

Eduardo Arantes Burihan

# AÇÕES NEUTRAS E OS SEUS REFLEXOS NO AMBIENTE CORPORATIVO



# AÇÕES NEUTRAS E OS SEUS REFLEXOS NO AMBIENTE CORPORATIVO

*CONSELHO EDITORIAL*

ANDRÉ LUIZ V. DA COSTA E SILVA

CECILIA CONSOLO

DIJON DE MORAES

JARBAS VARGAS NASCIMENTO

LUÍS AUGUSTO BARBOSA CORTEZ

MARCO AURÉLIO CREMASCO

ROGERIO LERNER

# AÇÕES NEUTRAS E OS SEUS REFLEXOS NO AMBIENTE CORPORATIVO

EDUARDO ARANTES BURIHAN

*Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora  
da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo  
como requisito parcial para aprovação no curso de especialização  
em Ciências Criminais.*

*Orientador: Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz*

RIBEIRÃO PRETO

2023

*Ações neutras e os seus reflexos no ambiente corporativo*

© 2023 Eduardo Arantes Burihan

Editora Edgard Blücher Ltda.

*Publisher* Edgard Blücher

*Editores* Eduardo Blücher e Jonas Eliakim

*Coordenação editorial* Andressa Lira

*Produção editorial* Juliana Morais

*Diagramação* Joyce Rosa

*Revisão de texto* Samira Panini

*Capa* Laércio Flenic

*Imagem da capa* iStockphoto

# Blucher

Rua Pedroso Alvarenga, 1245, 4º andar

04531-934 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: 55 11 3078-5366

**contato@blucher.com.br**

**www.blucher.com.br**

Segundo o Novo Acordo Ortográfico, conforme 6. ed. do *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*, Academia Brasileira de Letras, julho de 2021.

É proibida a reprodução total ou parcial por quaisquer meios sem autorização escrita da editora.

Todos os direitos reservados pela Editora Edgard Blücher Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Angélica Ilacqua CRB-8/7057

Burihan, Eduardo Arantes

*Ações neutras e os seus reflexos no ambiente corporativo*/ Eduardo Arantes Burihan. – São Paulo: Blucher, 2023.

74 p.

Bibliografia

ISBN 978-65-5550-366-1

1. Direito penal 2. Delito I. Título

23-5613

CDD 345

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito penal

*Agradeço inicialmente a Deus, que guia os meus passos na vida terrena.*

*Aos meus pais, Abrahão e Leda, pela dedicação e carinho. Seria impossível exprimir em palavras tudo o que fizeram por mim, desde sempre.*

*Ao Prof. Dr. Eduardo Saad Diniz, pelo carinho e orientação segura, que superaram de muito os limites deste trabalho.*

*Ao Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral, minha eterna gratidão.*

*Ao Prof. Dr. José Roberto Macri Junior, minha admiração e respeito.  
Obrigado José, por todo o apoio, desde o início.*



# CONTEÚDO

<b>PREFÁCIO</b>	<b>9</b>
<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2. DAS CONDUTAS CONSIDERADAS NEUTRAS</b>	<b>13</b>
2.1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA	13
2.2 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL, SUAS VELOCIDADES E SOCIEDADE DE RISCO EM FACE DAS AÇÕES NEUTRAS	15
2.3 TEORIAS TRADICIONAIS SOBRE AUTORIA, COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO	19
2.4 CONCEITO DE AÇÕES NEUTRAS E SUA INTERSECÇÃO COM A PARTICIPAÇÃO PENALMENTE PUNÍVEL	25
<b>3. OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NAS AÇÕES NEUTRAS</b>	<b>35</b>
<b>4. O DEVER DE SOLIDARIEDADE EM ÉMILE DURKHEIM E A IMPUTAÇÃO DAS AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO PENAL</b>	<b>41</b>

---

<b>5. A IDEIA DA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i></b>	<b>47</b>
<b>6. OS REFLEXOS DAS AÇÕES NEUTRAS NOS AMBIENTES CORPORATIVOS</b>	<b>49</b>
6.1 A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER E AS DENÚNCIAS INTERNAS	49
6.2 O DEVER DE COLABORAÇÃO DO ADVOGADO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4841	54
6.3 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA EM FACE DOS DELITOS DO DEVER DE DISPENSA E INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO	61
<b>7. CONCLUSÕES</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>71</b>

# PREFÁCIO

A palavra *prefácio* designa aquilo que é dito antes de uma história ser contada ou apresentada e tem por finalidade contextualizar o leitor preparando-o para as linhas que o autor da obra lhe destinou. Em se tratando de uma obra que boa qualidade, o prefaciador antecipa ao leitor que ele terá bons momentos com seu livro. Já no caso de uma obra *muito* boa, como é o caso aqui, cabe ao prefaciador recomendar ao público que tome a obra para fins de verdadeira degustação cultural, de ótimo sabor científico e elevado desenvolvimento jurídico.

Assim são as páginas que seguem adiante, escritas pelas mãos do advogado, mestre em direito penal (PUC-SP) e pós-graduado pela USP em ciências criminais (FDRP/USP), Eduardo Arantes Burihan. Trata-se de uma obra muito boa, atual, didática e ao mesmo tempo profunda, e cujo desafio do tema não deteve o autor em sua competente pesquisa.

Ao longo de quase três décadas de docência, tenho orientado alunas e alunos da graduação a desenvolverem trabalhos que abordem exclusivamente os temas fundamentais das ciências criminais. Tenho dito aos alunos(as) que para um bom trabalho em ciências penais, basta escrever bem sobre o que já se sabe, ou seja, que é suficiente escrever com clareza a respeito do que já está consolidado pela doutrina e demais fontes do direito penal, processual penal, criminologia e política criminal. O(a) aluno(a) escritor(a) não deve ter receio de ser repetitivo(a), tampouco medo de não inovar. A inovação é algo que se exige em teses, e não em trabalhos ou artigos. Tratar dos temas clássicos é algo em si engrandecedor para o conhecimento jurídico-penal.

Da mesma forma, tenho orientado alunas(os) de pós-graduação que ao tratarem de temas mais avançados, que sempre usem como marco inicial os temas fundamentais das ciências criminais. Uma obra assim, dirigida a horizontes mais amplos, não dispensa uma boa base de conhecimentos clássicos bem sedimentados.

Essas orientações não têm sido sem sentido, pois, a meu sentir, vivemos tempos nos quais parece ter surgido uma onda de neologismos temáticos que tentam reinventar a roda do direito, dizendo com outras palavras as mesmas coisas que as ciências penais já diziam e têm dito desde muito tempo. Têm sido esquecidas produções monográficas sobre temas fundamentais, como tipicidade, culpabilidade, teoria da prova, teorias criminológicas, recursos, concurso de agentes, fundamentos do crime tentado, cautelaridade no processo penal, e tantos outros assuntos que formam o substrato das ciências penais.

Por isso, surgem alentadores o advento e a leitura de *Ações neutras e os seus reflexos no ambiente corporativo*, na medida em que este pequeno grande livro parte dos temas básicos da ação típica e de seus desdobramentos para a teoria do delito na sociedade contemporânea. Após formar base, a obra se permite, então, alcançar espaços intelectuais que se dirigem à fronteira do conhecimento.

Esta obra é fruto de estudos realizados pelo autor no âmbito do Curso de Especialização em Ciências Criminais da FDRP/USP. Referido curso, por mim coordenado em parceria com o Professor Livre Docente Eduardo Saad Diniz já vinha dando vida a trabalhos muito ricos, produto da mais competente pesquisa.

Não foi diferente com a obra *Ações neutras e os seus reflexos no ambiente corporativo* que também se debruça sobre a sociedade contemporânea, tão caracterizada por novos e mais amplos riscos, por complexidades axiológicas e incontáveis tendências hermenêuticas dos mais variados matizes, tudo conjurado de modo a criar graves desafios acadêmicos.

Também, é reconfortante para o desenvolvimento da ciência penal que esta obra tenha buscado suas argumentações e conclusões na base dos conhecimentos mais ricos que as humanidades produziram, ou seja, foi escrita baseando-se em ideias de reconhecidos pensadores, filósofos e sociólogos – deixando claro para quem a lê – que não se faz um sistema de justiça justo sem aplicar o melhor que a história do mundo já produziu para o senso de humanidade. Sociologia e filosofia não são disciplinas que constituem perfumaria para o direito penal. São as próprias asas que batem e permitem que esse delicadíssimo campo jurídico possa alçar os mais belos e altos voos.

Não haveria outro modo para o autor abordar com competência questões contemporâneas, como aquelas relacionadas ao compliance officer, seu papel e responsabilidades.

O autor de *Ações neutras e os seus reflexos no ambiente corporativo* claramente protagonizou um lindo e elevado voo. Boa leitura.

**Cláudio do Prado Amaral**

Juiz de Direito/TJSP,

Professor Livre Docente/FDRP/USP.

# CAPÍTULO 1

## INTRODUÇÃO

Trata-se de tema relativamente novo, desenvolvido pela doutrina alemã, a partir das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal alemão nos idos de 1980, e que ganhou força a partir da análise do denominado direito penal econômico, no qual se passou a questionar a responsabilidade penal dos vários atores participantes do ambiente corporativo, cuja nota que dá substantividade ao tema é a complexa divisão das atividades laborativas, entendidas, a princípio, como lícitas.

O tema relativo às “Ações Neutras” tem grande importância no estudo do concurso de pessoas.

A pretensão do presente trabalho é a de fomentar estudo sobre os temas relativos à autoria, participação criminal e procurar definir o que sejam as ações neutras ou estereotipadas para efeito de identificar se as referidas ações ficam no campo da neutralidade criminal, o que a doutrina define como limite para baixo, ou se podem ser identificadas como ilícitos penais a título de participação, o que se definiu como limite para cima. Ademais, procuraremos, nos estreitos limites do presente trabalho, caracterizar com o devido rigor científico o que são, efetivamente, as ações neutras e quais os seus reflexos no ambiente corporativo.

Apesar do esforço da doutrina em estabelecer uniformidade para efeito de um marco teórico sólido, as questões que envolvem o tema ações neutras ainda estão longe de serem resolvidas e parecem estar reunidas, pelo menos a princípio, a partir da análise de constelações.

Acompanhando as modernas tendências do Direito Penal como um sistema aberto, suscetível à ingerência de outras ciências, é de suma importância para o estudo do presente trabalho, a análise de questões ligadas ao campo da sociologia, mais especi-

ficamente do denominado dever de solidariedade, proposto por Émile Durkheim. Da mesma forma, imprescindível se torna a análise dos temas relativos aonexo causalidade, nas hipóteses onde a omissão é penalmente relevante, bem como os critérios estabelecidos para efeito de imputação objetiva, que servirão de parâmetro para a análise do tema. Não há como negar a importância de se estabelecer os limites, por mais difícil que seja, de tudo aquilo que é permitido e do que é proibido. O tema parece colocar na pauta da discussão o próprio princípio da legalidade, um dos pilares do estado democrático de direito. O que se discute aqui é a possibilidade ou não de se punir aquele que exerce “legalmente” sua profissão, seja através de um direito constitucionalmente assegurado ou de uma obrigação contratualmente válida.

Assim, o objetivo do presente trabalho é o de definir o que seja considerada uma ação neutra ou cotidiana, para efeito de imputar ou não, ao agente, responsabilidade penal a título de participação.

## CAPÍTULO 2

# DAS CONDUITAS CONSIDERADAS NEUTRAS

### 2.1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Trata-se de tema que despertou interesse em face do denominado direito penal econômico, à medida que passou-se a questionar, para efeito de atribuição de responsabilidade penal, a maneira de atuação dos vários atores integrantes, mais especificamente nos ambientes corporativos (agentes financeiros, CEO, diretores, gerentes das empresas e até mesmo os advogados) em face da complexidade das relações laborativas, fenômeno intimamente relacionado aos problemas emergentes da sociedade pós-industrial do bem-estar social.

Conforme salientado na introdução, o tema relativo às ações neutras tem origem no direito penal alemão, mais especificamente na década de 1980. João Danilo Tavares Lobato, salienta que o estudo do tema teve origem em 1985, na Alemanha, a partir de um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal alemão prolatado no julgamento de participação criminal de funcionários de uma determinada empresa em crime de sonegação fiscal praticado pelo proprietário. Sem embargo, alguns autores, dentre eles Antonio Carlos da Ponte e Guilherme Lopes Felício, salientam que a origem é ainda mais distante, remontando a 1840, pelo processualista austríaco Joseph Kitka, com base no exemplo em que duas pessoas negociam a compra e venda de um revólver – de um lado, o comprador manifesta ao vendedor que sua intenção é utilizar a arma para matar alguém – de outro, o vendedor, mesmo ciente do intuito criminoso do comprador, alerta que somente lhe importa a venda da arma, pela qual resultaria lucro ao seu negócio. Assim, não caberia imputação penal a alguém, que, atuando de

forma neutra não teria a intenção de concorrer para a infração. E conclui seu raciocínio da seguinte forma: “Com efeito, em 1904, a jurisprudência alemã inaugura seus trabalhos com a ideia de vontade de promover a ação (*Tatforderungswille*) compreendida como somente ser possível configurar a responsabilidade do partícipe se, além de deter conhecimentos dos objetivos pretendidos pelo agente, sua participação tiver sido orientada pela consciência e determinação de promover a ação criminosa”.<sup>1</sup>

O tema diz respeito à importância de se estabelecer os limites entre o que é permitido e o que é proibido, nessas ações cotidianas. É preciso que fique bem definido até que ponto o direito de liberdade de atuação de um indivíduo deixa de ser lícito e passa a ser objeto de preocupação para o Direito Penal.

Trata-se de questão que coloca na pauta da discussão o próprio princípio da legalidade, um dos pilares do estado democrático de direito, na medida em que, conforme adverte Davi de Paiva Costa Tangerino, aquele que empresta a faca para o golpe fatal também poderia ser enquadrado no tipo penal de homicídio, ou de se saber até que ponto as hipóteses em que a omissão é penalmente relevante não violam esse princípio.<sup>2</sup> A pergunta que se coloca, em sede de participação criminal nas ações neutras, é a de se saber como seria possível a punição daquele que exerce atividade lícita, respaldada por um direito constitucionalmente assegurado, ou, ainda, uma obrigação contratualmente válida. É dizer, seria possível a punição daquele que desempenha “regularmente” suas atividades, ou seja, que observa os protocolos do exercício de sua profissão? O ponto nodal da questão reside no fato de que a atuação das pessoas, no convívio em sociedade, em suas atividades rotineiras, acabam por consentir ou admitir como possível que comportamentos, inicialmente considerados lícitos, passem a integrar, muito sutilmente, a estrutura de ilícitos penais, quer na fase de idealização, quer na fase de execução. Conforme salientado pela doutrina, há um amplo consenso em não responsabilizar, por exemplo, o locador do imóvel em que ocorre tráfico de entorpecentes quando o proprietário não tem conhecimento do fato. O mesmo já não ocorre, se o proprietário do mesmo imóvel, é conhecedor dessa situação. Conforme anotado por Eduardo Saad Diniz e outros, em sua obra *Ações Neutras e Direito Penal*:

*Caro John, com base na lição de Peña Cabrera, esclarece que, em regra, o indivíduo somente responde por seu âmbito de competência, haja vista não ser função do cidadão controlar todos os possíveis perigos que se podem originar da conduta de terceiros. A discussão acerca das ações neutras decorre dos casos em que o exercício de uma atividade socialmente estereotipada (isto é, neutra) se cruza com planos delitivos de terceiros. Tal é o caso, por exemplo, do motorista de táxi que ajuda criminosos a transportar o produto do roubo. A grande questão que se coloca é: quais condições determinam a relevância*

1 PONTE, Antonio C. da; FELICIO, Guilherme L. Ações neutras em Direito Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual penal*, [s.l.], v. 91, p. 95-116, 2019.

2 MENDES, Caio C. T.; TANGERINO, Davi P. C. Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, [s.l.], v. 27, nº 159, p. 177-204, 2019.

*ou a irrelevância de uma atividade socialmente estereotipada? A função da dogmática, no âmbito das ações neutras, é estabelecer critérios para restringir racionalmente a responsabilização penal.*<sup>3</sup>

O tema está intimamente relacionado à questão do concurso de agentes ou de pessoas, que, diga-se de passagem, é um dos temas mais complexos do Direito Penal. Ademais, provoca o enfrentamento de questões relativas à causalidade e culpabilidade à medida que necessita desses parâmetros para efeito de responsabilidade penal daquele que pratica uma ação considerada “neutra”.

Para atingir essa finalidade, qual seja, a de encontrar possíveis soluções jurídicas para efeito de limitar a responsabilidade penal, de maneira racional, no âmbito das ações neutras, procuramos encontrar nos critérios de imputação objetiva, princípio da insignificância, adequação social, além do princípio da solidariedade proposto por Émile Durkheim, referido objetivo.

## **2.2 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL, SUAS VELOCIDADES E SOCIEDADE DE RISCO EM FACE DAS AÇÕES NEUTRAS**

Antes de adentrarmos no estudo das ações neutras propriamente ditas, vislumbramos a necessidade da análise prévia do contexto político social sobre o qual, a partir da ideia do Estado do bem-estar social, as ações neutras mostram as suas faces. Parece indiscutível que o estudo a respeito desse tema está intimamente relacionado ao contexto da sociedade pós-industrial.

Jesus Maria Silva Sanchez, em sua obra *Expansão do Direito Penal* aponta o fenômeno da proliferação da legislação penal em detrimento do denominado “direito penal mínimo”, ou direito penal de garantias, tipicamente defendido pelos autores da denominada “Escola de Frankfurt”, de caráter ultraliberal, sempre na defesa de um direito penal básico. Salienta que vários autores passaram a identificar no direito penal um verdadeiro instrumento de cruzada contra o mal, com tendência de introdução de novos tipos penais, agravamento dos já existentes através de ampliação das penas privativas de liberdade, assim como a criação de novos bens jurídicos, ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, bem como uma clara flexibilização das regras de imputação acompanhadas da relativização de princípios de política criminal, autorizando a utilização do termo “expansão”. Nesse diapasão, o discurso de um direito penal clássico, começa a ceder passo em função da necessidade de sua utilização como instrumento eficiente de proteção dos cidadãos na sociedade pós-industrial.

Partindo dessa premissa não é difícil concluir sobre a necessidade de proteção de novos bens jurídicos e da reafirmação de novos valores para os já existentes. Cabe considerar, como observa Silva Sanchez, a conformação de novas realidades que antes não existiam,

3 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 7.

ou não com a mesma intensidade e em cujo contexto há de viver o indivíduo, por exemplo, as operações de crédito pelas instituições econômicas, meio ambiente, patrimônio histórico, terrorismo, organizações criminosas, lavagem de dinheiro e por que não dizer do trabalho escravo, inclusive o infantil, utilizado em larga escala, no ambiente corporativo. Assim é que, passou a existir um espaço de “expansão razoável” do direito penal.<sup>4</sup>

Desde a obra de Ulrich Beck *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*, parece comum caracterizar o modo de vida social pós-industrial como uma sociedade de riscos. Uma boa parte das ameaças das quais estamos expostos, decorre da atuação ou das decisões de nossos cidadãos, tanto na forma de atuação corporativa quanto no manejo dos avanços tecnológicos nas áreas da biologia, genética e energia nuclear, dentre outras. A sociedade tecnológica, extremamente competitiva, acabou por transferir para o campo da ilegalidade não poucos indivíduos, que começaram a ser percebidos pelos demais como fontes criadoras ou multiplicadoras de riscos sociais. Esse progresso tecnológico abriu um novo espaço, diverso do âmbito tradicional de delinquência, para o incremento de comportamentos que passaram a ser extremamente lesivos para o convívio social.<sup>5</sup> Em se tratando de ações neutras, esse espaço de aprimoramento tecnológico passa a dar margem a um tipo de comportamento humano, extremamente perigoso. Nas palavras de Cláudio do Prado Amaral, relativamente a sociedade de risco e o novo paradigma da criminalidade:

*Há substituição de uma orientação individual por uma plural. Ao lado da proteção dos bens jurídicos individuais, ingressam com preponderância os chamados bens jurídicos coletivos ou supra-individuais como “novo” alvo da proteção penal. Mais relevante que a ação com um resultado naturalístico é a ação cujo resultado somente se percebe de forma projetada por probabilidades, ou meras possibilidades, ou ainda, conjecturas. Antecipa-se o momento punitivo. Também, sobreleva-se a comissão por omissão.*<sup>6</sup>

Nesse contexto, há um nítido aumento na criação de tipos penais de perigo abstrato, que antecipam eventual punição, aumentando o risco, junto com denominados tipos penais abertos, de injustas punições a partir da dificuldade de se estabelecer um adequado nexos de causalidade entre conduta e resultado, principalmente em relação às novas tecnologias. É possível afirmar, como o faz Pierpaolo Bottini (2009), que os tipos de perigo abstrato passaram a constituir o núcleo central do direito penal de risco, consubstanciado em uma técnica para o enfrentamento dos novos contextos sociais. Há por assim dizer, uma preocupação muito maior com a evitabilidade ou

4 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-21.

5 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 23-28.

6 AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 118-119.

controle da conduta do agente, em nítida preferência a um direito penal do autor, e não com o resultado efetivamente verificado. Na lição de Pierpaolo Cruz Bottini: “Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis”.

Nessas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito.

A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha essas condutas e a extensão da ameaça levam o legislador a optar pela norma de prevenção, por meio de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, pelos tipos penais de perigo abstrato.<sup>7</sup> O problema é que cria-se, com isso, extrema dificuldade no campo da imputação, para efeito de se estabelecer um devido nexo de causalidade entre conduta e resultado. Segundo o autor, a transformação das relações interpessoais em relações de massa, em larga escala, desconecta os atores sociais do referencial pessoal, que permitia a responsabilização pelos danos causados, de forma mais simples, à medida que esse sujeito, anteriormente, era conhecido. Os delitos de perigo abstrato representam, nas palavras de Pierpaolo Bottini, o limite inicial da atuação do direito penal, ou seja, o patamar mínimo diante do qual o aparato repressor pode, legitimamente, atuar.<sup>8</sup>

Essa sociedade pós-industrial, de bem-estar social, além de uma sociedade de riscos, traz em seu bojo outras características individualizadoras de uma sociedade de objetiva insegurança. Nas palavras de Silva Sánchez:

*Tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas.<sup>9</sup>*

A sociedade pós-industrial de um modo geral, é uma sociedade que expressa, com todas as letras, a crise do modelo do Estado do bem-estar social, extremamente competitiva, formadora de bolsões de desemprego, intenso processo imigratório com conseqüentes promoções de choques culturais, e um propósito indisfarçável de promover diminuições expressivas no nível de segurança dos bens produzidos para o fim de atender a sociedade e suas necessidades, sempre crescentes, de consumo, aumentando-se, assim, em graves proporções, os riscos inerentes a cada uma dessas atividades,

7 BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato*: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 92.

8 *Ibidem*, p. 167.

9 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

com consequências graves inclusive para aqueles que produziram ou obtiveram lucro com toda essa dinâmica. Para Ulrick Beck:

*Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante dele. Os anteriormente “latentes efeitos colaterais” rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram.<sup>10</sup>*

Esse processo de industrialização elevado ao extremo trouxe consigo, no âmbito da dogmática jurídico-penal a construção dos conceitos de risco permitido, risco proibido, criação de risco, enfim, de critérios objetivos de imputação, ou seja, de limitação de responsabilidade penal no caso concreto. Assim, a sociedade deverá arcar com o custo do desenvolvimento e deverá admitir que o ambiente corporativo não terá condições de assumir a responsabilidade sobre um sistema efetivo de segurança nem o emprego de materiais seguros e adequados. É nesse ambiente que torna-se possível legitimar a discussão, como consequência natural do cenário mundial atual, em seus vários aspectos, a respeito das ações entendidas como neutras ou estereotipadas.

Dentro de todo esse contexto, as pessoas de um modo geral, ao cumprir um dever, ou exercitar um direito, comportando-se, a princípio, de maneira inócua ou neutra, podem acabar envolvidas em uma linha de acontecimentos que acabam por beneficiar a atuação de um terceiro comprometido com um ilícito penal. Nas palavras de José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts:

*Un fenómeno que caracteriza la configuración actual de la sociedad es la complejidad y anonimización de los contactos sociales. Dentro de este contexto no es difícil imaginar a una persona que al obrar por disposición de la ley, en el cumplimiento de un deber, al ejercitar un derecho, profesión, oficio o cargo determinado, y, en general, al llevar a cabo una actividad socialmente estereotipada como inócua, pueda verse de pronto involucrada en la comisión de un delito por prestar a un tercero un bien o un servicio que luego será orientado delictivamente por éste.<sup>11</sup>*

10 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 44.

11 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 7, p. 9.

Acrescente-se a esse quadro de expansionismo do direito penal, o verdadeiro des-crédito depositado nas demais instâncias de controle, por exemplo, o direito civil e o direito administrativo, de caráter sancionador.

De forma geral, compete à sociedade como um todo e aos estudiosos do direito em particular, estabelecer as fronteiras entre o lícito e o ilícito, ou seja, do que é permitido e o que é proibido. Nesse sentido, parece haver uma tendência, nos dias de hoje, na busca da denominada “terceira via”, no sentido de uma relativização da sociedade civil, atribuindo-lhe um novo protagonismo, transferindo a responsabilidade de vigi-lância do Estado, para o cidadão comum. Para Silva Sanchez, o resultado dessa tercei-ra via é desalentador. Por um lado, porque a visão de direito penal como único instrumento de socialização supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *última ratio*, mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao direito penal um fardo que ele não pode suportar ou carregar. Daí, a ideia de Silva Sanchez sobre a impossibilidade de retorno ao “bom e velho direito pe-nal” (*gutes, altes, liberales strafrecht*).

## 2.3 TEORIAS TRADICIONAIS SOBRE AUTORIA, COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO

As explicações apresentadas pelas teorias tradicionais a respeito do concurso de pessoas não são suficientes para resolver o problema das ações neutras, ou seja, do tipo de envolvimento mais discreto dos personagens deste enredo.

A propósito do tema “concurso de pessoas”, Luiz Regis Prado (2021) explica que historicamente

*O Direito romano identificava e diferenciava, ainda que de modo rudimen-tar, as formas concursais (ope consilium = cumplicidade), e a atividade de co-delinquência. Os participantes do delito recebiam várias denominações (socii, conscii, autor, participes, sciens, ministri etc.), e eram considerados segundo determinada lei, para delitos específicos, em tempos e situações diversas, de modo casuístico, portanto. Admitia-se inclusive o concurso negativo – “eadem poena afficitur is qui cum prohibere tale qui potuit, non prohibuit” (“será punido com igual pena aquele que tendo podido impedi-lo, não o fez”). A codelinquência aparece assim “na forma de coparticipação igual para todos os indivíduos que cooperassem na prática delitiva, na forma de instigação e na forma de ajuda antes ou depois do delito”.*

E prossegue:

*No Brasil, o Código Imperial de 1830 distinguia entre autores (art. 4º) e cúmplices (arts. 5º e 6º). Previa, ipsis litteris: Art. 4º: “São criminosos, como autores, os que commetterem, constringerem, ou mandarem algúem commetter crimes. Art. 5º. São criminosos, como complices, todos os mais que directamente concorrerem para commetter crimes. Art. 6º Serão também considerados complices: § 1º. Os que receberem, occultarem, ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberam ou compraram. § 2º. Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter taes crimes”. Por sua vez, o Código Republicano de 1890 manteve o mesmo tratamento: “Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices. Art. 18. São autores: § 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime. § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadivas, promessas, mandato, ameaças, constringimento, abuso ou influencia de superioridade hierárquica. § 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio, sem o qual o crime não seria cometido. § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido. Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar algúem a commetter crime, é responsável como autor: § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar. Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime. Art. 21. Serão cúmplices: § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxílio à sua execução. § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometerem ao criminoso auxílio para evadir-se, occultar-se ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios. § 3º Os que receberem, occultarem ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabe-lo, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem. § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem”.<sup>12</sup>*

12 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 686-687.

O Código Penal de 1940 rompeu com os sistemas adotados pelos Códigos de 1830 e 1890, deixando de fazer qualquer distinção entre autoria e cumplicidade, abandonando as distinções entre participação principal e acessória, auxílio necessário e acessório. Em sua Exposição de Motivos (25), o Código Penal afirma expressamente o seu rompimento com a tradição do Código Criminal do Império, passando a adotar a teoria monista ou unitária do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência dos antecedentes causais, estabelecendo, com a reforma penal de 1984, critérios de distinção entre as figuras da autoria e da participação, nos dois parágrafos do artigo 29, algo já reclamado pela doutrina.

Assim, em face da norma estampada no artigo 29, do Código Penal, forma de adequação típica por subordinação mediata ou indireta, que cuida da regra do concurso de pessoas ou de agentes, também denominado de codelinquência, é possível afirmar que o fato punível pode ser praticado por uma ou por várias pessoas. Para isso, no dizer de Luiz Regis Prado, é preciso que estejam presentes os seguintes requisitos: a) o de caráter objetivo, consistente na pluralidade de agentes; atos materiais integrantes da estrutura do tipo penal; contribuição de cada um dos codelinquentes para o atingimento do resultado; e b) acordo de vontades (PRADO, 2021, p. 689).

A doutrina buscou definir a complexa questão da pluralidade de agentes por meio das teorias pluralística, dualística e monista ou unitária. De acordo com a teoria monista, não há qualquer distinção entre autor, coautor, partícipe ou cúmplice. Todo aquele que de qualquer modo concorre para o crime, responde, em regra, pelo mesmo crime. Nesse sentido, o magistério de Aníbal Bruno, para quem:

*A teoria correta, que é a dominante, é a unitária ou monista. Se o concurso dos agentes se dirige a um resultado comum, o crime é um só. Não há que isolar a parte de cada agente para individualizá-la e torná-la independente. Todos os atos são frações de um conjunto probatório e pelo resultado visado por todos responde cada um dos agentes. E daí que um agente que tenha apenas realizado o que seria, em outras circunstâncias, simples ato preparatório, em si mesmo não punível, responda pelo crime resultante da ação conjunta de todos. Sem o instituto da co-delinquência, baseado na concepção unitária do crime, os fatos de cumplicidade, não atingindo em si mesmos fase da execução da figura típica, ficariam impunes. Punem-se como partes integrantes do crime total. É uma consequência de não haver crime para cada partícipe, mas um crime único com partícipes diversos.<sup>13</sup>*

Para Cezar Roberto Bitencourt, trata-se de um critério de política criminal, que prefere punir, da mesma forma, todos aqueles que concorreram para a prática de uma mesma infração penal. Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940 e que per-

13 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 261.

manece até hoje. No entanto, a Reforma Penal de 1984, que acolheu a mesma teoria, estabeleceu novos critérios, atenuando os rigores da regra geral, dando tratamento mais preciso em relação à punibilidade do autor e partícipe. E prossegue o autor:

*A Reforma Penal de 1984 permanece acolhendo essa teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação. Estabeleceu alguns princípios disciplinando determinados graus de participação. Adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada. Na verdade, os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação. Por outro lado, como diz Rene Ariel Dotti, a referência à culpabilidade no final do referido artigo “é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma ‘cláusula salvatória’ contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante” da teoria monística pura, o que levou João Mestieri a afirmar que o legislador adotou “uma teoria unitária temperada”.<sup>14</sup>*

Os Códigos Penais de Portugal, Alemanha e Espanha, distinguem as figuras do autor e do partícipe ou cúmplice. Os artigos 26 e 27, do Código Penal português, disciplinam a matéria da seguinte forma:

*Artigo 26.º Autoria. É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução; Art. 27.º Cumplicidade 1 – É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 – É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada.<sup>15</sup>*

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 380.

15 ANTUNES, Maria João. *Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 35-36.

O Código Penal alemão (StGB) disciplina o tema de autoria e participação nos parágrafos 25, 26 e 27 nos seguintes moldes:

*Autoría § 25 I. Incurrirá en pena como autor el que cometa el delito por sí mismo o através de outro. II. Si cometen el delito vários partícipes, cada uno incurrirá en pena como coautor. Inducción § 26 Incurrirá en pena igualmente como inductor el autor que, de forma premeditada, convenza a outro para realizar el hecho ilegal premeditado. Cooperación § 27 I. Incurrirá en pena como cooperador el que, de forma voluntária, procure ayuda a outro para la realización del hecho ilegal premeditado. II. La pena para el cooperador se regirá por la correspondiente al autor. Se atenuará de acuerdo a lo dispuesto en el § 49, apartado I.*<sup>16</sup>

O Código Penal espanhol, em seu artigo 27, disciplina a questão da seguinte maneira:

*Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices. Os artigos 28 e 29 do mesmo códex definem as figuras dos autores e dos cúmplices: Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por médio de otro del que se sirven como instrumento. También será considerados autores: a) Los que inducen directamente a outro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con um acto sin el cual no se habría efectuado. Art. 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.*<sup>17</sup>

O Código Penal italiano, que influenciou o Código Penal brasileiro, não estabelece distinção entre autoria e participação. Consoante o disposto no artigo 110, Capo III “Del concorso di persone nel reato: Pena per coloro che concorrono nel reato. – (I). Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiare alla pena per questo stabilita, salve le disposizione degli articoli seguente” (*in*, Codice Penale. Milano: Giufré Editore, 1999, p. 55).

De acordo com um conceito extensivo de autoria, fundado na teoria da *conditio sine qua non*, autor é todo aquele que concorre, de qualquer forma, para o resultado. Aqui, portanto, não há distinção entre as figuras da coautoria e da participação, de forma que essas hipóteses, como promovedoras do resultado, surgem como forma de autoria. A doutrina costuma definir autor, a partir de uma perspectiva mais restritiva, a fim de evitar uma ampliação indevida da punibilidade do agente, como ocorre no

16 ENCINAS, Emilio Eiranova (ed.). *Código Penal Alemán (StGB). Código Procesal Penal Alemán (StPO)*. Madrid: Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, 2001, p. 28-29.

17 ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Código Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 63-64.

caso do conceito unitário, como todo aquele que pratica todos os elementos do tipo penal punível, ou seja, previsto na lei penal, de forma imediata, ou, valendo-se de outra pessoa, de maneira mediata ou indireta.

O partícipe, por sua vez, é todo aquele que colabora, moral ou materialmente, de maneira secundária, na ação delitiva do autor, ou como salienta Hans Jescheck (2002), é todo aquele que dolosamente prestou ajuda a outrem para o cometimento de um fato antijurídico doloso.

De acordo com o conceito baseado na teoria finalista da ação, a autoria pertence ao denominado domínio do fato, ou seja, autor é o dono e possuidor de todo o acontecer causal (decisão e execução), e por via de consequência, de todo o “fato”. Sérgio Brito Ferreira, invocando as lições de Claus Roxin sobre o tema, salienta que:

*Nas multicitadas palavras de Claus Roxin, o “autor é a figura central na realização da conduta executiva típica” e a “figura central do fenômeno delitivo é aquela que domina o fato que conduz à realização do delito”, Isto é, “quem dele é ‘senhor’, quem toma a execução ‘nas suas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica, quem, ainda, segundo sua vontade, pode interromper a realização do fato ou deixá-la prosseguir. O partícipe é, a seu turno, “quem provoca/instiga o cometimento do fato ou de outro modo nele colabora sem o domínio próprio, como figura marginal do acontecimento real”.*<sup>18</sup>

Conceitua-se participação em sentido estrito como forma de colaboração dolosa em um fato alheio. Como salienta Regis Prado (2021): “É a contribuição dolosa (sem o domínio do fato) em um fato punível doloso de outrem. Então, participar significa cooperar, contribuir, colaborar com a execução do delito feita pelo autor”.<sup>19</sup> Trata-se, portanto, de uma atuação secundária ou acessória, que depende do fato principal, praticado pelo autor. Também é da doutrina que a participação verifica-se por meio do induzimento ou instigação (formas de participação moral) e auxílio ou cumplicidade (forma de participação material). Induzir é fazer nascer na mente do agente, a ideia de cometer um ilícito penal; instigar é encorajar ou estimular alguém, a praticar determinada conduta cuja ideia já existia em sua mente.

Davi Tangerino, relativamente ao tema ações neutras, indaga se esse enfoque doutrinário é compatível com o sistema penal brasileiro, em face das mencionadas teorias de autoria e participação. Esse problema, esclarece o autor, está sedimentado na participação criminal no denominado limite para baixo, ou seja, entre a participação punível e as ações neutras, diversamente do que ocorre na participação penal no seu limite para cima, localizada justamente entre autoria e participação.

18 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 122.

19 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 701.

Para essa linha de raciocínio, o partícipe poderá ser punido porque sua conduta atacou um bem jurídico em face da sua própria atuação, uma vez que incrementa o risco não permitido. Assim, para preencher as lacunas do sistema penal brasileiro, seria interessante que se incrementasse os conceitos de cumplicidade com a teoria da imputação objetiva.<sup>20</sup>

## 2.4 CONCEITO DE AÇÕES NEUTRAS E SUA INTERSECÇÃO COM A PARTICIPAÇÃO PENALMENTE PUNÍVEL

As condutas consideradas neutras, pertencem a uma categoria de condutas, na qual surge dúvida a respeito da responsabilidade penal do agente. Na verdade, a partir da perspectiva de um observador isento de ânimo, não é possível apontar, a princípio, qualquer tipo de relação entre o comportamento do agente e eventual ilícito penal. A própria expressão “neutra” dá conta de uma conduta que não atinge o nível de eventual intervenção ou participação penalmente relevante. Em sede de ciências exatas, é possível definir como neutro tudo aquilo que não tende para um lado ou outro. No âmbito jurídico-penal também é possível afirmar, como fazem Miguel Polaino e José Antonio Caro John que o caráter neutro de uma conduta significa que ela se encontra nos limites de adequação social, dentro do critério de risco permitido. Em suas palavras:

*Pues bien, al igual que en la acepción científico-natural, también el ámbito jurídico el carácter neutro de la conducta indica que ella se enmarca en los limites de adecuación social reconocidos por el Derecho – que es lo mismo a encuadrarse dentro del riesgo permitido – de tal manera que la posibilidad de una imputación a título de participación queda excluída de plano.”<sup>21</sup>*

O tema não tem uma terminologia uniforme. A doutrina tem qualificado essa situação jurídica como condutas neutras, cotidianas, socialmente estereotipadas, condutas sem relação de sentido delitivo ou condutas inócuas ou inofensivas. João Daniel Rassi, trata do tema, definindo-o como condutas lícitas, realizadas conforme o direito, citando como exemplos a venda de um bem, a prestação de informações profissionais, auxílio na divisão dos trabalhos, pagamento de dívidas, enfim, condutas devidamente reguladas, nas quais o sujeito atua observando determinado padrão, socialmente admitido e dentro de um parâmetro de risco permitido. Segundo suas palavras:

*Para nós, conduta neutra pode ser entendida como uma ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que*

20 MENDES, Caio C. T.; TANGERINO, Davi P. C. Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, [s.l.], v. 27, nº 159, p. 177-204, 2019.

21 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 14.

*seja utilizada para a prática de infração penal alheia. Outro traço característico das ações neutras é a sua ubiquidade: são ações que acontecem a qualquer hora, em qualquer lugar, praticadas por qualquer pessoa. O que diferencia uma ação neutra é o conhecimento, pelo agente, de que a sua ação cotidiana poderá levar a um resultado tido como crime.*<sup>22</sup>

Na lição de Robles Planas as ações neutras

*são condutas em si lícitas e intercambiáveis (conforme um padrão), realizadas por um indivíduo com o conhecimento de que outro indivíduo (o autor) lhe dará uma aplicação delitiva, de forma que se revela, ao mesmo tempo, uma aparência delitiva e não delitiva [...]. Por um lado, externamente se apresentam como inócuas ou intercambiáveis, o que fundamenta sua “aparência de legalidade”, mas, por outro lado, em razão do conhecimento da posterior utilização delitiva, também se revela uma “aparência de antijuridicidade”.*<sup>23</sup>

No estudo das condutas neutras importante se faz pontuar as diferenças entre o que é objetivo e subjetivo. Subjetivo, é tudo aquilo que se relaciona com o interno, com o psíquico do fato, enquanto que o objetivo refere-se ao mundo externo, ao mundo dos fatos propriamente ditos. Essa diferença entre objetivo e subjetivo, enseja a oportunidade de distinguir critérios de imputação objetiva e subjetiva. Na imputação objetiva, o que é relevante são as expectativas depositadas nas pessoas, no sentido de que cumpram as normas e em que condições isso se dá. Na imputação subjetiva, sobressai o aspecto da pessoa do autor do fato, não interessando sua condição genérica, mas se realmente esta quis produzir o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Para um parte expressiva da doutrina, as questões relativas ao elemento subjetivo tem grande interferência para efeito de imputação a título de ações neutras. Se por exemplo, o chaveiro que faz uma chave para um terceiro sabendo que esta chave será utilizada para a prática de algum ilícito penal ou se alguém paga uma dívida, sabendo que o dinheiro utilizado é fruto de prática de ilícito penal, estas condutas passam a adquirir relevância jurídico-penal para efeito de responsabilidade a título de participação punível.

Para Claus Roxin, importante é que se estabeleça o nível de conhecimento do agente no momento de prestação de seu serviço cotidiano. Nesse diapasão, aquele que dá suporte à atuação de um terceiro, tendo conhecimento de que a atividade deste terceiro está direcionada para uma atuação delituosa, responderá pelo crime a título de participação. Ou seja, a sua atuação, entendida inicialmente como neutra, passa a ter relevân-

22 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 29.

23 PLANAS, Ricardo Robles. *La participación en el delito: Fundamento y limite*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 38.

cia penal na medida em que o ator tinha conhecimento da ilicitude da conduta do terceiro. Agora, se o ator neutro não tinha conhecimento do intuito ilícito desse terceiro, ou não tinha um conhecimento seguro dessa atuação, apenas um seguro provável que permeia o campo do dolo eventual, a sua responsabilidade fica excluída em face do princípio da confiança. Nesse sentido, o magistério de José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts, para os quais o importante é estabelecer o grau de conhecimento que o atuante tem no momento de prestar um bem ou serviço como parte de seu ofício cotidiano.<sup>24</sup> Hans Jescheck, no mesmo sentido, ilustra essa questão da seguinte forma:

*También pueden constituir complicidad acciones “neutrales” como la venta de un destornillador en una ferreteria si el vendedor sabe exactamente que la herramienta será utilizada lo más pronto posible para la comisión de un robo con fuerza. Lo mismo rige para la venta de tabletas de “Valium” cuando el farmacéutico es consciente de que las usará como veneno mortal. En estos supuestos sólo es aceptable la complicidad si la adquisición del comprador, como circunstancia conocida por el vendedor, sólo posee el sentido de cometer el delito lo antes posible y usarla como medio para ello.*<sup>25</sup>

---

24 La fundamentación más consistente desde un enfoque subjetivo es la realizada por Roxin. Para este autor es importante establecer el grado de conocimiento que el actuante tiene al momento de prestar un bien o un servicio como parte de su oficio cotidiano. En este sentido, si al momento de ejercer su actividad cotidiana: A) el actuante realiza una aportación a un tercero sabiendo que éste la utilizará para cometer un delito, entonces lo aportado deja de ser inócuo o neutro para convertirse en una participación punible. Se fundamenta una participación porque la aportación muestra de este modo una relación de sentido delictiva. Como ejemplo Roxin pone el caso del vendedor de artículos para el hogar que vende un martillo teniendo conocimiento que el cliente usará el martillo para cometer un homicidio. Igualmente, aplicado a otros supuestos, responderán como partícipes en los delitos cometidos por sus clientes, el taxista, que presta sus servicios a un tercero conociendo con certeza que éste en el lugar de destino recogerá el botín de un robo, y, el vendedor de víveres y abarrotes, por vender un costal de sal de cocina a un agricultor conociendo los planes de éste de rociar la sal sobre los cultivos de verduras de su enemigo. Quiere decir, para que el actuante se convierta en partícipe, basta que en el ejercicio de su actividad u oficio cotidiano realice una aportación sabiendo a este respecto de forma manifiesta la decisión del autor de servirse de la aportación para cometer un delito. B) Pero, la situación cambia si el actuante sólo cuenta con la probabilidad que el autor cometerá un delito, esto es, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino sólo un conocimiento probable, similar a el dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el principio de confianza. Para ROXIN en virtud de este principio todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una “inclinación reconocible al hecho” del outro no debilita esa suposición. Es el caso del vendedor de un destornillador que no sabe con certeza si su cliente usará dicha herramienta para ingresar a una casa ajena y perpetrar un hurto. Aquí regiría el principio de confianza, en virtud del cual todo vendedor de herramientas puede confiar en que los destornilladores que vende no serán incluidos en los planes delictivos de terceros. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Robert (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 17.

25 JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares, 2002, p. 748.

Se a solução para essas questões ficasse limitada ao campo do subjetivo, conforme proposto por Claus Roxin, todo cidadão estaria obrigado a conhecer a verdadeira intenção do agente no momento da aquisição dos equipamentos ou contratação de serviços o que acabaria por inviabilizar toda a atividade social. Conforme salientado por Miguel Polainos e Caro John, todos os atores sociais teriam a obrigação de converterem-se em especialistas ou adivinhos a respeito das reais intenções dos seus compradores ou contratantes (*Ações Neutras e direito penal*, p. 18).

Na perspectiva de Gunther Jakobs, se em todo o contrato social todos tivessem que considerar todas as consequências possíveis para cada fato, a sociedade ficaria paralisada. Assim é que essa manifestação de Jakobs coloca em descoberto o risco que representa fundamentar a responsabilidade, apenas com base no critério psicológico ou subjetivo. Consoante suas palavras

*si en todo contracto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares.*<sup>26</sup>

De acordo com esse ponto de vista, com o qual concordamos, seria incorreto fundamentar a responsabilidade de uma conduta, apenas com fundamento no marco do elemento subjetivo. Assim como conclui Miguel Polainos e Caro John, resultaria arbitrário que uma conduta deva promover responsabilidade penal apenas porque no momento de prestar suporte ao comportamento de um terceiro tenha conhecimento que o mesmo utilizará esta prestação para cometer um delito.<sup>27</sup>

Em suma, segundo o pensamento de Jakobs, observando o critério de imputação objetiva, pouco importa se o ator neutro tinha ou não conhecimento da disposição de um terceiro em praticar um ilícito penal. Se esse ator, cumpre o seu papel social, perseverando na estabilidade da norma e das expectativas normativas, dentro de critérios le-

26 JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Tradução: Cancio Meliá. Lima: Grijley, 1998, p. 19.

27 E concluem: Tendría que castigarse como cómplice de un delito de corrupción de funcionarios al cajero de un banco porque al momento de efectuar el pago de un cheque se entera que su cliente usará esse dinero para corromper a unos funcionarios públicos? La respuesta es treces veces no! La imputación jurídico-penal no se basa en datos psíquicos y el conocimiento susceptible de imputación no es aquél de la conciencia humana del actuante, sino el conocimiento estandarizado que éste debe tener en el ejercicio de su rol u oficio cotidiano en un contexto social concreto, porque “un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es per se irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa”. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Robert (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 19-20.

gais de risco permitido, estará isento de responsabilidade penal. Antonio Carlos da Ponte, observando esse critério de imputação objetiva, salienta que: “A proposta de Jakobs nesse sentido é interessante e perfeitamente em harmonia com sua tese a respeito do sistema de imputação que visa acima de tudo a preservação da estabilidade da norma com base nas expectativas e observação dos papéis desempenhados por cada cidadão dentro do rol social”<sup>28</sup> Assim é que, segundo o critério proposto por Jakobs, um taxista, que ao levar um passageiro a um determinado lugar, e durante o trajeto toma conhecimento da prática de um ilícito por parte dele, não será responsabilizado pelo mesmo.

Segundo o entendimento de Claus Roxin, diversamente, toda a conduta que contribuir para o ataque a um bem jurídico, incrementando o risco decorrente desta atuação, é considerada cumplicidade.

O mais adequado em sede de ações neutras, segundo nos parece, é promover um juízo de imputação a partir do significado social da conduta, dentro de um contexto social, e não apenas a análise de critérios de imputação subjetiva.

A teoria da adequação social, de Hans Welzel (1939), e que diz respeito ao tratamento dispensado a determinadas condutas que não são consideradas criminosas porque socialmente adequadas, fixou as bases para a determinação jurídico-penal desde uma perspectiva objetiva. Uma vez fixados os critérios objetivos de imputação, poderão ser analisados os critérios subjetivos da conduta.

A questão é a de se saber se quando uma conduta “socialmente estereotipada”, cotidiana, ou uma ação entendida como “neutra” que, a princípio configuraria um indiferente penal, passa a interagir com o plano criminoso de alguém, ou seja, se essa mesma conduta, inicialmente tida como neutra, transforma-se em um comportamento penalmente relevante. Eduardo Saad Diniz, Miguel Polaino-Orts e José Roberto Macri Junior, fazem na nota de apresentação da obra por eles organizada *Ações Neutras e Direito Penal*, referência ao trabalho de Andrés Falcone, sobre o caso Blaquier. Neste caso, um empresário fornecia veículos para as forças estatais realizarem tortura, homicídio, prisões e invasões a domicílios. Segundo os autores, a cooperação do “bom cidadão” só seria viável se estivesse colaborando com um Estado democrático. No caso de um Estado ditatorial, a ação não seria neutra, uma vez que o golpe de Estado implicaria no início do caos.

Nenhuma conduta é neutra por si só. O que vai determinar se o comportamento do agente observa os standards de convívio social ou faz parte daquilo que se convencionou denominar de risco permitido é o contexto social. Assim é que surge a necessidade de verificação, de acordo com critérios sociais, que antecedem o direito, a fim de se saber se um determinado comportamento satisfaz as expectativas normativas.

A neutralidade penal está umbilicalmente ligada à ideia de cumprimento das expectativas normativas depositadas no comportamento daquele que ocupa uma determinada posição, tornando possível, desta forma, delimitar o âmbito de atuação dos vários atores sociais, no exercício de suas atividades cotidianas assim considerados

---

28 PONTE, Antonio C. da; FELICIO, Guilherme L. Ações neutras em Direito Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual penal*, [s.l.], v. 91, p. 95-116, 2019.

como pessoas, superando a ideia de indivíduo, conforme salientado por Hegel. Consoante o magistério de Caro John e Miguel Polainos:

*Este mandato es una constante que caracteriza a todo actor social, de tratar a los demás participantes de los contactos sociales como personas iguales a él, es decir, como sujetos titulares de derechos y deberes. Sólo el aspecto que transcende a lo individual es lo único que interesa en el mundo social para poder hablar de sociedad, porque, si – con el ejemplo del teatro –, tuviera que tomarse en cuenta todo el conjunto de datos que conforma el mundo individual del actor, la obra teatral no funcionaría porque se mezclarían datos correspondientes a su papel con otros de su vida privada e íntimas preferencias, que a nadie interesa. Por eso, el ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales. Este rol está configurado de un modo negativo: tú no lesiones a los demás cuando ejercites libremente las tareas pertenecientes a tu rol.<sup>29</sup>*

Enquanto esse cidadão desempenha suas atividades, sem extrapolar os limites de suas competências, não responderá por conhecimentos especiais obtidos em sua atividade. A título de exemplo, se um taxista, durante um determinado trajeto, descobre que seu passageiro é um cantor famoso embuído da intenção de fugir do país para deixar de pagar seus impostos, o fato do taxista levá-lo até seu destino, não o transforma em cúmplice do cantor. Miguel Polaino e Caro John, concluem essa linha de raciocínio da seguinte forma: “En suma: el conocimiento especial no constituye un elemento vinculante para fundamentar una participación. La base para la valoración de la superación de un riesgo permitido excluye toda circunstancia que la persona en la administración de su posición de deber no está obligada a conocer”.<sup>30</sup>

Dessa forma, o fato do cidadão conhecer, acidentalmente, algum dado relativo ao crime praticado, não o torna sujeito de responsabilidade penal. O que o torna penalmente responsável é o que ele deve conhecer em função de sua posição no rol social. Conforme salientado por Juarez Tavares, a sociedade autoriza a prática de determinados riscos. Essa prática faz parte da sociedade industrial estendendo-se a todos os campos da atividade. Se o agente realiza determinada conduta dentro dos limites do risco autorizado, não haverá imputação.

Porém, se esse cidadão, sendo detentor de conhecimentos específicos sobre uma determinada matéria, utiliza esse conhecimento para instrumentalizá-lo e manipulá-lo com intenções delituosas, responderá pelo fato criminoso. Nessa situação, o agen-

29 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 22-23.

30 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 24.

te viola, por assim dizer, a posição de neutralidade, superando a ideia de risco permitido, passando a direcionar seu comportamento a uma finalidade delituosa. Mais uma vez, Miguel Polainos e Caro John, nos fornecem o seguinte exemplo:

*el estudiante de biología, que por las noches se gana la vida trabajando como camarero en un restaurante, se sale de su rol o infringe su posición de deber de camarero si al momento de servir un platô de ensalada reconoce que entre las verduras hay un hongo exótico venenoso – y lo sabe sólo porque casualmente ese día lo descubrió en una clase sobre hongos en el laboratorio de su universidad –, retiene el platô por unos segundos, mira al rededor y, reconociendo en el outro extremo del comedor a una antigua novia que le dejó plantado el día de la boda, pone en la mesa de ésta la ensalada, la que, tras ingerirla, falece por envenenamento”<sup>31</sup>*

Juarez Tavares, convalidando esse posicionamento, salienta que de fato, quando o agente é detentor de um conhecimento especial que o torne capaz de antever que com aquela forma de atuar, acarretará um dano a outrem, o evento lhe será imputado.<sup>32</sup>

Uma última questão que merece destaque é a que diz respeito à relação entre imputação e conhecimento na iminência de um risco. Assim, um ferreiro que vende uma faca bastante afiada a um cliente, visivelmente alterado, que está, naquele momento, em luta corporal contra o seu desafeto, pela teoria da proibição do regresso, fica mantida sua posição de neutralidade delitiva, uma vez que sua conduta está dentro do rol social, ou seja, dentro de suas atividades lícitas. Então, mesmo nessas circunstâncias, em que o ferreiro poderia assumir uma posição de garantidor da situação, na verdade, por estar desenvolvendo sua atividade dentro do rol social, não responderia pelo crime. O conhecimento que interessa ao direito penal é o que diz respeito ao conhecimento normatizado e mediado pelo dever, ou seja, para efeito de imputação o conhecimento é o que tem caráter objetivo.

Nesse sentido, nessa sociedade de riscos, é preciso que se tomem as devidas precauções para o fim de evitar punições indevidas e atentar para a gravidade da proliferação de crimes de perigo abstrato, causadores de grave insegurança jurídica. Assim é que, para Pierpaolo Bottini a expansão do direito penal atual prima pela utilização da técnica de criação de tipos penais de perigo abstrato como técnica para o enfrentamento das novas situações de risco.<sup>33</sup> E prossegue o autor pontuando que dentre esses motivos, estão os elevados potenciais lesivos de algumas atividades e produtos, como o caso da utilização da energia nuclear, os organismos geneticamente modificados, desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala, dentre outros. O problema é

31 Ibidem, p. 25.

32 TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 235.

33 BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 92.

que esses tipos penais abstratos causam um sério problema para efeito de estabelecer o nexo de causalidade entre conduta e resultado, apto a promover a devida imputação penal contra alguém.

Todos nós, na vida em sociedade, a partir de regras estabelecidas e convencionadas no modelo de contrato social, conforme demonstrado por Thomas Hobbes, em sua obra *O Leviatã*, somos sujeitos de direitos e obrigações. Baseado em um sistema auto-poiético ou autossustentável, nos moldes propostos por Niklas Luhmann, o comportamento humano está alicerçado na expectativa de que as pessoas, no convívio em sociedade, cumpram as normas estabelecidas. Esse procedimento faz parte da sustentabilidade do sistema autopoiético. Nas palavras de Luhmann:

*Partindo de sugestões para o desenvolvimento da teoria de sistemas parece lógico que se conceba a sociedade como um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Para tanto o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões. Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente.*<sup>34</sup>

Assim, é possível dizer que no convívio social, é fundamental que cada cidadão respeite as normas estabelecidas adequando seu estilo de vida a cada uma delas. O comportamento contrário às normas estabelecidas promove imputação. Nas palavras de Miguel Polainos e Caro John:

*El ejercicio del rol personal determina que el sujeto debe cumplir la expectativa social y, por tanto, ser respetuoso con la norma. El reverso, esto es: la infracción de la norma, determina el apartamiento del rol por parte del sujeto, y – por ello – la defraudación de la expectativa social. En este esquema tan fundamental, la imputación penal representa la desviación (antisocial) respecto de la correspondiente expectativa social que obliga al titular de cada sol.*<sup>35</sup>

Para que se possa falar em imputação, Caro John e Polaino-Orts sustentam a necessidade de que sejam analisados quatro pontos: a imputação normativa em face da existência de uma norma que obrigue juridicamente alguém ao seu cumprimento; a imputação, além de ser normativa deve ser também pessoal e pressupõe a inobservân-

34 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

35 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 12.

cia de um rol de comportamentos ajustados por parte do sujeito em questão; a imputação também é um conceito social, pois exige a defraudação de uma expectativa social e por fim, também é valorativa, conquanto a ela também se atribui um significado social concreto, com um sentido comunicativo de estabilização.<sup>36</sup>

Assim é que, de acordo com as várias casuísticas apresentadas pela doutrina, existe uma gama de comportamentos que a princípio podem ser entendidos como lícitos, como é o caso da venda de querosene para a fabricação de cocaína, locação de um imóvel para pessoas procuradas pela polícia pela prática de narcotráfico, doação de grandes volumes de dinheiro para instituições de benemerência, investigadas pela malversação de seus fundos, enfim, um elenco de comportamentos que a princípio podem ser entendidos como lícitos. A questão envolvendo as ações neutras passa a ter relevância à medida que o dono do posto de combustível, passa a ter conhecimento de que o produto vendido a determinada pessoa será utilizado para a fabricação de entorpecentes, que o imóvel alugado a um determinado grupo de pessoas está sendo utilizado pelo crime organizado ou para o narcotráfico, que o dinheiro doado a uma determinada instituição é objeto de malversação. João Daniel Rassi, dá conta da seguinte situação: A.A.C., motorista de táxi da cidade de Palmital, conduziu X e Y até determinados endereços, onde estes praticaram roubos. Após, transportou-os de volta e recebeu pela corrida feita; sem, no entanto, ter ciência das atividades delituosas de seus passageiros. Em primeira instância, foi condenado como coautor dos crimes praticados por X e Y. Inconformado, apelou. Na apelação, o Tribunal decidiu que para efeito de configuração do concurso de pessoas, na forma de coautoria, o simples auxílio material não é suficiente para um decreto condenatório, sendo necessário a demonstração de um acordo de vontades entre as partes, para o atingimento do resultado pretendido. Em outro exemplo citado pelo mesmo autor, membros do grupo terrorista espanhol ETA sequestraram o empresário J.C. e o mantiveram em cativeiro por quase um ano. Durante esse período, um dos membros do grupo levava as roupas do sequestrado para que sua esposa as lavasse. Também utilizaram seu carro para levar o empresário até o local combinado para sua libertação. A esposa, ciente das atividades ilícitas do marido foi, ao final, processada e condenada por cumplicidade no delito de cárcere privado, recorrendo da sentença.<sup>37</sup>

---

36 Ibidem, p. 12-13.

37 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 22-24.



## CAPÍTULO 3

# OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NAS AÇÕES NEUTRAS

Como já foi dito, a complexidade na divisão de tarefas entre os cidadãos no exercício de suas atividades laborativas acabam por admitir que determinados comportamentos entendidos por qualquer cidadão como lícitos ou juridicamente adequados passem a integrar a estrutura de uma ação delituosa, com ou sem o conhecimento daquele que exercita suas atividades rotineiras, normalmente, de forma estruturada.

Para essas hipóteses não há, segundo nos parece, uma solução jurídica adequada. Conforme salientado anteriormente, as teorias de autoria e participação, não são suficientes para explicar adequadamente esse fenômeno. Isso se dá porque o ambiente no qual foram construídas aquelas estruturas teóricas é diferente do atual.

Conforme salientado por João Daniel Rassi, a discussão sobre o tema “ações neutras” torna-se mais importante em função dos denominados crimes econômicos, pois é neste ambiente que se encontram as atividades laborais em que se exige intenso dever de cuidado, chegando a doutrina, inclusive, a mencionar a possibilidade de punição dos agentes financeiros (bancários, fiscais, funcionários do mercado de capitais etc.), por omissão do dever objetivo de cuidado.<sup>38</sup>

No âmbito da criminalidade econômica, é possível a atribuição de responsabilidade econômica em dois tipos de interação laboral: interação vertical e horizontal. A primeira, mais problemática, decorre da estrutura hierárquica de competências, divisão de atividades etc. Consoante o magistério de Robles Planas:

---

38 Ibidem, p. 26.

*É no terreno da interação vertical onde, com maior frequência, ocorrem os casos de intervenção com relação às competências atribuídas a um indivíduo (condutas neutras ou profissionalmente adequadas). [...]. A questão se coloca com especial intensidade nos casos em que o sujeito se comporta de acordo com seu papel no seio de uma estrutura organizada e chega a conhecer – de maneira absolutamente alheia à sua competência (p. ex. casualmente) – as intenções delitivas de outros indivíduos.<sup>39</sup>*

Nos casos de interação horizontal, quando as relações intersubjetivas se manifestam no mesmo nível hierárquico, é possível falar em responsabilidade penal a título de culpa, apenas.

Nas hipóteses em que o participante conhece as reais intenções do autor e adere ao seu comportamento, já existe consenso doutrinário a respeito da possibilidade de responsabilidade penal do partícipe. Nas hipóteses das ações neutras, ainda há grande dificuldade para efeito de atribuição de responsabilidade penal do atuante. João Daniel Rassi, apresenta o exemplo do funcionário que abre as comportas da indústria para lançar poluentes no rio. A princípio, esse sujeito realiza uma ação lícita, neutra, altamente organizada e estruturada dentro da empresa. Objetivamente, esse funcionário pratica uma ação cotidiana, em tese neutra, mas a cada vez que pratica esta conduta, está diretamente praticando crime ambiental.<sup>40</sup>

Ocorre que essa integração entre os vários sujeitos, nesse complexo ambiente corporativo, altamente regulado, dá ensejo a uma reanálise das teorias de autoria e participação, a partir do denominado dever de solidariedade, presente nestas circunstâncias.

Como já foi visto, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 29, da mesma maneira que os Códigos Penais espanhol e alemão, permitem a responsabilidade de alguém, a título de participação, de maneira bastante ampla, de forma a alcançar todos aqueles que cooperam para a execução de um crime. Essa amplitude para efeito de responsabilidade penal deve ser controlada e limitada, sob pena de punições indevidas. Asseverar que o partícipe concorre de qualquer outra forma para o crime, é muito amplo, conforme salienta uma parcela da doutrina. Assim, tudo aquilo que concorre de qualquer forma para a prática delitiva pode ser entendido como cumplicidade, desde que, evidentemente, a conduta coloque o bem jurídico em risco.

Para Robles Planas, citado por João Daniel Rassi, não se trata de desenvolver critérios distintos de imputação para os casos de participação mediante condutas neutras, mas de estabelecer fronteiras de tudo aquilo que é objetivamente imputável a título de participação.<sup>41</sup>

---

39 PLANAS, Ricardo Robles. *La participación en el delito*: Fundamento y limite. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 16.

40 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 30.

41 *Ibidem*, p. 32.

De um modo geral, a responsabilidade sobre as condutas neutras, é verificada sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, as condutas neutras são consideradas inócuas ou indiferentes uma vez que são comportamentos ligados à vida cotidiana. Sob o aspecto subjetivo, é característico de uma conduta neutra o conhecimento pelo contribuinte neutro acerca do comportamento delitivo de uma terceira pessoa. Esse conhecimento da finalidade delitiva do terceiro é que passa a ser objeto de discussão.

Assim, no exemplo citado por João Daniel Rassi, o empregado de uma indústria que tem por função a emissão de resíduos em um rio, sem precisar verificar a composição destes dejetos, missão do seu companheiro de trabalho, não é passível de punição. Agora, se ele passa a ter conhecimento de que aqueles dejetos por ele lançados no rio são tóxicos, e que portanto poluem o meio ambiente, a aparência externa de licitude ligada à condição interna de antijuridicidade gera a conduta com causalção direta do resultado.<sup>42</sup>

A partir de uma perspectiva criminológica da questão, diferentemente do que deveria ocorrer em face da amplitude dos conceitos de autoria e participação, não é possível encontrar uma quantidade razoável de jurisprudência sobre o tema. João Daniel Rassi, justifica a escassez de material sobre o tema, dada a dificuldade probatória, devido ao necessário elemento subjetivo para efeito de caracterização desse tipo de comportamento. Robles Planas, explica esse fenômeno em face do próprio trâmite processual até que o fato criminoso venha a ser julgado, passando por inúmeras etapas que vão desde a comunicação do evento pela vítima, até a circunstância de que muitas pessoas estabelecem contato com o autor no curso da prática criminosa, de maneira que, no processo investigatório, a relevância das participações vai sendo depurada, até que restem apenas aquelas ações fundamentais para a realização do crime. Planas salienta que há um processo de seleção das ações que merecem persecução penal.<sup>43</sup> Esse é um dado realmente importante.

O problema das ações neutras, ainda que com outra terminologia, tem se apresentado e tem sido tratado em nossa doutrina há muito tempo. Foi o que ocorreu com o princípio da adequação social, insignificância e com a proibição do regresso ao infinito.

A teoria da adequação social se justificou, a princípio, no estudo das ações neutras na medida em que o tema estaria integrado no ambiente social. Welzel, para explicar o princípio da adequação social utilizou-se de exemplos muito semelhantes aos casos que envolviam as ações neutras, como a hipótese da venda de bebida alcoólica a um motorista, por um comerciante proprietário de uma venda ou de um restaurante. Luis Greco, invocando o magistério de José Antonio Caro John, registrou que, conforme lembrança deste último, uma primeira repercussão da teoria de Welzel, foi na jurisprudência alemã, quando o Tribunal alemão mudou a solução doutrinária para efeito de solução dos casos de venda de álcool em restaurantes. Sobre o tema, havia entendimento pacífico no sentido de que o dono de restaurante que vendesse ou servisse be-

42 Ibidem, p. 33.

43 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 34.

bida alcoólica para a um motorista que causasse um acidente de trânsito, também responderia pelo crime. Após a proposta de Welzel, a Corte adotou um novo entendimento sobre o tema, passando a absolver o dono do restaurante na circunstância, utilizando como razões de decidir, a teoria de Welzel, sob o fundamento de que “a venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes pertencem de um modo geral às formas de atividades reconhecidas como socialmente cotidianas”.<sup>44</sup>

Para Luiz Regis Prado, a teoria da ação, proposta por Welzel, quer significar que apesar de uma conduta se enquadrar perfeitamente ao tipo penal incriminador, não será considerada típica se está socialmente adequada, ou seja, de acordo com a ordem social, por exemplo as restrições de liberdade ambulatoria de um usuário de transporte coletivo, intervenções cirúrgicas com resultado satisfatório, lesões desportivas, e assim por diante.<sup>45</sup>

A referida teoria, proposta por Hans Welzel, em 1939, teve por objetivo excluir a própria tipicidade de certas condutas uma vez que absolutamente admitidas no contexto social. Atualmente, a adequação social é entendida como um princípio geral de interpretação. Essa mudança de entendimento acabou por prejudicar a análise de que a adequação social serviria para justificar as condutas tidas como neutras uma vez que o conceito do que seja socialmente adequado é um conceito vago, não permitindo por este motivo, um adequado juízo de valor a respeito do assunto.

Para o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin, todas as condutas que agridam minimamente um bem jurídico-penal, devem ser consideradas atípicas. É dizer, lesões irrelevantes a um bem jurídico não autorizam a imposição de uma pena, devendo ser excluída a tipicidade da conduta. Trata-se de princípio analisado sob a perspectiva da imputação objetiva como critério para determinação do injusto penal. Apesar de ser analisado como um dos critérios utilizados pela doutrina para efeito de solução dos problemas de participação nas ações cotidianas, esse princípio passa por duas dificuldades: além de ser impreciso, uma vez que não é possível estabelecer o que seja insignificante para fins penais, também não pode ser aplicado nas hipóteses de bens jurídicos relevantes, como é o caso da vida humana.

Por fim, a utilização da denominada proibição de regresso, proposta por Gunther Jakobs, como mecanismo de solução para o problema das ações neutras, que consiste na ideia de que um comportamento culpável, seguido de uma conduta dolosa, direcionada a um resultado certo e determinado, ficaria sem punição uma vez que o novo comportamento realizado a título de dolo interromperia o nexo de causalidade, dando início a uma nova linha de desdobramento causal.

Essa teoria foi reconstruída por Gunther Jakobs, por ocasião da imputação objetiva, abandonando a questão da interrupção do nexo de causalidade, na hipótese, considerando a conduta anterior (dolosa ou imprudente) como inócua ou cotidiana, simplesmente. João Daniel Rassi explica que a atuação desse terceiro interveniente pode se dar, segundo Jakobs, de duas formas:

44 Ibidem, p. 35-36.

45 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 160.

*procedendo independentemente da vontade do autor, sem a consciência de que este incluirá sua ação na execução do delito, ou então agindo conjuntamente a ele (vendendo regularmente uma arma, ou pão que poderá ser envenenado), no desempenho habitual de suas funções, sem que haja auxílio proativo para o delito, ao fornecer uma informação ou um objeto. Isto pois, por se tratar de um serviço cotidiano, compreende-se que o autor poderia obtê-lo de qualquer outra pessoa, de forma que o interveniente não cria ou incrementa nenhum risco proibido.*<sup>46</sup>

As ações neutras seriam, por assim dizer, inofensivas, uma vez que seu autor estaria cumprindo um papel comum, no convívio em sociedade, não importando se o mesmo tem ou não conhecimento da intenção do autor em cometer crimes, uma vez que este último cometeria o ilícito, independentemente da atuação daquele.

Conforme salientado anteriormente, Roxin tece críticas a essa construção doutrinária na medida em que se o interveniente atuou tendo conhecimento do caráter ilícito da conduta, ele deverá ser responsabilizado penalmente, como partícipe. Roxin afirma que a teoria da imputação objetiva exige que o risco não permitido seja verificado no resultado, sem o que é impossível falar em imputação.<sup>47</sup> Conforme salientado por Antonio Luis Chaves de Camargo, em muitos casos, cria-se uma situação de risco não permitido, que não se verifica no resultado, impossibilitando a conclusão pela imputação objetiva do autor. Segundo Chaves, a criação do risco *ex-ante*, que cria um perigo não constatado *ex-post*, afasta a imputação objetiva.<sup>48</sup>

Ademais, merece destaque a análise do princípio da confiança como causa de exclusão de responsabilidade. Esse princípio baseia-se na expectativa de que o comportamento do outro esteja alicerçado nos parâmetros fixados pelo convívio em sociedade.

Aliás, o mencionado princípio serve como critério de apoio para definição de comportamentos adequados, correspondentes aos do cuidado objetivo nos crimes culposos, nas atividades humanas que contam com a participação de várias pessoas; serve como critério de exclusão de imputação objetiva, quer sob o viés de tutela subsidiária de bens jurídicos, quer sob o aspecto da estabilização dos papéis sociais e finalmente, auxilia nos crimes omissivos, na fixação da incidência de uma conduta típica, em face

---

46 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 38.

47 Consoante seu magistério: “La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de esse peligro, sino sólo en conexión casual con el mismo”. In: JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares, 2002, p. 372.

48 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 144.

de elementos concretos.<sup>49</sup> Nesse mesmo sentido, a lição de Gunther Jakobs a respeito do princípio da confiança, a qual se manifesta em todos os âmbitos, uma vez que em praticamente todas as partes, é possível encontrar organizações em regime de divisão de tarefas.<sup>50</sup>

De qualquer forma, não podemos deixar de registrar que o sistema funcionalista de Jakobs, independentemente da concordância ou não de seus argumentos, no qual se insere a sua concepção de imputação objetiva, encerra em seu bojo um conteúdo muito mais amplo e muito mais sofisticado do que o tradicional conceito de ação e nexos de causalidade, sem deixar de lado a determinação dos critérios de autoria e participação delitiva, em sede de concurso de agentes.

---

49 GUARAGNI, Fábio André. *Princípio da Confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: Relações e possibilidades*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76-77.

50 JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução: André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

## CAPÍTULO 4

# O DEVER DE SOLIDARIEDADE EM ÉMILE DURKHEIM E A IMPUTAÇÃO DAS AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO PENAL

Émile Durkheim, um dos fundadores da sociologia e representante do positivismo jurídico, é um dos grandes estudiosos do tema relativo ao dever de solidariedade, um dos fundamentos da vida em sociedade, bem como do papel do direito penal no contexto social.

Segundo sua lógica, um determinado fato social deve ser analisado sob a perspectiva da atuação de vários indivíduos que compõem o tecido social e não de apenas um cidadão. Para ele, todas as manifestações de conteúdo subjetivo, como promover o bem e ser solidário ao próximo, estão ligadas ao campo da sociologia. A solidariedade para Durkheim é elemento fundamental de integração dos inúmeros membros que compõem a sociedade.

Durkheim divide a solidariedade em mecânica e orgânica. Essa solidariedade provém da divisão social do trabalho. Isso se deu com o crescimento da vida em sociedade e os papéis de cada um neste convívio social. Na solidariedade mecânica Durkheim salienta que há uma ligação entre o indivíduo diretamente à sociedade. Na sociedade orgânica, a sociedade vai depender das partes e dos indivíduos que a compõem para efeito de um bom funcionamento. A sociedade mecânica atribui a uma consciência coletiva que abriga a consciência individual, que acaba por absorver o indivíduo. Na sociedade orgânica, fica descoberta uma parte da consciência individual para uma função especial. Na sociedade mecânica os indivíduos são semelhantes. Na orgânica as funções são cada vez mais especializadas de acordo com a sua aptidão. Na mecâni-

ca não há divisão social de trabalho. Na orgânica isso já existe. Na mecânica a punição é arcaica, repressiva, violenta e de caráter preventivo. Na orgânica o sistema repressivo tem um caráter reparador, indenizatório, buscando restituir ao indivíduo aquilo que ele perdeu. A sociedade mecânica é uma sociedade muito simples. A sociedade orgânica é mais complexa, muito desenvolvida, geralmente industrial, chegando Durkheim a compará-la a um corpo humano, no qual cada órgão tem a sua função.

João Daniel Rassi salienta que para Durkheim, o direito penal corresponde ao tipo de sociedade mecânica, ou seja, aquela que caracteriza a sociedade em que a divisão do trabalho é muito mais simples. Nesse tipo de sociedade, onde a similitude é o pensamento reitor, os sentimentos de caráter coletivo podem mais facilmente ser compartilhados e o sentimento de vingança ocasionado por um crime receberá uma resposta violenta e reativa, a título de manter ou restabelecer a coesão social.<sup>51</sup>

Diferentemente, no tipo de sociedade marcada pela solidariedade orgânica, a sofisticação e o elevado grau de individualização das atividades humanas em face dos sentimentos coletivos, são os fatores determinantes.

Conforme tratado anteriormente, a sociedade do bem-estar passou a exigir um nível de sofisticação e divisão das atividades laborativas que culminou na exigência de um maior nível de colaboração entre as pessoas. Assim, passa a tornar-se possível a análise dos limites de criminalização em sede de ações neutras.

Mais modernamente, Anthony Giddens, traz a ideia de que as transformações verificadas principalmente nos últimos tempos, constituiriam uma nova etapa de modernidade, que pela primeira vez surge de forma plena, com todos os seus desafios, basicamente nos moldes já delineados por Ulrich Bech, em sua obra *Sociedade de Risco*. Paradoxalmente, ao lado do progresso promovido por essa modernidade existe um lado obscuro, de graves consequências e que promoverão, ao longo do tempo, graves consequências, como a questão do meio ambiente, corrida armamentista e outras questões já assinaladas.

Nesse contexto, a confiança depositada no trabalho e na atividade dos vários atores desse ambiente de alta complexidade laborativa, ainda promove um nível razoável de tranquilidade para a população em geral. Nesse sentido, as considerações de Jakobs, sobre o princípio da confiança:

*O princípio da confiança é a autorização para confiar no comportamento correto das outras pessoas – numa medida a ser ainda determinada – não obstante a experiência de que elas cometem erros (confiar é entendido aqui não como evento psíquico, mas como estar autorizado a confiar). O princípio da confiança não é apenas um subcaso do risco permitido, mas também da proibição de regresso: não se trata apenas de que as pessoas, em ações comuns ou em contatos anônimos, possam ser fatores de perturbação da mesma for-*

51 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 121-122.

*ma que processos naturais imprevisíveis (nesse sentido, risco permitido), mas também da responsabilidade dessas pessoas por seus erros (nesse sentido, proibição de regresso). Enquanto, no risco permitido, um conflito deve ser definido como erro do agente ou da vítima ou como adversidade, no princípio da confiança, acrescente-se a possibilidade de definir o conflito como erro de terceiro envolvido; essa possibilidade de lidar com um conflito constituiria a principal raiz do princípio da confiança.<sup>52</sup>*

O avanço tecnológico que caminha em perfeita sintonia com essa complexa e arriscada sociedade pós-industrial, do ponto de vista institucional, confere margem à análise de uma sofisticada capacidade de vigilância desenvolvida pela atual sociedade, dotada de um desenvolvido sistema de mecanismos de monitoramento social, como as interceptações telefônicas e telemáticas, câmeras espalhadas em lugares públicos, bem como os demais meios de inteligência artificial. Esse elevado nível de vigilância e monitoramento eletrônico em sede de ações neutras acaba por exigir do cidadão um elevado nível de vigilância sobre os demais. João Daniel Rassi, a propósito do tema, salienta que esse ambiente acaba por promover uma pulverização do poder punitivo que deixa de ser monopólio do Estado, para ser instrumento de controle social entre os próprios cidadãos, tornando o dever de solidariedade, antes de tudo, dever de vigilância. Esse dever de solidariedade, é um dever adicional, imposto àquelas pessoas que, atuando de forma neutra, acabam por expor pessoas a um perigo concreto ou criando condições de perigo para um terceiro. Nas palavras de José Antonio Caro John:

*Há quedado establecido que el cumplimiento de los deberes de una conducta adecuada a un rol tiene un significado neutro para el Derecho penal. Sin embargo, de ninguna manera debe entenderse que un obrar neutro avala impunidad total de la conducta. La neutralidade es sólo un aspecto de la conducta, cuando ésta es ejercitada correctamente en el marco de un rol estereotipado. Pero, cuando el actuante, al tempo de llevar a cabo su conducta cotidiana, se da cuenta que simultaneamente al desarrollo de su acción expone a personas a un peligro concreto o crea las condiciones de una situación de sobre él deber adicional por cumplir: el deber de solidariedade mínima.<sup>53</sup>*

Assim é que, procuramos apresentar as bases objetivas sobre as quais é possível discutir os temas relativos às ações neutras (concretização do risco permitido) e o

52 JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 302-303.

53 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 48.

dever de solidariedade. Esse novo contexto social passou a exigir do direito penal um caráter de expansão, com a necessária cautela, para efeito de aperfeiçoamento do sistema em face dos novos desafios apresentados pela sociedade atual.

João Daniel Rassi, salienta que é a partir das ideias de Durkheim, complementadas pela contemporaneidade de Giddens que é possível compreender as consequências penais do fenômeno contemporâneo do estreitamento dos vínculos sociais, resultado de um aumento expressivo da interação dos atores sociais em escala global. Segundo Rassi, as transformações sociais e tecnológicas dos últimos tempos incidem sobre a ação humana de forma que o direito penal deve passar por uma reestruturação “ainda que isso não se resuma a uma expansão irrestrita de sua abrangência e tampouco ao acirramento puro e simples de seu caráter repressor (aumento de penas, flexibilização de garantias etc.)”.<sup>54</sup> O autor conclui que esse estreitamento dos vínculos sociais fundamenta a criação de um vínculo jurídico-penal positivo, que se denomina dever de solidariedade. Em relação a esse dever mínimo de solidariedade, José Antonio Caro John salienta que:

*Pero que el deber de solidariedade mínima haya alcanzado un reconocimiento positivo en el Código penal alemán en los tempos del nacional-socialismo no significa en lo absoluto que esta forma de deber responda a una ideología política discutible, opuesta a toda concepción democrática de convivência. Todo lo contrario, el deber de solidariedade es tan antiguo como el mismo deber negativo. Baste como ejemplo la acción salvadora del Buen Samaritano, que se recoge en el Evangelio de San Lucas, donde, en base al principio Cristiano de amar al prójimo como a uno mismo, la solidariedade manifiesta su validez como parte de la caridad. Esto evidencia que el deber de solidariedade ha estado arraigado en la conciencia de los pueblos más como un deber moral que jurídico. Sólo que como una solidariedade en el ordenamiento jurídico no puede basarse en el amor entre las personas, sino en la exigencia de que cada individuo tiene deberes positivos de acción para el bienestar de la generalidade, antes de su institucionalización jurídica estuvo habitando, con una larga tradición, dentro del mundo de los deberes morales recíprocos entre el sujeto individual y la comunidad.*<sup>55</sup>

Nesse contexto de sociedade do risco, haverá, como salienta Jorge de Figueiredo Dias, em resposta ao recrudescimento do sistema punitivo, uma indevida e insuportável tendência de aumento expressivo em número e em significado, do número de omissões jurídico-penalmente relevantes. E prossegue o autor:

54 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 138.

55 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 51.

*Sem dever todavia esquecer-se que uma punição generalizada ou demasiado alargada da omissão conduzirá seguramente a uma sistemática, inadmissível e insuportável intromissão – tanto mais insuportável quanto maior for, precisamente, a complexidade social – de cada um na esfera jurídica dos outros, para assim não incorrerem na possibilidade de serem jurídico-penalmente responsabilizado por omissões.<sup>56</sup>*

O mencionado dever de solidariedade deve ser visto com muita cautela para que não se perca de vista os limites efetivos de imputação e para que não haja uma expansão desenfreada do direito penal nas hipóteses de omissão, dando margem a punições absolutamente injustas. Nesse diapasão, Janaina Conceição Paschoal, por ocasião de sua obra sobre direito penal mínimo, salienta que de fato é inconcebível sustentar que a solidariedade deve ser estimulada por meio do Direito Penal e o que é pior, por meio de punição de condutas absolutamente sem previsão legal.<sup>57</sup>

---

56 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: Parte geral*. Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 908.

57 PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.



## CAPÍTULO 5

# A IDEIA DA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

A *business judgment rule* nada mais é do que uma regra de standard revisional, originária dos Tribunais norte-americanos para efeito de solucionar problemas jurídicos nos quais os sócios postulam a responsabilidade civil dos seus administradores por decisões negociais tomadas no ambiente de suas empresas. Com a aplicação dessa regra, busca-se estabelecer equilíbrio nas decisões tomadas no ambiente corporativo e a identificação de responsabilidade por ocasião da tomada de decisões, a fim de proteger o administrador de boa fé a se resguardar de eventual prejuízo causado por conta de sua atuação ou de responsabilizá-lo no caso de verificação da intenção de lesar a empresa. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já há alguns anos, vem reconhecendo e aplicando a *business judgment rule* com previsão no art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, compreendendo-a como uma regra que protege os administradores no exercício de sua função à medida que observa os deveres fiduciários a que estão submetidas, em especial o dever de diligência.

No direito brasileiro, um conceito muito semelhante à *business judgment rule* foi incorporado pela legislação aplicável às sociedades anônimas, Lei 6.404/1976, que em seu artigo 159, § 6º, determina que: “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. § 6º - O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

De acordo com o texto legal, existe uma preocupação do legislador em amparar o administrador que de boa fé pratica ato que eventualmente possa causar prejuízo à empresa e aos seus acionistas.

Transportando a mesma linha de raciocínio para a questão abordada neste trabalho relativa às ações neutras, eventual responsabilidade penal de alguém que atuando de forma neutra, chegue a cometer algum ilícito penal, verificando-se a boa fé dessa pessoa, no evento, seria o caso de isentá-la de responsabilidade penal.

Para Ivó Coca Vila, relativamente ao tema da *business judgment rule*, de acordo com a legislação da Espanha, em que pese o fato de que a Lei de Sociedade de Capitais (LSC) diversifica o regime de responsabilidade do administrador societário, tratando de forma mais severa a infração do dever de lealdade (art. 227, LSC) que a do dever de diligência (art. 225, LSC), ambas as infrações administrativas são passíveis de integrar por igual o tipo penal de administração desleal do art. 252, do Código Penal espanhol. A questão é a de se saber de que maneira a regulação mercantil dos deveres fiduciários do administrador e, em especial a regra de proteção de discricionariedade empresarial do artigo 226, da *Business Judgment Rule* (LSC), deveria condicionar os espaços de risco permitido ante a adoção de negócios de risco suscetíveis de serem enquadrados no tipo penal do artigo 252, do Código Penal espanhol, que cuida do crime de administração desleal. Os negócios de risco, de maneira geral, impulsionam o capitalismo, nas palavras de Ivó Coca. Não apenas seria injusto proibi-los, como contraproducente não incentivá-lo. Não foi por outro motivo que o legislador espanhol incorporou no artigo 226, da LSC, uma regra de proteção de discricionariedade empresarial (*business judgment rule*). Em face de decisões de natureza estratégica do administrador societário que atua de boa fé, que não tenha interesse pessoal no assunto e tenha atuado de forma adequada, observando os protocolos procedimentais de natureza empresarial, a diligência do administrador societário se presume. O novo tipo penal do art. 252, do Código Penal (CP) espanhol pune a conduta do gestor de patrimônio alheio que infringe suas faculdades de administração de maneira dolosa, excedendo-se, em seu exercício, em prejuízo do patrimônio administrado. Nas palavras de Ivó Coca Vila, sobre o tema *La business judgment rule*:

*El art. 252, CP sanciona con las penas previstas para el delito de estafa a aquellos sujetos que “teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera causen un perjuicio al patrimonio administrado.”<sup>58</sup>*

---

58 COCA VILA, I. La business judgment rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Belo Horizonte, nº 4, p. 83-116, nov. 2019.

## CAPÍTULO 6

# OS REFLEXOS DAS AÇÕES NEUTRAS NOS AMBIENTES CORPORATIVOS

### 6.1 A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER E AS DENÚNCIAS INTERNAS

De maneira geral, é possível afirmar que o tema do compliance foi trazido para o centro dos debates no direito penal. O expansionismo econômico promovido pela sociedade do bem-estar colocou na pauta das discussões as questões envolvendo a criminalidade empresarial no âmbito internacional, cada vez mais complexa e articulada. Assim, o aparelhamento estatal se aperfeiçoou, promovendo um maior grau de intervenção do Estado na vida do cidadão, em busca de uma proteção sempre crescente dos bens jurídicos tidos como relevantes em um nítido processo de expansionismo penal. De um modo geral é possível afirmar que parece ter havido uma flexibilização dos princípios penais e processuais penais, bem como dos parâmetros constitucionais, frutos de conquistas históricas, no dizer de Flávia Piovezan, cujo marco inicial foram as revoluções liberais do séc. XVIII.

Nesse processo de criminalização crescente, destacadamente no âmbito dos denominados “crimes de colarinho branco”, conforme terminologia cunhada por Edwin Sutherland, praticados por empresários, executivos, políticos e por funcionários públicos, passou-se a ter, como objetivo precípua, coibir os denominados crimes econômicos.

Assim é que os programas de conformidade ou de compliance passaram a ser adotados como mecanismos de fiscalização nos ambientes corporativos como um todo, cuja finalidade é a de prevenir ou ao menos minimizar as práticas criminosas. A efe-

tivação desses programas é realizada pelo denominado compliance officer. Dessa forma, passou-se a analisar a responsabilidade penal desse ator, no caso de cometimento de crimes no ambiente empresarial. No sentir de César Caputo Guimarães, o compliance officer acaba por ocupar uma posição de garante no ambiente corporativo o que acarreta para esse profissional grande responsabilidade por eventual delito praticado, fazendo-se necessário traçar com clareza os limites dessa responsabilidade.<sup>59</sup>

A dogmática penal envolvendo a figura do compliance officer é de extrema complexidade em face da gama de profissionais das mais variadas áreas do conhecimento humano a exercer esse cargo. Além disso, essa atividade pode ser exercida por uma única pessoa, por um conjunto de profissionais atuando dentro da empresa ou ainda por um agente externo.

Nesse diapasão ficaria difícil estabelecer responsabilidade penal a alguém por eventual infração penal praticada na empresa. É de se considerar, ademais, que a relevância do cargo de compliance officer não pode sobrepujar a importância dos demais integrantes da empresa, como os diretores, gerentes, sócios, acionistas etc. A figura do compliance officer deve ser apreciada como alguém que presta serviço de assessoria no ambiente empresarial de modo a prevenir infrações penais. Essa pessoa não pode ser responsabilizada, ou seja, sua conduta na empresa é absolutamente neutra, a não ser que tenha agido com dolo ou culpa, ou que tenha criado ou incrementado o risco, por eventuais ilícitos praticados nessa atividade. Não se pode perder de vista que o compliance officer atua por delegação e não como responsável originário.

Sob a perspectiva dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, em que o agente responde pelo crime uma vez que assume a posição de garante, a questão é de se saber se a figura do compliance officer assume efetivamente essa posição respondendo por eventual crime praticado.

No entendimento de Gustavo Britta Scandelari, a atuação do compliance officer poderia se encaixar nas hipóteses em que a omissão é penalmente relevante uma vez que este ator assume funções específicas que acabam por obrigá-lo a impedir o resultado.<sup>60</sup> César Caputo Guimarães contesta o argumento citado por Gustavo Scandelari afirmando que a lei não institui a posição de garante de maneira direta e menos descreve condutas omissivas de resultado de dano. Ademais, as ações de um compliance officer, por exemplo, a quebra de um contrato, não configuram infração penal na legislação pátria.<sup>61</sup> Renato de Mello Jorge Silveira, salienta que sob a ótica penal, surge um problema, qual seja, o de que a menção ao compliance officer pode ser lateral à lei, podendo ser prevista pela mesma, mas não necessariamente. No caso de sua não menção, o dever de garante deveria recair sobre a alta cúpula da empresa, na medida em que a posição do complian-

59 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 21.

60 SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo César (coord.); GUARAGNI, Fábio André (coord.); DAVID, Décio Franco (org.); *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166.

61 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 85.

ce officer dá-se por delegação do titular desta empresa, podendo, de qualquer forma, falar-se em responsabilidade concorrente entre ambos, tomando-se a cautela de evitar que o compliance officer acabe se tornando, por assim dizer, um bode expiatório. Assim é que, se não houve previsão legal para efeito de responsabilidade penal do compliance officer, a responsabilidade é dos representantes maiores da empresa. Também seria possível, como forma de compor a situação de se atribuir uma responsabilidade própria das pessoas jurídicas, conforme orienta Gómez-Jara Díez. O autor conclui o raciocínio sobre o tema salientado que as empresas que adotam a atividade de compliance officer em seus sistemas de autorregulação, mesmo que aqui no Brasil os limites da atuação do compliance officer não estejam devidamente definidos, a atuação desse ator poderia ser vista como causa de diminuição do risco empresarial, o que, em termos de imputação objetiva, redundaria em causa de exclusão da tipicidade da conduta, que seria, meramente neutra.<sup>62</sup>

Também é preciso que se diga que não existe tipo penal de incriminação para a hipótese do compliance officer. De qualquer forma, a doutrina tem sustentado a possibilidade de responsabilidade penal do compliance officer a título de crime comissivo por omissão, ou seja, nas hipóteses em que o mesmo assume a posição de garante. Nas palavras de José Danilo Tavares Lobato e Jorge Washington Gonçalves Martins:

*Por outro lado, como não há um tipo penal específico que incrimine o compliance officer pelo mero descumprimento de suas funções, cumpre reconhecer que esse profissional somente poderá ser responsabilizado recorrendo-se à estrutura típica da omissão imprópria, ou seja, por meio da construção de um dever de evitar a prática de crimes que sejam correlatos à atividade empresarial e estejam dentro do âmbito de sua competência profissional. Assim, por exemplo, se o compliance officer não vigiar o cumprimento do seu programa e, em razão dessa falha, crimes forem cometidos dentro de sua esfera de atribuições, sua responsabilização tornar-se-ia factível caso deixasse de reportar aos seus superiores os indícios da prática de crimes que, mediante sua comunicação, pudessem ter sido evitados. Em contrapartida, se o compliance officer identificar os autores de um crime ocorrido dentro de seu âmbito de competência e reportar, a seus superiores, as informações obtidas, ainda que estes nada façam, ele estará exonerado, uma vez que não ostentaria poder de correção e nem o dever de informar as autoridades públicas.<sup>63</sup>*

No Brasil, como as funções do compliance officer não estão bem definidas, como ocorre nos países europeus, se esse ator não agiu com dolo ou culpa ou não criou ne-

62 SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144-147.

63 LOBATO, J. D. T.; MARTINS, J. W. G. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, vol. 24, nº 284, p. 12-13, jul. 2016.

nhuma situação de risco ou de seu incremento, ficaria efetivamente inviável atribuir responsabilidade penal a ele, apenas por este motivo. César Caputo Guimarães, em relação a essa falta de definição quanto à atuação do compliance officer salienta que:

*Ocorre que, na Alemanha, bem como nos Estados Unidos e outros países da Europa Ocidental, os compliance officers têm uma função abrangente e pré-definida, muito diferente do que ocorre no caso do Brasil, em que ainda não existem atribuições delimitadas. Nesses países, há o chamado “dever de compliance”, que é exigido para todas as empresas, quer sejam sociedades anônimas ou microempresas. Isso, da mesma forma, está em um processo de implantação ainda muito lento na sociedade brasileira.<sup>64</sup>*

Além do critério de responsabilidade penal galvanizado no artigo 13, § 2º, do CP, que cuida das hipóteses em que a omissão é penalmente relevante, é preciso que se leve em consideração os critérios de imputação objetiva para efeito de uma melhor delimitação da imputação penal. Assim, ao se analisar o comportamento do compliance officer no ambiente corporativo é preciso que se verifique que este comportamento criou o risco da ocorrência do crime ou se houve aumento deste risco em face dessa mesma atuação, sem o que, não é possível que se atribua responsabilidade penal a este sujeito, apenas por conta dessa situação. É dizer, não é pelo fato de o compliance officer assumir essa posição é que será responsável pelas ilegalidades praticadas na empresa. Nesse sentido o magistério de Heloisa Estellita, para quem:

*Sempre que se imputa a alguém a prática de um crime “por ocupar uma posição” na empresa ou na sociedade empresária, o que se faz é violar a letra clara dessa norma, pois nada mais se faz do que renunciar à imputação de uma ação ou omissão determinada (uma conduta humana), que é “causa” desse resultado, olvidando-se que o resultado típico que não seja causado por uma ação ou omissão é um irrelevante penal, um fato da natureza, irrelevante.<sup>65</sup>*

Analisando a atuação do compliance officer em face da teoria da cegueira deliberada, construção da jurisprudência anglo-saxônica e que estabelece a possibilidade de punição do agente que deliberadamente se mantém em estado de ignorância em face do crime praticado quando tinha condições de saber, no caso concreto, o que ocorria, o que se busca é impedir que o agente alegue que não tinha conhecimento sobre os fatos imputados, buscando assim, afastar o dolo de sua conduta.

64 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 88.

65 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes da empresa por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 255.

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada tem sido muito utilizada, principalmente em casos mais complexos para efeito de atribuir responsabilidade penal a alguém. César Caputo Guimarães da conta da utilização da teoria da cegueira deliberada no caso do assalto ao Banco Central de Fortaleza. O referido assalto resultou na subtração de mais de cento e sessenta milhões de reais em cédulas de R\$ 50. Na ocasião, um dos suspeitos adquiriu 11 carros de luxo no valor de quase um milhão de reais, tudo em notas de cinquenta reais. O suspeito foi preso e condenado por ter sido provado que ele sabia da origem ilícita dos valores. Os sócios da revendedora de automóveis foram condenados com base na Teoria da Cegueira Deliberada, uma vez que o juiz do processo entendeu que ambos agiram com dolo eventual com relação à origem dos valores. Da mesma forma, o juiz Sérgio Moro utilizou-se da referida teoria para embasar suas condenações, no âmbito da operação Lava Jato, condenando os acusados a título de dolo eventual.<sup>66</sup>

Ana Carolina Carlos de Oliveira salienta que de fato, nos delitos tradicionais a imputação penal a título de omissão exige um domínio real e atual sobre a causa do resultado. No caso dos crimes econômicos, esse “domínio sobre a causa do resultado” é interpretado por Schunemann como o domínio dos órgãos de direção sobre o curso da empresa, promovendo uma ampliação da responsabilidade dos superiores hierárquicos sobre todos os comportamentos praticados em seu interior.<sup>67</sup> Prossegue a autora, sustentando que a empresa é uma fonte de perigo, nos seguintes termos:

*Desde o julgamento dos casos paradigmáticos de saúde contra os consumidores ocorridos na Espanha e Alemanha, respectivamente os casos do aceite de colza e do spray de couro, a doutrina e a jurisprudência constataram que a atividade empresarial pode, efetivamente, representar uma fonte de perigos e que seu controle está a cargo dos diretores e demais empregados com poder de interromper o curso do risco.<sup>68</sup>*

Essa responsabilidade penal a título de omissão tem se afirmado como uma das características mais eloquentes do já mencionado expansionismo penal em busca de (in) segurança jurídica em face da sociedade do risco, flexibilizando-se, por assim dizer, algumas garantias constitucionais e legais, em busca de responsabilidade criminal.<sup>69</sup>

66 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 97.

67 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 214.

68 *Ibidem*, p. 224.

69 Ana Carolina Carlos de Oliveira, invocando as lições de Roxin, sobre a participação por omissão como uma infração de um dever especial extralegal, salienta que: “Tendo em vista que, nos delitos comissivos por omissão, há a infração de um dever, o dever especial de garante, conclui o autor que seriam delitos de infração de dever, e, conseqüentemente, aqueles que infringissem o dever jurídico especial de garante seriam sempre apenados a título de autoria, e não de participação”. In: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 209.

Como já foi dito, a legislação brasileira (Decreto 8.420/2015) não delimita devidamente a atuação do responsável pela aplicação do programa de integridade, como ocorre nos países europeus o que dificulta, ainda mais, eventual responsabilidade do compliance officer a título de garante. Renato de Mello Jorge Silveira, relativamente a essa posição de garante do compliance officer, salienta que a posição de garante é do empresário, sendo que, é a partir daí que se pode estabelecer uma responsabilidade decorrencial também em relação ao compliance officer. Segundo seu magistério:

*Por princípio, como informa Silva Sanchez, dentro de uma realidade empresarial, os superiores hierárquicos assumem uma posição de garante sobre a conduta de seus subordinados. Sendo isso verdade, cabe distinguir as noções dessa posição de garante, as quais podem se dar em uma dimensão ad intra – isto é, orientada para a evitação de resultados lesivos para a própria empresa – e em uma dimensão ad extra ou seja, orientada para a evitação de resultados lesivos que venham a se produzir sobre pessoas externas, a partir de atividade de membros da própria empresa. Entretanto, o papel de garante assumido por delegação por parte do compliance officer não é total. Ele não dispõe de faculdades executivas, nem assume, de outro modo, a obrigação de impedir delitos quaisquer. Sua atribuição delegada, bem gizada por Robles Planas, é mais limitada: ele não pode ser tido como responsável por todos os pecados do mundo, muito menos por todos os incidentes em sede empresarial.<sup>70</sup>*

Nas estruturas empresariais, dada a complexidade por conta da grande diversidade de espaços de atuação, seja no âmbito da direção empresarial, seja na posição exercida pelos subordinados, a delimitação de responsabilidade penal passa, necessariamente, pela análise das ações neutras.

## **6.2 O DEVER DE COLABORAÇÃO DO ADVOGADO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4841**

O ambiente jurídico de nosso país vem experimentando, destacadamente nos últimos anos, uma intensificação do denominado direito penal econômico, estabelecendo, assim, vínculos importantes entre a área penal e as esferas econômica e administrativa.

Assim, no contexto deste estudo, foi modificada a legislação pertinente à lavagem de dinheiro, com a edição da Lei 12.683/2012, bem como, foi editada a lei anticorrupção, Lei 12.846/2013, objetivando o alinhamento da legislação pátria aos padrões internacionais de combate à corrupção econômica que, no dizer de Amanda Bessoni Boudoux Salgado caracterizam-se por uma medida de lesão ou perigo intangível, em

70 PLANAS, Ricardo Robles. *La participación en el delito: Fundamento y limite*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 148-149.

um campo supraindividual, na qual não se reconhecem as vítimas e tampouco se pode admitir a ocorrência de dano efetivo ao bem jurídico protegido.<sup>71</sup>

Relativamente ao crime de lavagem de capitais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no prefácio da obra de Juarez Tavares *Lavagem de Capitais*, salienta que:

*Embora o espaço seja restrito, vale lembrar que tal “centro de poder” decorre, como instituição, do G-8, sendo criado em 1989 como FATF – Financial Action Task Force ou, como na tradução empregada para o português, GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional. Tal “órgão”, com sede em Paris e do qual não se tem acesso aos seus membros, já em 1990 editou suas famosas Recomendações (no início em número de 40), em um documento expresso como “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation” (Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação). Em tal documento (renovado e remendado várias vezes), resta expresso por que veio tal “órgão”: “A função do GAFI é definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes”. Assim, tendo a lavagem como centro (no início girava em torno do tráfico de entorpecentes), por razões óbvias logo virou preocupação enorme (e não seria do Brasil que nunca teve nada de crimes assim) o financiamento do terrorismo (internacional), a proliferação de armas de destruição e “outras ameaças”: “O combate ao financiamento do terrorismo é um grande desafio”, assim como “A proliferação de armas de destruição em massa também é uma grande preocupação de segurança, e, em 2008, o mandato do GAFI foi expandido para tratar também do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa.”<sup>72</sup>*

Essas recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), estabeleceram um padrão internacional que os países deveriam adotar através de medidas compatíveis com as peculiaridades de cada localidade. Em países como a Espanha, as normativas administrativas relativas à inobservância do dever de comunicação de operações com indícios ou mesmo certeza de prática de lavagem de dinheiro, geram

71 SALGADO, Amanda Bessoni Boudeuax. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016, p. 13.

72 TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15-16.

responsabilidade penal, derivadas de uma posição de garante, por parte do funcionário ou diretor que falta com este dever. Nas palavras de Isidoro Blanco Cordero:

*De la normativa administrativa que hemos expuesto en páginas anteriores que confiere a los empleados o directivos de las instituciones financieras la obligación de comunicación de las operaciones con indicios o certeza de que están vinculadas al blanqueo de capitales, se deriva una posición de garante penal según el art. 11 CP. Estas personas están legalmente obligadas a comunicar tales operaciones para evitar que se lleve a cabo un delito de blanqueo de capitales. Si los empleados o directivos infringen su deber de garante han de responder penalmente en comisión por omisión de los delitos de blanqueo de capitales que se produzcan.*<sup>73</sup>

Carlos Gómez-Jara Díez, em artigo publicado no Boletim IBCCRIM, relativamente ao rol do advogado em face do “branqueamento” de capitais, indaga se o mesmo atua como garante do Estado ou defensor do cliente. De acordo com sua orientação:

*La nueva regulación brasileña sobre el “lavagem de dinheiro” es una clara muestra de la marcha inexorable del delito de blanqueo de capitales por los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Como el próprio enunciado de la Ley indica, se trata de hacer más “eficiente” la persecución del delito de blanqueo, y precisamente cuando se unen “eficiencia” y “persecución” los pilares del Estado de Derecho corren el riesgo de sufrir un grave atentado. Para hacer esa persecución más eficiente se acude a un mecanismo conocido: se aumentan el círculo de sujetos sometidos a control y se refuerzan sus deberes. Como se explicará más adelante, está técnica de interponer a un tercero entre el Estado y el particular que comete el delito de blanqueo pretende dotar de legitimidade a conductas estatales que no encontrarían fácil justificación si las llevara el Estado directamente”.*<sup>74</sup>

O autor salienta ainda que as similitudes entre a legislação brasileira e a espanhola são realmente importantes. No entanto, existe uma disposição na legislação espanhola que não encontra similitude na legislação brasileira, no que pertine à falta de obrigação por

73 CORDERO, Isidoro Blanco. *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: Comares, 1999, p. 131-132.

74 DIÉZ, C. G. J. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: Garante del estado o defensor del cliente? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 237, p. 11, 2012.

parte do advogado de informar os órgãos de controle. É o que determina o artigo 22 da Ley 10/2010, de “Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo y la forma de los artículos 205 y siguientes del Código penal mediante la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal de 23 de junio”, nos seguintes moldes:

*Art. 22. No sujeción. Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él la determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos. Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.*<sup>75</sup>

No entanto, segundo parece, mesmo com a existência do dispositivo legal, a legislação espanhola também obriga o advogado a prestar informações a depender do risco da operação e da política adotada em relação à classe de clientes que assume.

No Brasil, essas adaptações foram muito além daquilo que ficou estabelecido pelo GAFI, ultrapassando-se os limites constitucionais e legais. Para essa verificação, é suficiente se verificar o que o Brasil fez a respeito da questão do crime antecedente na Lei 12.683/2012, falando em “infração penal” comparando-se o texto ao que ficou determinado na Convenção de Viena e de Palermo, que se reportam apenas às figuras criminosas, de forma ou de maneira que o Brasil deveria apenas cuidar dos crimes graves, mesmo que de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes, tudo para assegurar a “regularidade do sistema financeiro”, sem ter a pretensão, nos limites deste trabalho de trazer à discussão a questão relativa ao bem jurídico protegido no crime de lavagem ou da prova indiciária, para efeito de responsabilidade penal.

Nesse cenário de caça às bruxas, e levando em consideração os padrões fixados para efeito de responsabilidade penal nos moldes da Lei de Lavagem de Capitais, o artigo 9º, inciso XIV, determina que sujeitam-se às obrigações de informar os órgãos competentes Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) de operações que configurem indícios de crimes previstos na Lei de Lavagem, sob pena de responsabilidade penal, transformando a figura do advogado em mais um órgão fiscalizador a serviço do Estado. Por ocasião da proposta de modificação legislativa, Heloisa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottini, salientaram que a preocupação dessa situação diz respeito aos deveres de comunicação aos órgãos de controle e a relação de confidencialidade entre imputado e seu advogado, imposto pelo Estatuto da OAB. Ademais, indagam os autores se seria lícito exigir que o advogado comunique aos órgãos de fiscalização a prática de atos suspeitos

75 Ibidem, p. 11.

de lavagem de dinheiro pelo seu cliente. Essa conduta, da mesma forma, não violaria a relação de confidencialidade entre o suposto autor da infração e seu cliente. Ademais, afirmam eles, que a obrigação de delação imposta ao advogado não deixa de ser uma obtenção indireta de informação autoincriminadora.<sup>76</sup>

É do texto constitucional que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Ademais, o artigo 7º, inciso XIX, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, determina que:

*São direitos do advogado: XIX – recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; § 6º - Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representantes da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.*

Diante disso, a Confederação Nacional das Profissões Liberais ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 4.841) questionando o conteúdo do dispositivo mencionado no parágrafo anterior, que inclui no rol das pessoas obrigadas a informar, os profissionais liberais.

Amanda Bessoni Boudeaux Salgado, relativamente à ADIN proposta, explica que o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da liminar requerida pela CNPL a fim de suspender a eficácia das normas até o julgamento definitivo da ação, alegando que o dispositivo em discussão observa o constante na Recomendação 23 do GAFI, que atribui deveres a advogados e outros profissionais liberais.<sup>77</sup>

Trazendo essa discussão para o contexto das ações tidas como neutras ou estereotipadas, as condutas dos advogados que atuam destacadamente no ambiente corporativo, de forma lícita, e que eventualmente tomam conhecimento de infrações penais, mais especificamente as relacionadas à lavagem, e não as comunicam, deixam de ser um indiferente penal para se tornarem condutas ilícitas, imputando ao advogado res-

76 BOTTINI, Pierpaolo C.; ESTELLITA, Heloisa. Alterações na legislação de combate à lavagem: Primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 237, p. 2, 2012.

77 SALGADO, Amanda Bessoni Boudeaux. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016, p. 80.

ponsabilidade penal a título de participação, promovendo assim um incremento do risco permitindo, no âmbito da imputação objetiva. Nem se diga que ao observar a determinação da Lei de Lavagem o advogado incidiria na figura delituosa de violação de sigilo profissional, prevista no artigo 154, do Código Penal, passível de punição, além de eventual responsabilidade civil em caso de falsa imputação de prática de crime de lavagem, o que nos parece absolutamente desarrazoado.

Sob um aspecto mais amplo a respeito do dever de colaboração, é de se questionar, como faz João Daniel Rassi, que associa os deveres de solidariedade ao expansionismo penal, se o Estado pode atribuir a cada um dos cidadãos o dever de vigiar uns aos outros indiscriminadamente. Segundo o autor, invocando a lição de David Garland, as últimas décadas têm se caracterizado por uma política de pulverização do controle social sobre o crime, retraindo o monopólio de violência nas mãos do Estado em favor de um papel mais ativo das comunidades, empresas, enfim, do cidadão comum.<sup>78</sup>

João Rassi não defende uma abordagem sem restrições do dever de solidariedade, o que implicaria em uma intervenção que nem deveria ser abrangida pelo direito penal em um fenômeno típico de neocriminalização. Assim, o autor defende a ideia de limitação das ações puníveis (a título de participação) em consonância com os princípios da legalidade e do direito penal mínimo. Nesse ponto do texto de Rassi, salientamos que o autor reconhece a necessidade de observância dos critérios defendidos pelas escolas tradicionais de um direito penal mínimo e garantista.<sup>79</sup> Eduardo Saad Diniz, no posfácio da obra de João Daniel Rassi, a propósito do questionamento de João Daniel Rassi acerca da possibilidade do Estado voltar o poder punitivo contra todos os cidadãos, salienta que

*o subjetivismo decisório das teses de orientação político-criminal, que por maior seja sua consistência lógica na eleição de critérios para fixar os casos de autoria e participação, nem sempre deixa claro o que exatamente propõem como política criminal. Muitas vezes, por conveniência político-criminal, pode-se estender o alcance da punição a casos de mera facilitação ao cometimento do delito, sem maiores questionamentos sobre as condições em que se deu esta facilitação. Por outro lado, com toda razão Luís Greco, e acompanhando a posição dele Rassi, ao afirmar que a redução das ações neutras a papéis sociais, embora podendo cumprir importante função de limitação da punibilidade em muitos casos, acaba reduzindo o rendimento da proibição de regresso nas ações neutras (Jakobs, seguido especialmente por José Antonio Caro John).<sup>80</sup>*

78 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 115.

79 *Ibidem*, p. 115.

80 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 244-245.

E arremata, o autor:

*Na interpretação das ações neutras, especialmente na especificação dos deveres especiais, a liberdade real das pessoas exerce maior primazia. A solidariedade é concebida apenas na medida em que é essencial à estruturação da sociedade e sua interpretação, ao menos em tese, deveria ser descartada quando impõe restrições negativas à autodeterminação pessoal. O perigo é que um conceito mais amplo de dever de solidariedade poderia justificar uma concessão ilimitada de regulação de condutas por parte da violência penal, resquícios de paternalismo penal que podem sobrecarregar o estado. A dogmática penal perderia gradativamente sua função crítica de limitação da intervenção punitiva para assumir uma função eminentemente regulatória.<sup>81</sup>*

De qualquer forma, concordamos com o posicionamento de Amanda Bessoni, que conclui seu raciocínio a respeito da atuação do advogado, sob o enfoque das ações neutras, no sentido de que a sua conduta geralmente se situa dentro daquilo que o critério de imputação objetiva denomina de risco permitido, atuando licitamente, portanto. A atuação do advogado só passará a ter relevância jurídico-penal se o mesmo, atuando dolosamente, criar um risco juridicamente desaprovado, extrapolando os limites do papel social desempenhado pelo agente. E conclui a autora:

*Assim, não estamos sendo radicais a ponto de afirmar a imunidade total do advogado, mas apenas constatando que deve ser verificado se a sua atuação gerou um risco não permitido, devendo, em caso de imputação do delito, ser comprovado o dolo, uma vez que na lei penal brasileira inexiste a figura da lavagem de dinheiro por imprudência.<sup>82</sup>*

Por fim, cabe ressaltar que de acordo com a redação da Lei de Lavagem de Capitais, a não ser que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do dispositivo, fica estabelecida uma posição de garantidor para o advogado que tem, de acordo com o critério legal, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, nos moldes do artigo 13, § 2º, do Código Penal, ou seja, tem o dever de informar as instâncias de controle acerca de eventuais indícios de ilícitos praticados.

Outra questão que merece destaque é a relativa aos denominados honorários maculados, isto é, o recebimento, pelo advogado, de valores provenientes de origem ilícita. Sob a perspectiva das ações neutras, a conduta do advogado parece estar devidamente ajustada ao ordenamento jurídico, de forma a tratar-se de um indiferente penal.

81 Ibidem, p. 246.

82 SALGADO, Amanda Bessoni Boudeuax. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016, p. 144-145.

Fernando Gardinali Caetano Dias, analisando a conduta do advogado pela perspectiva dos crimes de receptação e lavagem de dinheiro, chega à conclusão de que nas duas situações, não houve qualquer tipo de risco aos bens jurídicos protegidos, razão pela qual, não há que se falar em imputação para a pessoa do advogado. Salienta o autor, inicialmente, que o recebimento desses honorários estariam amparados pela causa de justificação relacionada ao exercício regular de um direito; assim, ao prestar os seus serviços, o advogado tem o legítimo direito de ser remunerado; ademais, levando-se em consideração os interesses em conflito, o direito legítimo de defesa de alguém, preponderaria sobre outros valores e, finalmente, a boa fé do profissional no exercício de sua atividade. Ainda segundo o autor, citando o magistério de Kai Ambos, se o advogado toma conhecimento da origem ilícita dos valores que recebe a título de honorários a presunção de inocência ficaria afastada, configurando-se a má-fé por parte do profissional.<sup>83</sup>

Carlos Gómez-Jara Díez salienta que se o valor cobrado é o valor praticado pelo mercado, não é possível se considerar a hipótese de branqueamento de capitais. Além disso, é preciso que se examine qual era o nível de conhecimento do advogado sobre a origem criminosa dos fundos que efetuaram o pagamento desses honorários. Finalmente, é preciso que se saiba como a acusação teve acesso a essas informações. Se isso foi feito através de interceptação telefônica entre conversa do advogado e seu cliente, não resultará em prova válida para tal finalidade.<sup>84</sup>

### **6.3 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA EM FACE DOS DELITOS DO DEVER DE DISPENSA E INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Como é sabido, de um modo geral, os contratos administrativos exigem, em regra, licitação prévia, dispensada, dispensável ou inexigível nas hipóteses expressamente contempladas em lei.

Assim é que, para que o contrato administrativo possa ser levado a termo, é imprescindível a realização de licitação. A licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração Pública escolhe a melhor proposta para o negócio do seu interesse. O mencionado procedimento não obriga o administrador a fechar o contrato administrativo, mas, orienta, no sentido de que, se houver contrato, haverá de ser feito com o vencedor do procedimento licitatório, tudo isso em abono do princípio da probidade administrativa, que no dizer de Hely Lopes Meirelles “é dever de todo administrador público, mas a lei a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4º), que pode conduzir à “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública,

83 DIAS, F. G. C. Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s.l.], v. 22, p. 153-154, 2014.

84 DIÉZ, C. G. J. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: Garante del estado o defensor del cliente? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 237, p. 12, 2012.

a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.<sup>85</sup>

Nessa dinâmica de acontecimentos, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal institui normas para a licitação e contratos administrativos, regulamentado pela Lei 8.666/1993. O artigo 89 da Lei de Licitações e contratos determina que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade é crime, cuja pena é de detenção, de 3 a 5 anos, e multa. O parágrafo único do mencionado artigo determina que todo aquele que comprovadamente tenha concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou da inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público, também é sancionado com a mesma pena.

O problema que ora se coloca é o de se saber se o advogado público que emite pareceres favoráveis para efeito de homologação dos contratos firmados pelo poder público que posteriormente se verificam ilegais, também poderá ser responsabilizado penalmente, a título de participação, em face da norma estampada no artigo 89 da Lei 8.666/1993 ou trata-se de uma ação neutra ou estereotipada.

Conforme já exaustivamente demonstrado no Capítulo 1.3 do presente trabalho, é sabido que o Código Penal brasileiro adotou a teoria monista ou unitária. Segundo essa teoria, todo aquele que concorre para a prática do crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, sem estabelecer, a princípio, distinção entre autoria e participação. Com a reforma penal de 1984, aprimorou-se a questão para dispensar um tratamento penal mais adequado para o autor e para o partícipe, tudo a propósito do disposto no artigo 29 e parágrafos, do Código Penal.

Jorge de Figueiredo Dias salienta que o melhor critério de distinção entre autoria e participação é o que distingue os momentos objetivos e subjetivos. E prossegue, sustentando que, de forma sintética e conclusiva, autor é quem domina o fato, quem dele é o senhor, é em suma “quem toma a execução ‘nas suas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica(17)”.<sup>86</sup>

Ainda para Jorge de Figueiredo Dias, a teoria do domínio do fato é, dentre todas as que têm sido defendidas em tema de autoria nos crimes dolosos de ação, a que melhor se casa com os critérios sugeridos. Entretanto, para Figueiredo Dias, essa teoria não tem cabimento para os crimes omissivos, nos quais o agente não executa ou dirige a ação esperada.<sup>87</sup>

Trazendo a discussão da responsabilidade penal do advogado público parecerista para o terreno das ações neutras, Sérgio Brito Ferreira, invocando o magistério de Claus Roxin e do Supremo Tribunal Federal alemão salienta que o fator decisivo é o grau de conhecimento que aquele detém para efeito de contribuir para o fato principal praticado pelo autor. Se um determinado terceiro, no caso o advogado parecerista,

85 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 278.

86 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: Parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 765.

87 *Ibidem*, p. 770.

sabe que o autor pratica um ilícito penal e mesmo assim contribui de alguma forma para o atingimento do resultado, responderá pelo mesmo a título de participação.<sup>88</sup>

Para o modelo preconizado por Gunther Jakobs a responsabilidade penal do advogado fica adstrito ao plano objetivo, cuja punibilidade está vinculada ao aumento ou criação do risco. Para Jakobs, a responsabilidade penal de alguém está vinculada à questão da violação de um papel. Sérgio Brito Ferreira, salienta que no caso de colaboração de várias pessoas no cometimento de um crime, o que importa é saber se aquele que atua em primeiro lugar assume uma posição de garante, isto é, se faz parte de seu papel zelar pelo comportamento de quem age em continuidade. Quando um terceiro se limita a contribuir de forma a facilitar a atuação do autor, contribuição esta que pode ser obtida de qualquer outra forma, ou em qualquer outro lugar, e que não cria nenhum tipo de risco, o que há em comum entre os participantes carece de qualquer significado delitivo. Por esse terceiro não ter violado seu papel, aplica-se a proibição de regresso. Agora, quando esse terceiro atua de forma a se encaixar dentro do contexto delitivo do comportamento do autor, é de se reconhecer a sua responsabilidade penal. E finaliza: “Na síntese de Jakobs, ‘quem realiza algo estereotipado socialmente como adequado não responde, e isso com independência do que pense e conheça, enquanto que quem se adequa a um plano delitivo está oferecendo uma razão para que o ato executivo lhe seja imputável’”<sup>89</sup>

A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tem apontado para a possibilidade de responsabilidade penal do advogado público parecerista, desde que verificado o desvio de finalidade e a atuação do mesmo com dolo de lesão ao erário.

Em acórdãos prolatados pelo STJ, ficou consignado que:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO E CRIMES CONTRA A LEI DE LICITAÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE DA CONDOTA. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA ATUAÇÃO DA ACUSADA COM DESVIO DE FINALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a participação em crime licitatório pela emissão de parecer jurídico depende da indicação da atuação do acusado com desvio de finalidade, a fim de que não seja responsabilizado penalmente pela sua atuação funcional. Precedentes. 2. Na espécie, há indícios de que a recorrente na qualidade de Assessora Jurídica da SESAU, elaborou parecer que não consubstanciou simples exercício de atividade profissional,*

88 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 129.

89 *Ibidem*, p. 130.

*mas verdadeira convalidação das ilegalidades perpetradas no curso de procedimento de dispensa de licitação, especialmente porque a quantidade de medicamentos excepcionais obtida emergencialmente estava acima da necessidade dos pacientes que utilizavam a medicação mensalmente, tendo havido, outrossim, o descarte de medicamentos idênticos a alguns adquiridos em razão de vencimento do prazo de validade, circunstância que impede o trancamento da ação penal, como pretendido (RHC n. 79.840/RR, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 10/8/2018).*

Nesse outro acórdão do mesmo STJ, o mesmo entendimento acerca da matéria:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA E DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIMES EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. 1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 2. No caso dos autos, verifica-se que a participação do recorrente na associação criminosa destinada a fraudar a administração municipal foi devidamente explicitada na peça vestibular, tendo o membro da acusação consignado que, na qualidade de assessor jurídico, apoiava o Prefeito Municipal, chefe do grupo, emitindo pareceres padronizados e fora do contexto fático, sem a análise mínima dos procedimentos, cujas irregularidades poderiam ser facilmente detectadas, com o fim único de conferir aparência de legalidade ao ilícito penal, narrativa que lhe permite o exercício da ampla defesa e do contraditório. 3. O Ministério Público descreveu tanto o dolo do recorrente quanto a existência de lesão ao erário público, consubstanciada na contratação decorrente de dispensa de licitação ilegal enquanto a Municipalidade possuía débito não quitado com anterior contratado, e que ensejou a interrupção do fornecimento do objeto do contrato, o que é suficiente para a deflagração da ação penal pela prática do crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993. Precedente.*

FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE DA CONDOTA. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA ATUAÇÃO DO ACUSADO COM DESVIO DE FINALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a participação em crime licitatório pela emissão de parecer jurídico depende da indicação da atuação do acusado com desvio de finalidade, a fim de que não seja responsabilizado penalmente pela sua atuação funcional. Precedentes. 2. Na espécie, há indícios de que o recorrente, na qualidade de Procurador do Município, estava associado aos demais acusados para a prática de crimes contra a Lei de Licitações, e de que os pareceres por ele elaborados não consubstanciaram mero exercício de atividade profissional, mas verdadeira convalidação das ilegalidades perpetradas no curso de procedimentos licitatórios, tanto que estavam dissociados do contexto fático e não continham a análise dos procedimentos autorizados pelo Prefeito, circunstância que impede o trancamento da ação penal, como pretendido. 3. Em sede de habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta. 4. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. 5. Recurso desprovido (RHC n. 81.323/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 23/5/2018).

A 2ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, no julgamento do HC 171.576, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/09/2019, publicado em 05/08/2020 deixou assentado que:

*Habeas corpus. 2. Processo Penal. 3. Advogado denunciado por emitir **parecer** em licitação fraudulenta. 4. Denúncia não aponta participação do paciente para além da assinatura do **parecer** e do contrato. Impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista pela mera **emissão** de **parecer**. Assinatura do contrato exigida por lei, para fins de regularidade formal.*

5. No processo **licitatório**, o advogado é mero fiscal de formalidades. 6. Ausência de descrição ou indicação de provas do dolo. Vedação à responsabilização objetiva em Direito Penal. 7. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo penal.

Em face da jurisprudência colacionada, é possível concluir que a atuação do advogado público parecerista é a princípio uma ação cotidiana. A atuação do advogado nessas circunstâncias, configuram mero exercício da atividade profissional. Não é qualquer atuação do advogado que configura ilícito. No caso concreto, é preciso que se verifique se a conduta do advogado promoveu lesão ao erário e se o mesmo agiu com dolo de colaborar com a atuação dos demais órgãos da administração pública. Sob a perspectiva da imputação objetiva, é preciso que fique devidamente delineado, de que forma sua atuação promoveu criação ou aumento do risco.

Para Ricardo Robles Planas o risco não permitido ou desaprovado está vinculado a duas características: a primeira delas, quando os deveres que o ordenamento jurídico impõe, são violados; a segunda, diz respeito a quando são realizadas condutas inequívocas de imbricamento ao fato praticado pelo terceiro.<sup>90</sup> João Daniel Rassi, por sua vez, sustenta que o advogado não está vinculado a nenhuma tese jurídica, desde que atue dentro daquilo que se entende por risco permitido.<sup>91</sup>

---

90 PLANAS, Ricardo Robles. Las 'condutas neutrales' en derecho penal: La discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 38, 2002, p. 219-220.

91 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 214.

## CAPÍTULO 7

# CONCLUSÕES

1. O tema relativo às ações neutras despertou interesse por parte da doutrina em face do denominado direito penal econômico, por conta da complexidade das relações laborativas no contexto da sociedade do bem-estar social, nos moldes delineados neste trabalho.
2. A importância do tema diz respeito à necessidade de se estabelecer os limites da conduta humana, na perspectiva dessas ações para que se possa estabelecer parâmetros adequados sobre o que é permitido e o que é proibido.
3. As ações neutras podem ser entendidas como ações lícitas, legais, inócuas, estereotipadas ou intercambiáveis (conforme um padrão) nas quais o agente, tendo conhecimento da disposição delituosa de um terceiro, acaba por alinhar-se a este comportamento, colocando-se em dúvida, a licitude de sua conduta. Trata-se de uma conduta rotineira, própria do exercício profissional, realizada por um indivíduo que tem conhecimento que um terceiro atuará de forma delitiva, de forma que esta ação passa a ter ao mesmo tempo aparência delitiva e não delitiva. É dizer, aparentemente as ações são neutras ou inócuas, mas por outro lado, em face do conhecimento da posterior atuação delitiva de uma terceira pessoa, passa a ter aparência de ilegalidade.
4. A questão que se coloca sobre a pauta da discussão é a de se saber se a conduta neutra encontra-se posicionada naquilo que a doutrina denomina de limite para baixo, efetivamente neutras, ou no limite para cima, ingressando no âmbito da ilicitude entre a autoria e a participação.
5. Para Claus Roxin, toda a conduta que contribui, mesmo que de forma sutil para o ataque a um bem jurídico, incrementando o risco decorrente desta atuação, será

- levada a efeito para fins de responsabilidade penal. Na visão de Gunther Jakobs, a neutralidade da conduta está ligada à ideia de cumprimento das expectativas normativas, nos moldes sugeridos por Niklas Luhmann. Sendo assim, para Jakobs, mesmo que o ator neutro tenha conhecimento da disposição delituosa de uma terceira pessoa, sua participação não redundará em responsabilidade penal uma vez que sua atividade está posicionada dentro do seu rol social.
6. O estreitamento dos vínculos sociais, a partir da perspectiva de uma sociedade orgânica, justifica a criação de um vínculo jurídico-penal positivo, que se denominará dever de solidariedade, diluindo ou transferindo a responsabilidade do Estado em apurar infrações, para o particular, no convívio social.
  7. O contexto da sociedade do risco acabou por promover uma insuportável tendência de aumento das hipóteses de responsabilidade penal a título de omissão, sem absolutamente nenhuma previsão legal, colocando em discussão, o próprio princípio da legalidade, uma das colunas que sustentam o direito penal.
  8. A ideia da *business judgment rule*, regra de standard revisional, de origem norte-americana, busca a responsabilidade civil dos administradores de empresas em face de decisões negociais tomadas no ambiente corporativo. No Brasil, essa ideia vem tomando corpo através da Lei das Sociedades Anônimas. O objetivo é o de amparar o administrador que de boa fé causou um ilícito penal, eventualmente, acarretando prejuízo para a empresa. Transportando essa ideia para o campo das ações neutras, é de se considerar que aquela pessoa, que atua no ambiente empresarial pratique um ilícito penal, é de se considerar a isenção de sua responsabilidade penal, desde que tenha atuado de boa fé e de conformidade com os protocolos procedimentais, dentro dos limites do risco permitido.
  9. Os denominados programas de conformidade passaram a ser adotados como mecanismos de fiscalização nos ambientes corporativos, cuja responsabilidade ficou a cargo do compliance officer. A responsabilidade penal por omissão tem sido uma tônica do direito penal atual. A imputação de responsabilidade penal do compliance officer deve ser vista com muita cautela uma vez que a atuação deste profissional é acessória, não podendo se perder de vista que os verdadeiros responsáveis são os sócios da empresa. Analisando essa questão sob o prisma das ações neutras, é de se considerar que se a conduta desse ator está destituída dos elementos dolo ou culpa atuando dentro do denominado risco permitido, não é de se considerar sua responsabilidade penal.
  10. O dever de colaboração do advogado em face da Lei de Lavagem de Capitais que seguiu as famosas orientações do GAFI, encontram-se em absoluto descompasso com os parâmetros constitucionais e legais. Não é papel do advogado violar o sigilo profissional e a confiança que lhe foi depositada para o exercício de seu múnus público, transformando esse profissional em uma espécie de agente estatal fiscalizador. As funções de colher elementos de prova quanto à autoria e materialidade de eventuais infrações penais é dos órgãos da persecução penal, e não do particular. Em relação aos honorários maculados, a me-

nos que o advogado participe efetivamente de um esquema criminoso, não há que se falar em responsabilidade penal, da mesma forma. Também não é tarefa do advogado buscar informações quanto à origem dos valores destinados ao pagamento de seus honorários, destacadamente em sede de lavagem de capitais, cuja operação e apuração é extremamente complexa.

11. Quanto à atuação do advogado público que emite parecer favorável para efeito de homologação de contratos firmados pelo Poder Público em sede de ações neutras, se este profissional tem conhecimento da ilegalidade do ato praticado, convalidando a ilicitude, a conduta parece deixar de ser neutra para ingressar no campo da ilicitude, a título de participação. A jurisprudência pátria tem se posicionado no sentido de que se o advogado agiu com desvio de finalidade e dolo de lesão ao erário, deverá responder penalmente pelo evento.



## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- ANTUNES, Maria João. *Código Penal*. 21. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOTTINI, Pierpaolo C.; ESTELLITA, Heloisa. *Alterações na legislação de combate à lavagem: Primeiras impressões*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 237, 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- COCA VILA, Ivó. *La business judgment rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal*. Revista do Instituto de Ciências Penais. Belo Horizonte, nº 4, nov. 2019.
- CORDERO, Isidoro Blanco. *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: Comares, 1999.

- DIAS, Fernando G. C. Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s.l.], v. 22, 2014.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: Parte geral*. Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIÉZ, Carlos G. J. *El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: Garante del estado o defensor del cliente?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 237, 2012.
- ENCINAS, Emilio Eiranova (ed.). *Código Penal Alemán (StGB)*. Código Procesal Penal Alemán (StPO). Madrid: Marcial Pons, ed. Jurídicas y Sociales, 2001.
- ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes da empresa por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- GUARAGNI, Fabio André. *Princípio da Confiança no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Tradução: Cancio Meliá. Lima: Grijley, 1998.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed., Granada: Comares, 2002.
- LOBATO, José Danilo T.; MARTINS, Jorge Washington G. *Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, vol. 24, nº 284, jul. 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edição Tempo Brasileiro, 1983.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Caio C. T.; TANGERINO, Davi P. C. Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [s.l.], v. 27, nº 159, 2019.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de Dinheiro*. Responsabilidade pela omissão de informações. 1. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Código Penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminologia e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- PLANAS, Ricardo Robles. *La participación en el delito: Fundamento y limite*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- PLANAS, Ricardo Robles. Las 'condutas neutrales' en derecho penal: La discusión sobre los limites de la complicitad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 38, 2002.
- PONTE, Antonio C. da; FELICIO, Guilherme L. Ações neutras em Direito Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual penal*, [s.l.], v. 91, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: Liberars, 2014.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2020.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SALGADO, Amanda Bessoni Boudeaux. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo César (coord.); GUARAGNI, Fábio André (coord.); DAVID, Décio Franco (org.); *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.
- TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.





Em um primeiro momento, pode parecer estranho ao leitor um estudo que aborde tanto infrações de “regras corporativas” – como a *Business Judgement Rule* e o *Pay for Performance* – quanto a conduta do taxista que, conscientemente, transporta alguém para cometer um roubo. Talvez o estranhamento do leitor decorra de uma percepção dicotômica da criminalidade: podem parecer matérias muito distantes os delitos empresariais/econômicos e os crimes de rua.

Eduardo Burihan parece partilhar a visão de Robles Planas de que em um Estado de Direito moderno a dogmática está em condições de analisar a política criminal desde um discurso legitimador e encontrar conclusões muito mais firmes e seguras do que as derivadas do jogo das majorias políticas e de acordos ideológicos. Assim, muito simplificada, Burihan parte do contexto de tendências (políticas) expansivas do direito penal para, na sequência, lembrar ao leitor como a dogmática pode ser um importante instrumento de racionalização do uso do direito penal.

*José Roberto Macri Júnior*

Doutor em Direito Penal – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



[openaccess.blucher.com.br](http://openaccess.blucher.com.br)

**Blucher** Open Access