roxin, 1995: 501.

194 Roxin, 1995: 505.

195 Roxin, 1995: 505.

196 Roxin, 1995: 505.

197 Roxin, 1995: 506.

198 Roxin, 1995: 506.

199 Roxin, 1995: 506.

200 Roxin, 1995: 509.

oportunidades do autor e eleva o risco para a vítima empreende um ataque independente ao bem jurídico, tal como é necessário para qualquer participação criminal²⁰¹. O emprego do incremento do risco na cumplicidade pode reconduzir-se ao fundamento penal da participação. O decisivo é que a contribuição eleve as oportunidades de comissão do fato e que seja útil ao agente no momento da execução de seu plano delitivo²⁰². O princípio do incremento do risco só será corretamente empregado quando adicionado à causalidade²⁰³. Para Roxin, é insignificante a descoberta de que uma circunstância causal, sob um juízo objetivo *ex ante*, eleve as possibilidades do resultado, e, *ex post*, resulte ser supérflua²⁰⁴, ou seja, está descartada a análise de cursos causais hipotéticos na formulação do conceito roxiniano de cumplicidade. Por outro lado, não é necessária uma relação psíquica entre o autor do fato e o cúmplice para que haja cumplicidade punível²⁰⁵.

Roxin ressalva que não haverá cumplicidade punível em todos os casos de incremento causal doloso do risco²⁰⁶, vide as ações neutras. No entanto, o problema das ações neutras não pode ser solucionado com a exclusão obrigatória da punibilidade²⁰⁷. Por essa razão, deve diferenciar-se se a contribuição delitiva ocorreu amparada por um conhecimento seguro do plano delitivo do autor ou por uma mera representação da possibilidade que o agente viesse a se utilizar de sua prestação para fins delitivos²⁰⁸. Roxin afirma que a cumplicidade será punível somente quando a contribuição tenha um inequívoco sentido delitivo, ou seja, quando o aporte à conduta do autor tenha, somente, sua razão de ser no delito planejado, e, obviamente, o aportador saiba disto²⁰⁹. É por esse motivo que quem fornece matéria-prima para a indústria não responde pelos crimes ambientais e nem pelas fraudes fiscais cometidas pelos empresários²¹⁰.

201 Roxin, 1995: 509 e 510.

202 Roxin, 1995: 510.

203 Roxin, 1995: 510.

204 Roxin, 1995: 511.

205 Roxin, 1995: 511.

206 Roxin, 1995: 512.

207 Roxin, 1995: 513.

208 Roxin, 1995: 513.

209 Roxin, 1995: 513.

210 Roxin, 1995: 513.

A conduta tem sentido e utilidade para o empresário, independentemente do cometimento de crimes ambientais e tributários²¹¹. O cometimento de crimes ambientais e tributários está fora da relação entre o empresário e o fornecedor de matéria-prima²¹². Trata-se de um ponto fora da curva.

Roxin reafirma a impossibilidade de se considerarem cursos causais hipotéticos na análise da culpabilidade, inclusive na neutra, pois para haver culpabilidade não é, de forma alguma, necessário que o fato não tivesse ocorrido na falta da contribuição do cúmplice²¹³. Assim, veda-se qualquer perquirição acerca da fungibilidade da prestação. Roxin esclarece que não há ação cotidiana por si mesma e que o caráter de uma ação será determinado pela finalidade a que ela sirva, por exemplo: a instrução de manejo de arma de fogo será uma ação cotidiana e neutra se ocorrer durante a prática desportiva em um clube de tiro²¹⁴. No que concerne àquele que não sabe da resolução delitiva do autor, mas tão somente leva em consideração a possibilidade de um aproveitamento delitivo de sua contribuição, Roxin esclarece que a ação desse indivíduo estará abarcada pela incidência do princípio da confiança, salvo quando houver uma reconhecível inclinação do autor do fato para o injusto²¹⁵. Nessa situação, não é possível confiar que o outro não cometerá um delito doloso, razão pela qual não resta espaço para que se aplique o princípio da confiança²¹⁶. Não basta, contudo, a existência de uma aparência suspeita fundada em impressões subjetivas²¹⁷. Para que o princípio da confiança seja posto à margem e, assim, puna-se o cúmplice que atuou sem conhecimento certo de que sua prestação seria utilizada para fins não permitidos, é necessária a existência de elementos concretos que evidenciem o provável emprego delitivo da prestação.²¹⁸

211 Roxin, 1995: 513.

212 Roxin, 1995: 513.

213 Roxin, 1995: 514.

214 Roxin, 1995: 515.

215 Roxin, 1995: 516.

216 Roxin, 1995: 516.

217 Roxin, 1995: 516.

218 Roxin, 1995: 516.

2.3.4. Jon-Mirena Landa Gorostiza

Landa Gorostiza investigou as ações neutras em tese dedicada ao concurso de professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do País Basco. Landa Gorostiza defende uma abordagem mista que tome por base diversos critérios. Sob o aspecto objetivo, Landa Gorostiza pugna que se verifique, *ex ante*, “até que ponto a atuação” neutra do cúmplice “teria idoneidade para elevar as possibilidades de êxito de uma lesão” ou perigo de lesão de “determinado bem jurídico”²¹⁹. Em outras palavras, Landa Gorostiza entende necessário pequirir se os comportamentos participativos geram um risco mínimo de configurar um favorecimento ao autor do fato²²⁰. O conteúdo desta idoneidade ou deste risco mínimo é verificado segundo o caso concreto, o que não nos permite ter qualquer resposta apriorística. Contudo, como o critério objetivo é insuficiente, Landa Gorostiza afirma que o “juízo de periculosidade do favorecimento” deve escorar-se sobre a base dos conhecimentos especiais, principalmente, o reconhecimento certo (dolo direto) ou eventual (dolo eventual) da “resolução delitiva alheia”²²¹. Ou seja, confere-se importância aos conhecimentos especiais e gradua-se o dolo, de modo que diante do dolo direto, por regra geral, vislumbra-se relevância típica na participação, e, em sentido contrário, irrelevância típica, caso se trate de dolo eventual²²². No entanto, Landa Gorostiza maneja critérios complementares, como, por exemplo, a proximidade da contribuição neutra à fase executiva do fato principal, além de “dados indiciários” fundados no (não)-cumprimento de normas setoriais²²³. Apesar da utilização de diversos critérios, em linhas gerais, o pensamento de Landa Gorostiza consiste na defesa de que haverá participação criminal punível sempre que, a partir de uma análise objetiva *ex ante*, a conduta “neutra” do partícipe – que atuou com dolo direto – tenha contribuído para pôr em perigo ou lesionar o bem jurídico em questão.

219 Landa Gorostiza, 2002: 252.

220 Landa Gorostiza, 2002: 252.

221 Landa Gorostiza, 2002: 248

222 Landa Gorostiza, 2002: 248.

223 Landa Gorostiza, 2002: 249.

2.4. Outras concepções teóricas

Por se tratar de um artigo e, por consequência, haver uma limitação de espaço, passaremos em breve revista por algumas construções não mencionadas nos tópicos anteriores. Assim, a de Robles Planas, que *ab initio* busca estabelecer os limites mínimos para uma intervenção punível. Sua concepção recorre ao princípio da autorresponsabilidade e à proibição de regresso como parâmetros de análise da permissão ou proibição típica do risco criado. Dessa forma, distingue dois grupos de casos. O primeiro refere-se às infrações de deveres jurídicos especiais ou posições de garantia, enquanto que o segundo trata dos âmbitos onde inexistem tais deveres e, por consequência, torna-se necessária a descoberta do contexto em que a ação participativa neutra ocorreu, isto é, “a relação espaço-temporal” entre o fato e o aporte do partícipe²²⁴. De forma mais objetiva, caso não haja infração a deveres especiais e nem adaptação da conduta, as condutas neutras estarão à margem das regras da participação criminal, mas, em contrapartida, estará configurada uma autêntica participação criminal, caso haja infração a deveres ou se porventura o auxílio for amoldado à conduta principal²²⁵. Noutra linha, encontramos, a partir do princípio da proporcionalidade, Greco, que delinea sua proposta de resolução do problema valendo-se do princípio da idoneidade da proibição penal, o que o leva a necessariamente considerar cursos causais hipotéticos²²⁶. Em verdade, a assunção de cursos causais hipotéticos como base de sua concepção põe em cheque a capacidade de rendimento de sua teoria. Numa perspectiva distinta, encontramos Guzmán que defende a análise do interesse preponderante, mas não sob o prisma da proporcionalidade. Guzmán argumenta em favor de um critério intermediário que pudesse, sob o ponto de vista objetivo, definir o interesse *in concreto* preponderante na conduta participativa²²⁷. Essa preponderância está conectada ao “sentido objetivo do contato social” percebido por um observador externo²²⁸. A proposta se aproxima da teoria dos papéis sociais, o que traz para a concepção de Guzmán toda uma gama de dificuldades oriundas desta teoria. Por fim, referencia-se Robiglio que, apesar de não chegar ao fundamento do

224 Robles Planas, 2003: 291 e ss.

225 Robles Planas, 2003: 317.

226 Greco, 2004: 148 e 150.

227 Guzmán, 2010: 322.

228 Guzmán, 2010: 322.

problema, acerta ao concluir que se deva analisar a presença ou não *in concreto* dos elementos típicos de formação de uma concorrência criminal, o que, por consequência, demanda a investigação das regras gerais do Código Penal, dos elementos penais típicos e extratípicos e das normas extrapenais e setoriais que regem “*el ejercicio regular de la prestación profesional del caso*”²²⁹.

3. AÇÕES NEUTRAS E ABUSO DE DIREITO

A construção de uma resposta que resolva satisfatoriamente o problema das ações neutras deve partir da consideração de que inexistem direitos absolutos. Há limites no conteúdo e no exercício dos direitos. Nesse sentido, é válido recuperar algumas lições do Direito Civil. Em suas lições fundamentais, Medicus recorda que nenhum direito subjetivo é ilimitado²³⁰. Pereira, ao tratar do abuso de direito, esclarecia ser impositiva a necessidade de se conciliar a utilização do direito com o respeito à esfera jurídica alheia e, por consequência, de se fixar um limite a esse direito²³¹. Os autores modernos, ao encontrarem várias hipóteses de desvirtuamento do conceito de justo por meio da prática de condutas em que o indivíduo leva a fruição do seu direito ao extremo grau de causar malefício a outrem, criaram o conceito de abuso de direito²³². O abuso de direito pode encontrar seu fundamento na regra da relatividade dos direitos²³³, na dosagem do conteúdo do exercício do direito, isto é, o titular do direito que excede o limite do exercício regular age sem direito²³⁴ ou na configuração do *animus nocendi*, quando o exercício do direito for inspirado na intenção de causar mal a outrem²³⁵. É muito acertada a afirmativa de Pereira no sentido de que não se pode admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo na causa do prejuízo alheio²³⁶. Esse mesmo raciocínio deve ser transferido para o problema das ações neutras. Medicus recorda que, desde o momento em que se aceitou o posicionamento de

229 Robiglio, 2013: 215.

230 Medicus, 2002: 56.

231 Pereira, 1999: 429.

232 Pereira, 1999: 429.

233 Pereira, 1999: 429.

234 Pereira, 1999: 429.

235 Pereira, 1999: 429.

236 Pereira, 1999: 429.

von Ihering de que o direito subjetivo é um interesse protegido juridicamente, pode pronunciar-se como abusivo todo exercício de direito que não sirva ao interesse protegido²³⁷. Esse pressuposto é a compreensão exata dos limitados interesses que devem ser protegidos pelos respectivos direitos²³⁸. Cunha de Sá, com muita precisão, leciona que o abuso do direito é a revelação de que o mundo jurídico encontra-se além dos “tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma”²³⁹. Por consequência, há de se concordar com a assertiva de Köhler, no sentido de ser inegável que todo direito é limitado em seu conteúdo e que o legitimado, que o exerce, deve observar seus limites²⁴⁰. Um proprietário só pode exercer as aparentes extensas faculdades do direito de propriedade até o ponto em que o seu exercício não se oponha à lei ou ao direito de terceiro²⁴¹. Os limites do exercício do direito estão no Direito Privado e no Direito Público²⁴². O abuso de direito revela que “o direito subjetivo não pode ser abstratamente encarado com meros termos conceitualistas”²⁴³. A essência do abuso de direito reside na “violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito”²⁴⁴. O abuso retira a concretude material da forma do direito, de maneira que o valor imanente ao direito passa a não significar nada juridicamente naquele caso concreto²⁴⁵. Cunha de Sá arremata que “os termos concretos do comportamento do sujeito só *aparentemente* constituem exercício do direito”²⁴⁶. Não é que o exercício do direito – feito com toda regularidade – não constitua razão de um mal a outrem, mas ocorre que, às vezes, e com freqüência, esse constitui a referida razão²⁴⁷. O simples fato de o direito ser exercido dentro de seus limites não

237 Medicus, 2002: 59.

238 Medicus, 2002: 59.

239 Cunha de Sá, 2005: 21.

240 Köhler, 2005: 228.

241 Köhler, 2005: 228.

242 Köhler, 2005: 228.

243 Cunha de Sá, 2005: 456.

244 Cunha de Sá, 2005: 456.

245 Cunha de Sá, 2005: 457.

246 Cunha de Sá, 2005: 455.

247 Pereira, 1999: 429.

significa pura e simplesmente que o seu exercício seja lícito, uma vez que o direito subjetivo está submetido aos deveres jurídicos²⁴⁸. O exercício de um direito só pode ter lugar se forem levados em consideração os interesses das pessoas envolvidas e sua função social, ou seja, é deste balanceamento que se desenvolve a proibição do abuso de direito²⁴⁹.

Antes que se argumente acerca da impossibilidade de se recorrer a um instituto “civil” na seara criminal, cumpre rememorar que a Ciência Penal já utiliza o abuso do direito na solução, principalmente, de problemas relacionados à antijuridicidade. Em verdade, o abuso de direito não é um instituto apenas do Direito Privado, mas um dos pilares da Teoria do Direito. No Direito Penal, Marques da Silva vale-se do abuso de direito ao expor que, na provocação pré-ordenada, a defesa do agente provocador não pode ser considerada lícita, já que aquele que cria a reação ofensiva de outrem abusa do exercício de seu direito de defesa²⁵⁰. Citemos, ainda, Roxin, que caracteriza como abuso de direito a conduta do agente que, consciente do excesso antijurídico, atua, baseado em uma autorização estatal, excedendo o risco tolerável, de forma a provocar danos²⁵¹. Por outro lado, a teoria do abuso de direito foi incorporada expressamente no ordenamento jurídico de diversos países. Não se trata de nenhuma novidade nos ordenamentos jurídicos de Brasil (Art. 187 do CC) e Portugal (Art. 334.º do CC). Pretender que alguém que exerce uma profissão lícita, mas que conscientemente abusa *in concreto* de seu direito constitucional ao trabalho, venha a ser processado por ter contribuído ao injusto de outrem, não deveria trazer qualquer motivo de consternação. Do contrário, há de se pôr em xeque a reprovação de todas as formas de participação criminal. A profissionalidade, neutralidade ou cotidianidade da conduta nada mais é do que uma capa. Esse disfarce vem iludindo muitos dos que se preocuparam com a participação por meio de condutas neutras. Curiosamente, o direito constitucional ao trabalho tem ludibriado muitos. Por outro lado, o direito constitucional de propriedade não possui a capacidade de falsear a aplicação das regras da participação criminal. Não há quem ponha em dúvidas a punibilidade do

248 Köhler, 2005: 228; no mesmo sentido: “há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjetivo em causa, exatamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa” (Cunha de Sá, 2005: 456).

249 Köhler, 2005: 228.

250 Silva, 1998: 97.

251 Roxin, 2003: 762.

cidadão que voluntária e conscientemente atende ao pedido de seu vizinho de empréstimo de uma faca de pão necessária para a conclusão do assassinato da síndica do edifício. É de se perguntar: emprestar uma faca de pão a um vizinho não é uma ação neutra? O empréstimo não se encontra amparado pelo direito constitucional de propriedade, uma vez que entre os poderes da propriedade está o de disposição da coisa?! A doutrina civilista há muito não tem dúvidas em afirmar que as faculdades do direito de propriedade só poderão ser exercidas se estiverem dirigidas a fins lícitos. Mesmo em Roma, o exercício do direito de propriedade já se subordinava às exigências do bem comum²⁵². O proprietário poderia dispor da coisa como bem entendesse, desde que observasse as limitações impostas pelo interesse público e pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos²⁵³.

A argumentação que vislumbra o direito ao trabalho como obstáculo à formação do tipo objetivo de ações participativas neutras é equivocada. Esse direito é igual a todos os outros. Não é absoluto. É limitado em sua essência e em seu exercício. Só poderá ser exercido dentro dos limites impostos pelos fins econômico-social, pela boa-fé e pelos bons costumes, sob pena de excedê-lo, incorrendo, portanto, em abuso do direito, o que desvelará o desamparo da conduta frente ao ordenamento jurídico. Em realidade, crença na “aparente” normalidade das condutas profissionais decorre do fato de que só agora se começou a investigar as condutas profissionais e cotidianas. E, como ocorre quando nos deparamos com toda e qualquer novidade, até que haja uma compreensão mais firme quanto a este objeto estranho, é natural que ocorram muitos equívocos no processo do conhecer. Não nos esqueçamos que, axiologicamente, um dos direitos constitucionais mais importantes é o da liberdade. Em uma interpretação açodada, poder-se-ia entender que os concorrentes – por meio de ações não-neutras – seriam impuníveis por não estarem alcançados na literalidade do núcleo do tipo. Todavia, a norma penal que trata da participação não permite uma tal leitura. Trata-se de uma norma de extensão típica destinada a justamente abranger ações, a princípio, extratípicas, mas que, por estarem inseridas dentro de um contexto de concorrência ao injusto de outrem, terminam abarcadas pelo tipo penal que, inicialmente, só recaía sobre o agente principal. É inegável que a legislação penal criminaliza condutas

252 Monteiro, 1963: 90.

253 Monteiro, 1963: 88.

a priori lícitas e não-tipificadas²⁵⁴, restringindo o direito de liberdade de ação nesses casos. Não encontramos doutrina ou julgados que se insurjam contra tal extensão típica. Por esse motivo, é equivocado o entendimento de Ambos, no sentido de que o homem comum só possui a justificação da liberdade geral de ação, enquanto que o homem de negócios, além desta, detém adicionalmente a liberdade profissional, o que lhe concederia um direito mais forte²⁵⁵. Ambos esquece-se de que o abuso de direito fundamenta-se na relatividade dos direitos. O exercício de um direito não pode implicar a afronta do direito de terceiro ou a violação do próprio ordenamento jurídico que consagra tal direito²⁵⁶. Não se trata de uma questão de ponderação de princípios e nem de direitos como pretende Ambos.

4. AÇÕES NEUTRAS E CUMPRIMENTO DE DEVERES JURÍDICOS

A concorrência amparada no cumprimento de uma obrigação ocorre do ponto de vista fático, não do ponto de vista jurídico. A contradição é aparente. Compete ao hermenêuta compatibilizar os preceitos legais com o fim de alcançar o conteúdo da norma. Larenz já afirmara que, não raras vezes, o legislador não adota de imediato, na formulação da previsão fundamental, uma restrição no âmbito de aplicação da norma, mas a introduz posteriormente na forma de uma proposição jurídica limitativa de uma ordem negativa de validade²⁵⁷. Ou analisamos o caso concreto e assumimos como parâmetro todo sistema jurídico ou jamais descobriremos o sentido da norma. De outro modo, não lograremos desvelar a essência e os limites dos direitos, deveres e obrigações contidas no sistema normativo. Diante de um problema a resolver, não se aplica, apenas, a regra primacialmente vocacionada para a solução, mas todo o Direito deve ser “chamado a depor”²⁵⁸. Há que lidar “com os

254 Por exemplo: segurar uma escada, passar informações acerca do funcionamento de sistemas de segurança, transportar bens e pessoas, dentre inúmeras outras atividades.

255 Ambos, 2000: 724 e 725.

256 No mesmo sentido: “o direito subjetivo parece não poder mais entender-se como pura categorial formal e abstracta em termos absolutos, onde só os limites que para ele resultam da sua estrutura tenham uma palavra a dizer sobre o que é possível ou permitido ao titular. A qualificação do comportamento concreto do sujeito em termos de direito subjetivo não se entende como podendo prescindir do fundamento próprio desse direito, fundamento que é simultaneamente de ordem valorativa e material, porque o comportamento do sujeito se situa *hic et nunc*, em determinado caso concreto e em determinados termos igualmente concretos” (Cunha de Sá, 2005: 455).

257 Larenz, 1997: 502.

258 Cordeiro, 1996: CXI.

diversos ramos do Direito, em termos articulados”²⁵⁹. A interpretação deverá ser conforme a Constituição, os diversos dados normativos relevantes e os próprios níveis instrumentais, como o processo²⁶⁰.

Zaffaroni, ao analisar a tipicidade conglobante, expõe, acertadamente, que não se pode admitir um sistema normativo em que uma norma mande o que outra proíba. As normas jurídicas não vivem isoladas umas das outras, mas, sim, em coerência, ou seja, elas se limitam reciprocamente e, por consequência, uma não pode desconhecer a outra²⁶¹. Apesar de haver leis e regras que apresentam incompatibilidades entre si, o sistema jurídico não pode ser contraditório. A contradição não é da norma, mas tão somente dos instrumentos legais que devem necessariamente ser interpretados e compatibilizados, de modo que a norma possa ser desvelada. Uma norma penal não pode proibir o que uma norma civil ou administrativa obriga e determina. O adimplemento de uma obrigação pode até ser causa, sob o prisma lógico-fático, do resultado, mas jamais será uma concorrência jurídica para o crime alheio. Em termos de Direito Penal, a fundamentação da não extensão típica baseia-se na teoria do risco trazida pela doutrina da imputação objetiva. Agora, o risco é a última etapa de análise na formação do tipo penal objetivo. O risco criado pelo *solvens* é um risco permitido. Apesar de haver conduta, nexos causal e resultado, o resultado não lhe poderá ser imputado, posto tratar-se de conduta juridicamente aprovada. O risco permitido faz-se presente em comportamentos que, apesar de arriscados, são tolerados pelo ordenamento jurídico²⁶².

5. LAVAGEM DE DINHEIRO E AÇÕES NEUTRAS

Em Portugal, com a edição da Lei n.º 11/2004, de 27 de março, o crime de branqueamento foi incorporado ao Código Penal português, no artigo 368.º-A. Por outro lado, a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, é o instrumento normativo responsável por dar corpo e vida ao tipo penal de branqueamento de capitais. Essa lei traz uma extensa regulação da matéria, o que termina por converter o artigo 368.º -A no ato final de uma longa novela. A Lei n.º 25/2008 estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Essas

259 Cordeiro, 1996: CXI.

260 Cordeiro, 1996: CXI e CXII.

261 Zaffaroni, 2003: 381.

262 Santos, 2004: 120.

medidas são relativas à utilização do sistema financeiro, de atividades e profissões criadoras de risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. A Lei n.º 25/2008 impõe às entidades financeiras e a um rol de entidades e profissionais, que atuam fora do mercado financeiro, uma série de deveres jurídicos, como os de identificação, diligência, recusa, conservação, exame, comunicação, abstenção, colaboração, segredo, controle e formação. A imposição destes deveres transforma as entidades financeiras e aqueles expressamente elencados na lei em responsáveis por evitar a prática do crime de branqueamento em seu âmbito de atuação profissional. A lei transforma estas pessoas físicas e jurídicas em garantidores. Ou seja, se em seu âmbito profissional elas deixarem de impedir que o agente, com fins de esconder a origem ilícita de vantagens obtidas na prática dos crimes antecedentes constantes do rol, transfira ou converta estas vantagens, estarão praticando branqueamento por omissão imprópria, isto é, trata-se da conversão do crime de lavagem em um delito comissivo por omissão.

O artigo 17 da Lei n.º 25/2008 preceitua que as entidades referidas têm o dever de se abster “de executar qualquer operação sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo”. Este é um dever jurídico que obriga estas pessoas e entidades a evitar o branqueamento de capitais. Não obstante a criticável opção política de transferir responsabilidades no combate à lavagem de capitais aos cidadãos, este não é o foco de nossas preocupações. A razão de referenciar as entidades e pessoas transformadas em garantidores pela Lei n.º 25/2008 é apenas uma. Demonstrar a estranheza do debate da participação criminal por ações neutras ao sistema português, justamente, na questão dotada de maior ocorrência fática e destaque acadêmico. Inexiste participação criminal neutra quando o “participante” é alçado a condição de garantidor. Quem tem dever de garantia não é partícipe, mas autor de um crime comissivo por omissão.

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro foi editado pela Lei 9.613 de 1998 e permanece até hoje fora do Código Penal. A mais recente reforma, datada de 2012, excluiu o rol de crimes antecedentes. Hoje basta que se tenha a ocorrência de uma infração penal antecedente de qualquer natureza. A lei brasileira é muito enxuta se comparada à portuguesa e, por consequência, lacônica, o que potencializa o surgimento de zonas de incerteza normativa. Por exemplo, as pessoas físicas e jurídicas sujeitas a mecanismos de controle possuem apenas os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação. No Brasil, não se impõem os deveres específicos de recusa

e de abstenção. Os sujeitos submetidos aos mecanismos de controle não são elevados à condição de garantidores no direito brasileiro. Os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação não são deveres de garantia de evitação do resultado.

Disso se extrai necessariamente que as condutas acessórias que circundam a ação de lavagem de dinheiro seriam atípicas?! Não, a resposta segue a lógica ordinária da teoria do concurso de pessoas. Ressalvando-se que no Brasil somente se admite responsabilidade criminal de pessoas jurídicas em crimes ambientais²⁶³, devemos concluir que os agentes financeiros concorrerão com o autor principal para o cometimento do crime de lavagem da mesma forma que concorre o gerente de uma transportadora que recebe 1 quilo de cocaína como carga a ser transportada. Para tanto, é necessário que os agentes financeiros e que o transportador tenham dolo, ou seja, consciência e vontade de prestar o auxílio que o autor demanda para o cometimento de seu crime. Não há maiores dificuldades. Caso os concorrentes atuem de modo negligente ou com imperícia, violando o dever objetivo de cuidado que deveriam levar em consideração no momento da realização da conduta, nenhum fato típico será praticado. Não existe participação culposa em crime doloso e também não há qualquer previsão na legislação brasileira de tipos culposos de lavagem de capitais e de tráfico ilícito de entorpecentes. O problema reside na distinção do que consiste dolo eventual e culpa consciente, o que, todavia, foge aos propósitos deste estudo²⁶⁴.

Uma preocupação que vem ganhando corpo refere-se à vinculação do advogado ao crime de lavagem de capitais de seu cliente. Estellita expõe acertadamente que a lei brasileira não traz os limites de definição do risco permitido, de modo que o advogado acaba ficando à mercê da própria sorte²⁶⁵. Recorramos, então, ao item 17 dos considerandos da Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. A Diretiva 2001/97/CE dispõe que o advogado que presta consulta jurídica ou representa o cliente judicial ou administrativamente, está exonerado da obrigação de comunicação, uma vez que sua atuação se sujeita ao dever de sigilo profissional. Não haverá exoneração, contudo, se a consulta jurídica for prestada com a finalidade de propiciar a

263 Lobato, 2011: 139 e ss.

264 Silveira, 2013: 3-4.

265 Estellita, 2014.

lavagem de capitais, ou seja, nesse caso, a ação do advogado ganhará contornos de tipicidade.

No Brasil, surgem vozes, dilatando a interpretação dessa diretriz. Assim, há quem sustente que atividades de consultoria jurídica nas áreas comercial, tributária e sucessória, por exemplo, se encontram “abrangidas pelos deveres inerentes ao *know your customer*”²⁶⁶. Esse posicionamento é equivocado. Com acerto Greco Filho e Rassi que recordam que “os deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam dever específico de evitar o resultado”, de modo que não configuram participação criminal²⁶⁷. “É exatamente isso que ocorre com a previsão dos deveres atribuídos às pessoas” no art. 9.º, XIV, da lei brasileira de lavagem²⁶⁸. Ressalve-se a “hipótese do advogado que deixa de ser advogado e vem a ser peça de organização criminosa ou de conluio para a prática dos crimes”²⁶⁹, mas, neste caso, já não há qualquer ação neutra ou profissional. O advogado, que abusa de suas prerrogativas e direitos, para se tornar um agente ativo na prática do crime, integra um autêntico concurso de pessoas.

6. CONCLUSÃO

Ao final, pode sintetizar-se este estudo asseverando que os limites do risco permitido das ações neutras são dados pelo abuso de direito. Ao se infringir as regras que reconhecem direitos, concedem prerrogativas ou autorizações avança-se ao campo de ilícito. Reconher a teoria do abuso de direito é uma premissa lógica e fundamental da Ciência Jurídica. Entender diversamente é confundir direito com arbítrio, o que é uma contradição nos próprios termos. Esta conclusão não nos traz nenhuma novidade. A teoria do concurso de pessoas funciona a partir deste pressuposto, ainda que não percebamos. Se assim não fosse, seria inadmissível a aplicação desta norma de extensão típica para qualquer caso. Sejam ações tradicionais de participação ou neutras, a resposta será a mesma. A real importância de se investigar as ações neutras não reside na descoberta de sua profissionalidade e nem nas consequências oriundas deste estado de neutralidade. O importante é compreender que, para se considerar qualquer comportamento humano como concorrente ao

266 Grandis, 2012: 10.

267 Greco Filho & Rassi, 2012: 14.

268 Greco Filho & Rassi, 2012: 14.

269 Greco Filho & Rassi, 2012: 14.

delito alheio, deve, primeiramente, perquirir-se os limites do risco permitido. O descortinamento dessas premissas é condição necessária para a compreensão do problema. Do contrário, corre-se o risco de, inclusive, se discutir problemas de participação criminal em autênticas hipóteses de autoria. É nessa senda que devem se pautar as investidas na relação entre o crime de lavagem de capitais e ações neutras.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai

2000 “Beihilfe durch Alltagshandlungen”, in: *JA*, Caderno 8/9, pp. 721-725.

AMELUNG, Knut

1999 “Die ‘Neutralisierung’ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, in: Samson, Ali (ed.), *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden: Nomos, pp. 9-29.

BOSCH, Gerard Gramática

2009 *Conductas Neutrales: Estado de la Cuestión*, disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar> [consultado em: 13.07.2013].

CORDEIRO, António Menezes

1996 “Introdução à Edição Portuguesa”, in: Claus W. Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. IX-CXIV.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto

2005 *Abuso do Direito*, 2.^a ed. rev. Coimbra: Almedina.

ESTELLITA, Heloisa

2012 *Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>. [consultado em: 19.01.2014].

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo

1999 *Límites de la participación criminal*, Granada: Comares.

FRISCH, Wolfgang

2002 “Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe”, in: Prittwitz, Ali (ed.), *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden: Nomos, pp. 539-557.

GRANDIS, Rodrigo

2012 “Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de ‘lavagem de dinheiro’”, in: *Boletim IBCCRIM*, vol. 246, pp. 9-10.

GRECO FILHO, Vicente & RASSI, João Daniel

2012 “Lavagem de dinheiro e advocacia: Uma problemática das ações neutras”, in: *Boletim IBCCRIM*, vol. 246, pp. 13-14.

GRECO, Luís

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

GUZMÁN, Nicolás

2010 “Conductas Neutrales y Participación en el Delito: Apuntes sobre el estado actual de la Discusión”, in: Daniel R. Pastor e Nicolás Guzmán (orgs.), *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, pp. 275-326.

HASSEMER, Winfried

1995a “Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, Parte I, in: *Wistra*, Caderno 2, pp. 41-46.

1995b “Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, Parte II, in: *Wistra*, Caderno 3, pp. 81-87.

JAKOBS, Günther

1996 “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, in: *GA*, pp. 253-268.

1997 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad., Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

JOHN, José Antonio Caro

2004 “Sobre la no punibilidad de las conductas neutras”, in: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, n.º 5, pp. 86-106.

KÖHLER, Helmut

2005 *BGB – Allgemeiner Teil*. 29.ª ed., Munique: C.H. Beck.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena

2002 *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana” – Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, Granada: Editorial Comares.

LARENZ, Karl

1997 *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LIMA, Vinicius de Melo

2012 “Ações neutras e branqueamento de capitais”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 11/12, pp. 133-191.

LOBATO, José Danilo Tavares

2005 “Cumplicidade por meio de ações neutras – O início (tardio) de um debate”, in: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 64, pp.64-69.

2009 *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva*, Curitiba: Juruá.

- 2010 “Ações neutras – Algumas notas corretivas para o debate brasileiro”, in: *Boletim IBCCRIM*, vol. 216, p.14.
- 2011 *Direito Penal Ambiental e seus Fundamentos – Parte Geral*, Curitiba: Juruá.
- LÖWE-KRAHL, Oliver
- 1990 *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart-Munique-Hannover: Richard Boorberg.
- 1995 “Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen”, in: *Wistra*, Caderno 6, pp. 201-206.
- LÜDERSEN, Klaus
- 1999 “Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung”, in: Samson, Ali (ed.), *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden: Nomos, pp. 329-350.
- MEDICUS, Dieter
- 2002 *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.^a ed., Heidelberg: C. F. MÜLLER.
- MONTEIRO, Washington de Barros
- 1963 *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, 5.^a ed., São Paulo: Editora Saraiva.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, Mercedes
- 2004 *Derecho Penal – Parte General*. 6.^a ed., València: Editora Tirant lo Blanch.
- OTTO, Harro
- 1998 “‘Vorgeleistete Strafvereitelung’ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe”, in Eser, Ali (ed.), *Festschrift für Lenckner*, Munique: C. H. Beck, pp. 193-225.
- 2001 “Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens”, in: *JZ*, n.º 9, pp. 436-444.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva
- 1999 *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19.^a ed., Rio de Janeiro: Forense.
- PEREIRA, Flávio Cardoso
- 2002 “As ações cotidianas no âmbito da participação criminal”, in: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 16, pp. 37-43.
- RASSI, João Daniel
- 2012 *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo.
- ROBIGLIO, Carolina
- 2013 *Participación en los Delitos Tributarios mediante Conductas Neutrales – Actuación de profesionales y conocimientos especiales*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ROBLES PLANAS, Ricardo
- 2003 *La Participación en el Delito: Fundamento y Límite*, Madrid: Marcial Pons.

ROGAT, Stefan

1997 *Die Zurechnung bei der Beihilfe – Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwältinnen nach § 27 StGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang.

ROXIN, Claus.

1995 "Was ist Beihilfe", in: Kühne, Ali (ed.), *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden: Nomos, pp. 500-517.

1996 "Grace Marie Luise Schild Trappe: Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft", in: *JZ*, pp. 29-30.

2003 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, tomo I, Madrid: Thomson-Civitas.

SANTOS, Humberto Souza

2004 *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, São Paulo: Editora Manole.

SILVA, Germano Marques da

1998 *Direito Penal Português – Parte Geral II – Teoria do Crime*, 1ª.ed., Lisboa e São Paulo: Editorial Verbo.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge

2013 "Cegueira Deliberada e Lavagem de Dinheiro", in: *Boletim IBCCRIM*, pp. 3-4.

TRAPPE, Grace Marie Luise Schild

1995 *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*, Berna: Stämpfli + Cie AG.

TERREROS, Felipe Villavicencio

2007 *La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana*, disponível em: <http://www.cienciaspenales.net> [consultado em: 13.17.2013].

WELZEL, Hans

1969 *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin: Walter de Gruyter.

WOHLLEBEN, Marcus

1996 *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, München: C. H. Beck.

ZAFFARONI, Eugenio Raul

2003 *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires: EDIAR.