

## 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.