

## 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 Ulrick 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 vigilância do Estado, para o cidadão comum. Para Silva Sanchez, o resultado dessa terceira 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 penal” (*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 rudimentar, as formas concursais (ope consilium = cumplicidade), e a atividade de codelinquência. 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, constrangerem, 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, constrangimento, 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 concorono nel reato. – (I). Quando più persone concorono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiare alla pena per questo stabilita, salve le disposizione degli articoli seguinte” (*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 límites 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 Criminais*, [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 promovem 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.

