

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO AUGUSTO RODRIGUES DE LEMOS

CUMPLICIDADE E AÇÕES NEUTRAS EM CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE
DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO AUGUSTO RODRIGUES DE LEMOS

**CUMPLICIDADE E AÇÕES NEUTRAS EM CRIMES DE LAVAGEM DE
DINHEIRO**

PORTO ALEGRE
2018

MARCELO AUGUSTO RODRIGUES DE LEMOS

**CUMPLICIDADE E AÇÕES NEUTRAS EM CRIMES DE LAVAGEM DE
DINHEIRO**

Dissertação apresentada como
requisito para obtenção do título de
Mestre em Ciências Criminais pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Giovani Agostini Saavedra.

PORTO ALEGRE

2018

Ficha Catalográfica

L557c Lemos, Marcelo Augusto Rodrigues de

Cumplicidade e ações neutras em crimes de lavagem de dinheiro /
Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos . – 2018.
125.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra.

1. AÇÕES NEUTRAS – PARTICIPAÇÃO – CUMPLICIDADE. I. Saavedra,
Giovani Agostini. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Dedico esta obra a minha noiva, Cecília Tonial, que, com seu infindável amor e incentivo, me faz sempre ir adiante, me fazendo enxergar, no horizonte, a possibilidade de buscar a excelência em todos os ramos da vida!

AGRADECIMENTOS

Nessas oportunidades, vejo-me com dificuldades de mensurar ou citar, de forma quantitativa, todas as pessoas que, direta ou indiretamente, me auxiliaram na formação do meu conhecimento, de meu caráter, de minha índole e de minha vontade de ser melhor a cada dia. Por isso, a quem possa interessar esse trabalho e, se, porventura, ler esses breves escritos, se sinta agradecido.

A alegria de chegar nesse momento tão particular da vida de um acadêmico – a entrega de uma dissertação de mestrado – é infinita. Nessas horas, lembramos das dificuldades, que não foram poucas, para se chegar até aqui. No meu caso específico, os percalços estavam, inclusive, alheios à academia. Não é nada fácil ser um incipiente advogado, buscando incessantemente se alocar no mercado da advocacia especializada e, ao mesmo tempo, ser um acadêmico digno de ser merecedor de estar em meio a brilhantes alunos e excelentes professores.

À base disso, não há como não citar algumas pessoas e instituições que foram essenciais para que essas barreiras se tornassem transponíveis. Agradeço, enormemente, portanto, aos seguintes:

1. Ao Programa de Pós-Graduação da PUCRS, na pessoa da culta Dra. Ruth Maria Chittó Gauer (a quem também tenho enorme gratidão, apreço e, sobretudo, admiração), por ter me dado a possibilidade de aprender com os melhores professores e com a melhor estrutura que eu poderia usufruir. Aos demais professores e funcionários, os quais jamais deixam de envidar esforços para auxiliar.

2. Ao meu orientador, Dr. Giovani Agostini Saavedra, pelos percuientes apontamentos acerca de meu trabalho. Por certo, os seus cirúrgicos conselhos foram indispensáveis para clarificar a abordagem teórica pretendida.

3. À minha noiva, Cecília Tonial, por sempre me incentivar e me auxiliar a ser melhor a cada dia. Por estar do meu lado, independentemente de tudo, na boa e na ruim, faça sol ou faça chuva. A minha vontade de dar curso aos meus sonhos, sem dúvida, possuem raízes na sua incondicional parceria.

4. Aos meus pais, Olindo Lemos e Fátima Lemos, por serem meus exemplos de caráter e, ademais, por terem brotado em mim a vontade de perseguir, sempre, os meus sonhos. Apesar do meu jeito peculiar de ser, saibam que eu os tenho

como modelos de conduta que eu pretendo adotar não só em minha vida, como também na formação dos meus futuros herdeiros.

5. Aos meus irmãos, Adriano e Fabrício, por sempre estarem ao meu lado e também por me proporcionarem, constantemente, batalhas sadias de conhecimento jurídico.

6. Aos meus colegas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, os quais, pelo brilhantismo e inquietudes, me fizeram aproveitar ao máximo as relevantes aulas do mestrado.

7. Nominalmente, de igual modo, não poderia deixar de citar alguns professores que, sem embargo dos demais, por óbvio, me marcaram por seus brilhantes pensamentos, educação e pela parceria, são eles: Prof. Dr. Fabio D'Ávila, Prof. Dr. Nereu José Giacomolli e Prof. Dr. Luciano Feldens.

8. Ao CAPES, na mesma medida, por ter me proporcionado bolsa de estudos para que eu pudesse realizar esse sonho.

Remanesce, portanto, a minha eterna gratidão àqueles que fizeram esse momento tão especial acontecer. Obrigado!

RESUMO

Este trabalho se incursiona acerca dos limites entre a participação criminal punível e as ações denominadas neutras. Assim, no decorrer do trabalho foram apresentados os contornos doutrinários que versam acerca do seguinte problema: quais as condições jurídico-penais para se imputar, a título de cumplicidade, o agente que incorre em fato típico alheio através de uma ação neutra em crimes de lavagem de dinheiro? A primeira questão que se coloca é, nesse sentido, em relação a própria conceituação das aludidas ações neutras. Dessa sorte, tem-se como aquelas condutas que, externamente, aparentam uma normalidade, profissionalidade ou inocuidade e, internamente, possuem visos de ilicitude. Quer dizer, se trata de uma ação não manifestamente punível que incorre, inevitavelmente, em fato típico alheio. São casos peculiares o do advogado que recebe honorários advindos de origem ilícita e do *compliance officer* que, ao deixar de reportar movimentações atípicas aos órgãos de controle, acaba por auxiliar em um crime praticado por terceiro. Nesse sentido, a doutrina desenvolveu uma série de teorias dispostas a lidar com os estreitos limites entre essas ações e a participação criminal. No presente trabalho, em face de maior adequação, focamos nos pontos que se incursionam pela tipicidade, seja no âmbito objetivo ou subjetivo, de modo que, ao final, se traçou, a partir de *cases* específicos, a subsunção de alguns preceitos doutrinários a situações havidas por advogados e *compliance officers*.

Palavras-chave: AÇÕES NEUTRAS – PARTICIPAÇÃO – CUMPLICIDADE.

ABSTRACT

This dissertation handles with the limits between the criminal participation and the known neutral actions. Thus, in the scope of this work, were presented the theoretical review about the following problem: which are the penal conditions to impute, as complicity, the agent who incurs in a other person criminal fact through a neutral action in money laundering crimes? The first question is, in this sense, in relation to the conceptualization of the aforementioned neutral actions. In fact, those are the actions that, externally, appear a normality, professionalism or innocuity and, by the other hand, internally, are illegal. Therefore, it is an action not manifestly punishable that, inevitably, incurs in other person's crimes. By examples, we can mention the case of a lawyer who receives his payments from illicit assets or the case of the compliance officer who, by falling to report atypical movements to the inspection institutions, ends up helping in a crime committed by a third party. Thus, the doctrine developed a series of theories concerning this matter. In the presente work, given the adequation, we focus on the points regarding the typicality, either in the objective or subjective scope, so that, in the end, it was drawn, from specific cases, the subsumption of some doctrinal precepts to situations brought by lawyers and compliance officers.

Keywords: NEUTRAL ACTIONS – CRIMINAL PARTICIPATION – CUMPLICITY.

MARCELO AUGUSTO RODRIGUES DE LEMOS

**CUMPLICIDADE E AÇÕES NEUTRAS EM CRIMES DE LAVAGEM DE
DINHEIRO**

Dissertação de Mestrado
apresentada junto ao Programa de Pós-
Graduação em Ciências Criminais
(Mestrado e Doutorado) da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do
Sul – PUCRS, como requisito parcial para
a obtenção do Título de Mestre em
Ciências Criminais.

Aprovado em 15 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Giovanni Agostini Saavedra (orientador)

Prof. Dr. Fabio Roberto D'ávila

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 CONCURSO DE PESSOAS E PARTICIPAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	20
2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	20
2.2 DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO:.....	22
2.3 PARTICIPAÇÃO CRIMINAL.....	28
2.4 PANORAMAS ACERCA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CUMPLICIDADE.....	33
3 AÇÕES NEUTRAS	42
3.1 CONCEITUAÇÃO E DESENVOLVIMENTOS DOUTRINÁRIOS.....	42
3.2 SOLUÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS	46
3.3 TEORIAS NO ÂMBITO DA TIPICIDADE.....	49
3.3.1 Tipo Objetivo	49
3.3.2 Tipo Subjetivo.....	53
3.3.3 Convergência entre o Tipo Objetivo e Subjetivo	57
3.4 AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	61
3.4.1 Ações neutras e o abuso de direito	63
3.4.2 Ações neutras e o princípio da idoneidade.....	67
3.4.3 Ações neutras e o dever de solidariedade	69
3.4.4 Ações neutras e os critérios de uma imputação penal legítima.....	72
4 A INTERVENÇÃO DO CÚMPLICE ATRAVÉS DE AÇÕES NEUTRAS EM CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO	76
4.1 O ADVOGADO.....	82
4.1.1 Da obrigação do advogado em exercer deveres de cooperação normativa	82
4.1.2 O advogado como sujeito ativo de crime de lavagem de dinheiro relacionado à prestação de seus serviços	89
4.1.3 Do tratamento jurídico penal adequado sob o contexto das ações neutras no case específico do advogado	95
4.2 O COMPLIANCE OFFICER	97

4.2.1 A responsabilidade penal do <i>compliance officer</i>	101
4.2.1 Da discussão doutrinária sobre a responsabilidade penal do <i>compliance officer</i> a título de omissão imprópria	104
4.2.3 Do tratamento jurídico penal adequado sob o contexto das ações neutras no <i>case</i> específico do <i>compliance officer</i>	113
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS	121

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, no âmbito do direito penal, a discussão acerca das denominadas ações neutras ganha fôlego na doutrina e se coloca como um dos assuntos de maior inquietação acadêmica. O problema que se discute é, primeiro, se, de fato, existe o que se pode chamar de ação neutra ou cotidiana e, segundo, quando estas denominadas condutas ingressam na esfera do injusto.

Um comerciante, um padeiro, um taxista, um advogado, um agente financeiro e outros diversos profissionais podem, em alguma medida, através da sua profissão ou de uma conduta que seja absolutamente normal à espécie, incorrer em fato típico alheio através de uma ação que, à primeira vista, se mostra extremamente comum, normal, cotidiana etc. Justamente este é o ponto curioso do problema discutido: as ações neutras, por fora, aparentam um aspecto normal, cotidiano ou comum, de modo que, internamente, podem possuir visos de tipicidade penal.

As aludidas ações, em que pese estejam associadas, em algumas vezes, a exemplos peculiares constantes da doutrina tradicional, como é o caso do padeiro que vende um alimento envenenado ou do taxista que transporta criminosos para praticarem ilícitos penais, tais se projetam, atualmente, para hipóteses atinentes ao crime de lavagem de dinheiro. É que em virtude do recrudescimento de políticas voltadas ao combate ao branqueamento de capitais (com a alteração da Lei n.º 9.613/1998), incluindo-se daí algumas obrigações de cooperação normativa a algumas pessoas físicas e jurídicas, bem como criação de mecanismos para seguir o rastro do dinheiro ilícito, o aludido delito assume uma grande abrangência e, em dadas hipóteses, se confronta com situações em que se verifica fato ilícito de outrem com o auxílio ou facilitação de agente neutro.

De tal arte, o problema que se coloca como o norte epistemológico deste trabalho é quando se verifica a punibilidade de cúmplice que, por meio de uma (aparente) ação neutra, incorre em fato típico alheio nos crimes de lavagem de dinheiro. Muitos são os desdobramentos acerca especificamente das ações neutras, alguns mais repressivos, contundentes, outros que pretendem adotar teorias no âmbito da tipicidade.

Para enfrentar a problemática que ora se avulta, a doutrina estabelece três correntes doutrinárias: a primeira, que não há exceção alguma para as hipóteses de

condutas neutras, sendo que todos aqueles que, de qualquer forma, concorrem para a prática do ilícito de índole penal serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, tal como dispõe o art. 29 do Código Penal; a segunda, que reconhece as ações neutras como condutas que – sempre – estarão abarcadas pelas causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade e; terceiro, que a solução almejada se encontra dentro do âmbito do tipo, seja ele o objetivo ou o subjetivo – inclusive, ambos.

Na tentativa de verticalizar o trabalho, e não o abrir demasiadamente a outras proposições teóricas, é que optaremos por focar os nossos esforços na última corrente doutrinária atinente a tipicidade, posto que entendemos que as outras vertentes não encontram justificativas plausíveis para lidar com o problema, pois são demasiadamente genéricas.

Tem-se, nesse particular, que a primeira que estabelece que não existem exceções à regra inserta no art. 29 do Código Penal, além de ir na contramão das modernas teorias de imputação criminal, pode abrir espaço para tratamentos desiguais, dando soluções anacrônicas e convenientes para um problema muito mais complexo do que aparenta. A segunda, por sua vez, também se mostra incompatível, porquanto, por demais, genérica. Com efeito, as causas de justificação devem ser sopesadas caso a caso e não podem, sob nenhuma circunstância, se subsumir a todo e qualquer caso que se enquadre dentro das proposições teóricas que conceituam uma ação neutra ou cotidiana. Em última instância, generalizar respostas pode induzir, também, a tratamentos obscuros, como, por exemplo, supor que o *compliance officer* de instituição financeira que deixa de reportar movimentações obrigatórias ao Banco Central, mesmo estando em complacência com o autor delitivo, está abarcado pela excludente de ilicitude de exercício regular de um direito (art. 23, inc. III, do Código Penal).

Antes de abordar a indagação principal deste trabalho, metodologicamente optaremos por estabelecer conceitos e critérios dogmáticos, ao escopo de direcionar o leitor à nossa compreensão. Por isso, no primeiro capítulo desta obra trataremos algumas conceituações clássicas da doutrina que discorre sobre participação criminal, compreendendo a opção do legislador brasileiro e as formas que se avultam o interveniente em direito penal. Mostrar-se-á necessário tecer a diferenciação, *ab initio*, da referida participação com os próprios meandros da autoria, assim como sobre as formas de participação criminal.

Nessa ordem de ideias, estabelecer-se-á conceitualmente que a modalidade de participação criminal com que se trabalhará na presente obra se vincula à hipótese de cumplicidade, em conjunto com os critérios propostos pela teoria da imputação objetiva. Tal escolha por vincular-se às hipóteses de cumplicidade está relacionada ao fato de que, em se tratando de ações neutras, a facilitação e o auxílio, psíquico ou material, são mais usuais e mais compatíveis aos casos que envolvem o (possível) cometimento do crime de lavagem de dinheiro por intermédio de ação levada a cabo pelo interveniente neutro, porquanto a intervenção desse agente normalmente se dará após o início da empreitada criminosa, sendo, dessa forma, uma ferramenta acessória que se utilizará o autor principal para dar aparência lícita aos ativos oriundos de prática de crimes antecedentes.

De mais a mais, é preciso que se tenha em tela, igualmente, que a opção por trazer a noção de cumplicidade com esteio na teoria da imputação objetiva advém, em última análise, da construção doutrinária que aduz que a teoria tradicional da cumplicidade é, por demais, insuficiente no plano objetivo e aumenta a possibilidade de se tratar de forma diversa casos análogos. Veja-se que os preceitos clássicos da teoria da cumplicidade estipulam que será cúmplice aquele que, no plano objetivo, auxilia ou facilita a causação do resultado e, no tipo subjetivo, atua com dolo. Por outro lado, a transmutação dos meandros da doutrina da teoria da imputação objetiva sugere que será cúmplice aquele que não só causa o resultado principal, como também cria um risco proibido que se realiza no resultado.

No que toca especificamente às ações neutras, no segundo capítulo, buscar-se-á conceituar, à luz de diversas referências teóricas nacionais e estrangeiras, o que se entende por condutas neutras ou cotidianas. Quer dizer, o que se pode compreender, como norte teórico, por ação neutra. Dessa feita, diversos são os conceitos propostos por autores, em sua maioria, estrangeiros acerca do significado das referidas ações e, inclusive, se essas realmente assim se podem denominar, posto que, se uma ação de participação é punível, logo não é atípica, portanto não é neutra ou cotidiana, a qual, por sua natureza, é atípica.

Claro que a aludida denominação é um termo fictício para ilustrar casos específicos – e espinhosos, por consequência – que se revestem de um caráter externo de aparente normalidade, cotidianidade e, em muitos casos, profissionalidade. O fato é que as ações neutras existem e não são incomuns, porquanto o simples fato

de comercializar um alimento, prestar um serviço e dar uma carona, mesmo que o interveniente não tenha conhecimento, pode estar auxiliando, de modo significativo, na consecução de um ilícito de índole criminal. Nessa mesma medida, tendo-se por base a prática do delito de lavagem de dinheiro, uma ação neutra pode ensejar um fato típico alheio, como, por exemplo, através do recebimento de proventos pela prestação de serviços advocatícios ou, ademais, pela omissão em reportar movimentações financeiras atípicas aos órgãos de fiscalização.

Assim, no tocante às propostas doutrinárias para estabelecer o limite entre a participação punível e a ação neutra – *de per se*, atípica -, incursionar-se-á acerca dos desenvolvimentos acadêmicos de autores, primeiramente, que mantiveram a discussão no plano de aspectos principiológicos, como a adequação social e o princípio da confiança. No entanto, quando confrontados com a problemática das ações cotidianas, tais soluções sugerem, em última análise, em relação à adequação social, a criação de estereótipos e, concernente ao princípio da confiança, um campo de atuação limitado. Vale dizer, as soluções pautadas nas doutrinas mencionadas revestem-se de visos genéricos.

Em sequência, voltado ao objeto precípua do problema, debater-se-á sobre as teorias atinentes ao âmbito da tipicidade, trazendo aquelas atinentes ao tipo objetivo, subjetivo e na dupla análise de ambos. Nesse sentido, muitos são os pontos relevantes de discussão dessa matéria, mormente em relação ao questionamento se a ação neutra deve ser enfrentada sob a óptica da tipicidade objetiva, subjetiva ou na dupla aferição destes. Também outros aspectos são indispensáveis para o desenvolvimento do trabalho, como a análise do risco permitido, a relevância dos conhecimentos especiais do agente, a possível referência da conduta a um sentido delitivo, dentre outros.

Por ser, de forma relativa, um assunto novo no cenário jurídico-penal brasileiro, buscar-se-á levantar doutrinas que se inclinaram a desenvolver argumentações voltadas a dar solução aos limites entre responsabilidade penal e condutas inócuas, neutras. Assim, avultam-se algumas obras de juristas brasileiros, como, dentre outros, Luís Greco e José Danilo Tavares Lobato, os quais desenvolveram proposições teóricas. O primeiro apresentou uma teoria pautada no tipo objetivo, utilizando-se de premissas atinentes ao subprincípio da idoneidade para atestar que, aliado a outros fatores, a punibilidade do cúmplice será admissível se a proibição de

sua conduta se mostrar idônea para salvaguardar o bem jurídico tutelado e, o segundo, trouxe critérios objetivos e subjetivos e, ainda, noções atinentes a outros ramos da Ciência do Direito, precisamente o instituto do “abuso de direito”, para propor a sua teoria.

No mais das vezes, os desenvolvimentos doutrinários do problema abarcado se debruçam sobre situações atinentes ao Direito Penal Econômico, muito em virtude de este campo ser um terreno fértil para estudos acerca das ações neutras. No Brasil, especialmente, essa temática se tornou assaz debatida, na medida em que as recentes alterações legislativas ocorridas na Lei n.º 9.613/1998 e a edição da Lei n.º 12.846/2013 impuseram algumas obrigações a pessoas físicas e jurídicas que podem ser cúmplices em fato típico alheio por meio de uma ação neutra.

No último capítulo desenvolver-se-á o nosso entendimento em relação à intervenção delitiva do cúmplice por meio de ações neutras no delito de lavagem de capitais. Nessa senda, critérios buscados nas diversas teorias existentes no âmbito da tipicidade foram utilizados como bússola para a compreensão do tema, levando-se em consideração, principalmente, aspectos específicos dos novos desdobramentos da Lei de Lavagem de Dinheiro.

De tal forma, a aferição do risco, a idoneidade da proibição e a referência de um sentido delitivo na ação se projetam indispensáveis para a avaliação da intervenção punitiva do cúmplice na abordagem das condutas neutras. O risco, nessa senda, pode ser sopesado a partir dos conhecimentos especiais do agente e da existência de atendimento a normas administrativas – como há na Lei n.º 9.613/1998. Por sua vez, a idoneidade da proibição se vinculará à ubiquidade da conduta, de modo que quanto mais ubíqua ela for, mais idônea será a proibição da conduta, ao escopo de assegurar o bem jurídico tutelado. Finalmente, a referência a um sentido delitivo mostra-se indispensável, dentre outros fatores, pela exigência, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, da presença do dolo (art. 18, inc. I, do Código Penal). Esses três critérios de análise – objetiva e subjetivamente – sugerem a aplicação a uma maior amplitude de casos e evita, em linhas gerais, tratamento idêntico a casos essencialmente discrepantes (como ocorreria, por exemplo, com a análise da problemática, unicamente, sob o tipo objetivo).

Ao depois, subsumir-se-á os critérios propostos em casos específicos envolvendo o delito de branqueamentos de ativos. Nesse sentido, dois exemplos de

casos problemáticos do cenário jurídico atual foram abordados, os quais, de logo, serão apresentados para, ao final, se expor as conclusões alcançadas com a análise.

O primeiro exemplo consiste em compreender se o advogado pode se inserir dentro de uma dinâmica jurídico-penal se recebe honorários maculados por delito, nestes moldes:

Advogado representa notório contraventor penal que, dentre todas as suas atribuições, utiliza o dinheiro advindo de jogos de azar para praticar outros crimes, tais como corrupção ativa e lavagem de dinheiro. Todo o contexto leva a crer que a prática de infrações penais é o único sustento do acusado. Neste escopo, contrata o seu procurador, o qual estabelece os seus honorários, os recebe, emite as notas fiscais competentes e presta os seus serviços advocatícios.

Também, nesse panorama, incursionar-se-á nos meandros dos atuais pensamentos sobre o problema específico do causídico, assim como das possíveis imposições legislativas que tendem, a cada dia, a limitar a atuação do advogado, afrontando, nessa medida, direitos fundamentais indiscutíveis do Estado Democrático de Direito, como a própria garantia de ser possibilitada ao réu a constituição de um defensor de sua livre vontade e escolha.

De tal modo, para a contextualização da pertinência do exemplo alcançado, se mostra de suma importância dois aspectos: os atuais pensamentos jurídico-penais acerca da condição do advogado como obrigado a cooperar normativamente, à luz da Lei n.º 9.613/1998, e outras propostas teóricas que discorrem sobre o profissional aventado como sujeito ativo de crime de lavagem de dinheiro.

Noutro turno, no que tange ao *compliance officer*, vislumbra-se trazer a lume alguns aspectos atuais acerca de sua responsabilidade penal, mormente em face das alterações ocorridas, em 2012, na Lei 9.613/1998, os quais discutem a possibilidade de imputação do referido profissional por omissão imprópria, em caso de inobservância das regras de cooperação normativa.

No âmbito das ações neutras, consideramos o seguinte exemplo:

Compliance officer de uma dada instituição financeira, após prévio ajuste com o autor delitivo, deixa de reportar à cúpula da instituição financeira, assim como aos órgãos de controle, a ocorrência de dezenas de depósitos financeiros superiores ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Após, constatou-se que os valores inseridos nas contas bancárias eram oriundos de organização criminosa que

praticava crimes contra a economia popular, através de denominado esquema de pirâmide financeira.

Finalmente, almejar-se-á subsumir os critérios aludidos para dar solução aos casos de (possível) cometimento do delito de lavagem de capitais pelo advogado – ao receber honorários de origem ilícita – e do *compliance officer* de instituição financeira – que se olvida de reportar movimentações atípicas aos órgãos de fiscalização.

2 CONCURSO DE PESSOAS E PARTICIPAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Nesse particular, ao escopo de introduzir breves conceitos terminológicos para nortear a problemática desenvolvida no curso desse trabalho, se faz imprescindível a (re)leitura dos desdobramentos dogmáticos relativos ao concurso de pessoas em Direito Penal. Dentro desse escopo, se vislumbrará, *ab initio*, especificar terminologicamente os conceitos que serão utilizados ao longo da exposição que tratará sobre a problemática das ações neutras.

Destarte, se revela indispensável introduzir, contextualizar e estabelecer limites conceituais para buscar solver a questão primordial: saber quais são os pressupostos jurídico-penais para imputar, a título de cumplicidade, o agente que incorre em fato típico alheio através de uma conduta chamada de “neutra ou cotidiana”, no contexto dos crimes de lavagem de dinheiro.

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Tem-se, assim, que o concurso de pessoas no âmbito do Direito Penal ocorre quando há cooperação de indivíduos na prática delitiva, de sorte que prescindem de dois elementos estruturantes. O primeiro possui um viés objetivo, o qual consiste na pluralidade de agentes, prática de fato material que integra o tipo penal e contribuição de cada um dos agentes no decurso do crime. Por outro lado, o caráter subjetivo se vincula, segundo Luiz Régis Prado, ao princípio ético-racional, no sentido de que “a união faz a força”. Ademais, o seu fundamento técnico-formal está associado à previsão legal inserta na parte especial dos Códigos Penais¹.

No Brasil, o concurso de pessoas está descrito no art. 29 e parágrafos da Parte Especial do Código Penal e advêm de uma orientação da legislação italiana. Isso porque a moderna doutrina da Itália ultrapassou os diversos inconvenientes trazidos nessa seara do Direito Penal e houve por criar um novo tipo autônomo, o qual “não exige que a conduta executiva seja realizada por um único sujeito e que, portanto,

¹ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2., p. 575.

haja uma conduta principal, à qual se sujeitam as condutas secundárias, dos partícipes”².

Muito embora o Código Penal Brasileiro não tenha adotado a estipulação autônoma de tipos relativos à criminalização da conduta dos partícipes, por certo há uma gradação entre a conduta do autor principal e o partícipe, na medida de suas culpabilidades. De mais a mais, outros dispositivos da legislação brasileira tendem a concluir pelas formas de diferenciação entre autor e partícipe, como o art. 31 do Código Penal, o qual estabelece que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio não são punidos se o crime não chegar a ser tentado e, inclusive, o art. 122 do Código Penal, que elenca a instigação e o induzimento ao suicídio como crime³.

Esse, aliás, é um tema recorrente nos escritos acerca de concurso de pessoas, porém, nos parece seja bastante evidente que há uma diferenciação entre autor e partícipe no Direito Penal brasileiro, mormente pela semântica inserta no art. 29 da legislação penal. Vale dizer, autor e partícipe possuem distinções à luz da dogmática penal brasileira.

Para haver concurso de pessoas, há uma série de requisitos que necessitam ser preenchidos para assim caracterizá-lo, como a pluralidade de pessoas e de condutas, o nexos causal – liame subjetivo – para o resultado, o vínculo psicológico entre os agentes e a identidade do tipo penal. Dividem-se, dentro desse panorama, em autores (sejam eles diretos ou imediatos – ou seja, aqueles que levam a cabo sozinho o tipo, podendo ser autor-executor ou autor-intelectual, desde que tenham o domínio do fato - e mediato – que é aquele que se serve de terceiro para a prática delitiva, em que pese ter o domínio do fato, como nos casos de obediência hierárquica e coação moral irresistível) e cumplicidade (seja ela técnica ou física, intelectual ou psíquica)⁴.

No contexto das ações cotidianas ou neutras, a participação criminal é um assunto assaz interessante, a fim de verificar se, em dadas hipóteses, é possível verificar a incidência de responsabilização criminal a título de partícipe. Por tal motivo, se revela importante trazer à baila as diferenciações exatas entre autoria e

² COSTA JR, Paulo José da.; COSTA, José Fernando da. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1., p. 174.

³ GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

⁴ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: teoria jurídica do delito**, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

participação e, ademais, toda a estrutura dogmática que norteia a participação criminal em Direito Penal.

Ressalta-se, nessa senda, que a intenção é, justamente, estabelecer nortes conceituais para desenvolver um raciocínio que, ao fim e ao cabo, possa direcionar a conclusão exarada.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO:

É necessário, à luz deste contexto, estabelecer qual será a nossa orientação dogmática para definição do problema. Quer dizer, qual será a espécie de participação criminal que iremos abordar, a fim de delimitar, ao máximo, a problemática. Por isso, é indispensável distinguir e repassar, ainda que de forma sucinta, as discrepâncias existentes entre o conceito de autoria e de participação na doutrina especializada.

Necessário, nesta medida, lembrar, antes de mais nada, as teorias clássicas de autoria, como a teoria formal-objetiva, que estipula que autor será aquele que realiza, com a sua própria conduta, o tipo legal do crime, ao passo que partícipe é aquele que não executa o verbo nuclear do tipo, contudo age de forma prévia ou preparatória à consecução do ilícito de índole penal; a teoria material-objetiva que afirma que a distinção entre autor e partícipe reside na possibilidade de diferença de valor causal entre a conduta do agente que procede com o ilícito penal, e daquele que participa; e a teoria subjetivo-material, segundo a qual a discrepância entre autor e partícipe está no plano subjetivo dos agentes. Basicamente, autor é quem tem o *animus auctoris* e partícipe é aquele que tem o espírito de coadjuvante, ou seja, *animus socc*⁵.

Ocorre, no entanto, que tais teorias possuem diversos embargos doutrinários, mormente quando inseridos dentro do âmbito da criminalidade de viés empresarial, a saber: a *teoria formal-objetiva* somente responsabilizaria o executor da figura típica, de modo que, a título de exemplo, eventuais membros dos escalões intermediários ou superiores de uma dada corporação responderiam, se muito, como partícipes por

⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial**: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, vol. 54, p. 91-121, jul/set 2014.

induzimento ou instigação⁶. Outrossim, tal “não pôde proporcionar uma solução plausível aos casos em que uma pessoa (não indutor) se vale de outra para realizar a conduta típica (*autoria mediata*)”⁷.

No que toca à *teoria material-objetiva* há a problemática de que “não se pode ignorar que nas sociedades empresárias, especialmente nas grandes corporações, vigora o princípio da hierarquia das funções, o que gera, empiricamente, o desnivelamento de poder entre os concorrentes”⁸. Por derradeiro, a *teoria subjetiva* permite a imputação daqueles que se encontram à frente da corporação, contudo, olvida o fato de que os subalternos possuem discernimento para realização do tipo. Além disso, alude Bacigalupo que a *teoria subjetiva* foi rejeitada:

Na medida em que a redução da realidade social a categorias naturalísticas foi posta em dúvida, e que no conceito de ilícitos foram introduzidos elementos valorativos, a equivalência valorativa já não pôde ser meramente deduzida da equivalência causal⁹.

Na esteira de Nilo Batista, relativamente à teoria formal-objetiva, será autor aquele que realizar a ação principal do tipo, ao passo que partícipe será aquele que realizar uma ação prévia ou preparatória ao crime. Basicamente, de acordo com a orientação alhures, será necessário para caracterizar a participação que o agente leve a cabo apenas um “trecho” da conduta, prescindindo, portanto, de cometer integralmente a ação executiva. Daí ressumbra o problema aventado pelo indigitado jurista: se, porventura, um sujeito realizar todo um projeto delituoso, sem, porém, realizar, com suas próprias mãos, a conduta típica, este não será responsabilizado pelo crime a título de autoria. Vale, portanto, o exemplo segundo o qual dispõe que:

Em termos de criminalidade brasileira, o “coronel” que determina a seus jagunços a eliminação do desafeto, prescrevendo-lhes local, hora, modo de execução, e fornecendo-lhes os meios, não poderia ser considerado autor do homicídio cometido, e sim mero partícipe¹⁰.

⁶ Ibidem.

⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 448.

⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial**: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, vol. 54, p. 91-121, jul/set 2014, p. 100.

⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p.449.

¹⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes** - uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 1979, p.49.

De acordo com a teoria material-objetiva, de mais a mais, segundo Nilo Batista, a distinção entre autor e partícipe se revela na possibilidade de percepção entre o valor causal e o agir de ambos. Em que pese o jurista tenha elogiado a predita teoria, na medida em que questiona, de há muito, a então “absolutizada” equivalência dos antecedentes, o seu problema está, justamente, nas questões específicas tratadas no âmbito da causalidade. Neste prisma, adverte o autor que:

A conduta de propiciar arma pode ser considerada tão causal quanto a de ferir a vítima, mas o direito não pode *esgotar* a sua apreciação, nesse aspecto, sem um processo de quantificação físico e valorativo que revelará uma diferença que não pode ser ignorada¹¹.

A teoria formal-subjetiva, em seu turno, aponta que, segundo Nilo Batista, o critério que estabelece a orientação parte do pressuposto que a *conditio sine qua non* impede que haja uma efetiva diferenciação entre autor e partícipe, sendo, assim, necessária uma investigação subjetiva, ao escopo de aferir tal discrepância, lembrando, ademais, que a predita teoria ganhou as graças dos tribunais alemães durante determinado período. Emblemático, nesse sentido, o caso julgado pelo *Bundesgerichtshof*, em 1962, que condenou como partícipe o agente Staschynski, o qual, sob o mando de um governo estrangeiro, assassinou, a tiros, exilados políticos que residiam na Alemanha. A linha geral do julgado, de tal arte, foi, justamente, que inexistia *animus auctoris*, não sendo a ação desejada como própria. A grande complexidade, alude Nilo Batista, é a tamanha subjetividade da teoria que, inclusive, questiona se poderá haver uma alteração no quadro de autor ou partícipe, por meio, tão somente, de uma alteração no elemento volitivo¹².

Noutra banda, denominada por Nilo Batista como teoria final-objetiva, será autor aquele “que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o *domina* mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível de interrompê-lo”¹³. Adverte, porém, o jurista que o domínio do fato deve estar associado ao dolo, inexistindo sem o elemento subjetivo do tipo. Vale dizer, o agente precisar querer e conhecer os elementos objetivos que fazem parte do tipo legal¹⁴.

¹¹ Ibidem, p. 51.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, p. 53.

¹⁴ Ibidem.

Na visão de Juarez Cirino dos Santos, a ideia primordial da teoria do domínio do fato é distinguir a ação do autor ao do partícipe a partir da seguinte premissa: autor é aquele que domina a realização do fato típico, tendo a possibilidade de cessar ou de dar seguimento à ação típica, ao passo que o partícipe não detém essa faculdade, não tendo controle acerca da prática delitiva¹⁵. Nesta ordem de ideias, sintetiza Cezar Roberto Bitencourt os meandros da aludida teoria:

A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo esta teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata)¹⁶.

Suscita, ainda, Bitencourt que a teoria do domínio do fato possui algumas consequências, quais sejam:

- a) a realização plena e responsável de todos os elementos do tipo penal sempre fundamentam a autoria;
- b) será autor o sujeito que cometer o injusto utilizando-se de terceiro, o que se denomina autoria mediata e;
- c) será autor o coautor que levar a cabo uma parte indispensável do plano global (domínio funcional do fato), mesmo não sendo um ato típico, devendo, por via de consequência, integrar a resolução delitiva comum.

Por último, alude o jurista que a predita teoria somente terá aplicabilidade em casos de delitos dolosos, posto que nos culposos caracterizam-se, justamente, pela efetiva perda deste domínio¹⁷.

Neste contexto, esta última teoria, por certo, alberga elementos mais contundentes para aferir o grau de inserção do agente na prática delituosa, podendo dirimir, na espécie, se este se postou na condição de autor do crime, devendo, de tal arte, ser assim considerado ou, se em menor escala, empreendeu a sua conduta com

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, P. 352.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 212.

¹⁷ Ibidem.

um viés de participação. No âmbito das ações neutras, é preciso ter em mente que o interveniente neutro sempre atuará como partícipe, havendo, destarte, nesta escala a necessidade de diferenciação entre este e o autor principal.

Ainda no campo da diferenciação entre participação criminal e autoria, a doutrina desenvolveu três teorias que demarcam a distinção almejada, são elas:

Pluralística, segundo a qual “cada copartícipe pratica um crime autônomo e diverso”¹⁸. Participação, destarte, se estabelece como autoria se, porventura, a conduta delitiva não se subsumir a um crime autônomo¹⁹. Ou seja, todos os agentes que concorrem para a prática delitiva praticam, cada um, crimes diversos. É dizer, em última análise, que no concurso de agentes não ocorre, unicamente, a pluralidade de pessoas, mas também de delitos. Desta feita, resta referir-se que “a cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, um resultado próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por um delito próprio”²⁰.

Dualística, cujas premissas sugerem que o partícipe é aquele que concorre para a prática do crime, muito embora não execute o verbo nuclear do tipo. É dizer: será autor aquele que, de fato, levar a efeito a conduta descrita no verbo nuclear do tipo. Sem embargo, a teoria ainda aponta uma distinção entre participação primária e secundária²¹.

E, por último, a teoria *monística* é uma consequência da *conditio sine qua non*, de sorte que todos aqueles que concorrem para a prática delitiva são autores do delito. Tal teoria, nesse diapasão, tem origem no Código Penal Italiano, de 1930, e, na esteira de Luiz Regis Prado, o Brasil se inspirou nela para estabelecer as condições de participação criminal no Código Penal²².

Nesse prisma, esta proposição teórica sugere que “o crime permanece único e indivisível, mesmo que tenha sido praticado em concurso por diversas pessoas. Não

¹⁸ COSTA JR, Paulo José da; COSTA, José Fernando da. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1, p. 176.

¹⁹ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

²⁰ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2.^a ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 211.

²¹ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

²² Ibidem.

há distinção entre autoria e participação, assim todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade”²³.

No que concerne, ainda à teoria *monista*, esta não foi integralmente adotada pelo Código Penal Brasileiro, porquanto o aludido Diploma Legal estabelece certos graus de participação criminal, por isso se afirma que se trata de uma forma *temperada* ou *matizada* de aplicação da teoria. Certo é que, em sua origem, *ab initio*, não há, na legislação brasileira, uma distinção direta entre autor, coautor e partícipe, como exposto alhures²⁴.

Todavia, pela própria estrutura semântica do art. 29 do Código Penal é possível apreender a existência de diferenciação entre autoria e participação, a partir de determinadas expressões, como, por exemplo, a parte final do indigitado dispositivo que alude que cada qual responderá “na medida de sua culpabilidade”. Ou, então, pode-se aventar a participação de menor importância (art. 29, §1.º, CP) ou as condutas acessórias como o ajuste, a determinação, a instigação ou o auxílio, expressamente referenciadas no art. 31 do Código Penal, como fortes indicativos da adoção de discrepância entre autor e partícipe.

Luis Greco e Alaor Leite apontam que a tradição legislativa do Brasil, a iniciar por Nelson Hungria, incutiram o modelo unitário de autoria, apesar da imprecisão e dos problemas de tal modelo. Nessa senda, aduzem que, aparentemente, o referido sistema possui três grandes vantagens: a primeira, é o que chamam de *conveniência repressiva*, uma vez que sem a diferenciação entre autores e partícipes, com a consequente imputação de todos os agentes envolvidos, não haverá lacunas de punibilidade; segunda, é que o sistema dá a entender que cada um responde por aquilo que faz, parecendo, em um primeiro momento, estar diretamente relacionado a princípios de máxima autoridade, como da culpabilidade e, até mesmo, da dignidade da pessoa humana e; a terceira vantagem se vincula à pragmaticidade de tal sistema, posto que prescinde de qualquer esforço dogmático para avaliar a imputação²⁵.

²³ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2.ª ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 211.

²⁴ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

²⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, 214p.

O problema destas concepções, contudo, se projeta na óptica dos preditos juristas, a quatro pontos fulcrais, quais sejam, a unificação de contribuições material e qualitativamente distintas, gerando ofensa ao princípio da igualdade e da culpabilidade; a cercania ao direito penal do autor; a impossibilidade de diferenciar os atos preparatórios da tentativa punível, uma vez que todas as contribuições ao ilícito penal são dadas como típicas, até mesmo, por exemplo, a entrega de uma arma para o autor cometer um homicídio e; “a redução a pó dos tipos penais, em desprezo ao princípio da legalidade, já que emprestar a arma seria ação típica de ‘matar alguém’ (art. 121, CP) tanto quanto efetuar com as próprias mãos disparos mortais”²⁶.

2.3 PARTICIPAÇÃO CRIMINAL

Nesse ponto enfocado, entende-se por participação criminal, na esteira de Luiz Regis Prado, a colaboração dolosa em um fato alheio. Trata-se, à luz desse raciocínio, de uma contribuição dolosa, na qual o agente não detém o domínio do fato, tendo sempre um caráter acessório ou dependente do fato principal²⁷. Na inteligência de Roxin, “são também puníveis os participantes que não têm nenhuma relação direta com a execução, ou seja, o instigador que suscitou no autor a decisão sobre o fato e o auxiliar que ajudou o autor por meio de conselhos ou atos”²⁸.

Nesse escopo, a participação será sempre acessória ou dependente da ação principal, sendo dividida em quantitativa, a qual demarca que o início da execução para o autor é o marco inicial para a punibilidade do partícipe (art. 31 do Código Penal) e qualitativa que se vincula ao grau de dependência da participação²⁹.

Ainda nesse tema, há, de igual forma, no contributo de Prado, a possibilidade de haver participação dolosa em crime culposos, como, a título de exemplo, o caso do médico que, ao atender um inimigo seu, pede a enfermeira que exceda a quantidade de morfina no paciente, levando-o a óbito. Muito embora não tivesse a intenção de

²⁶ Ibidem, p. 177-178.

²⁷ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

²⁸ ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal** / Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann: tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 29.

²⁹ PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

matá-lo, ao injetar quantidade excedente de morfina, a enfermeira deixou de observar um dever objetivo de cuidado. Da mesma maneira, o farmacêutico que vende medicamento, sem receita médica, que, ao depois, sem a ciência deste, é utilizado para matar outrem responderá por homicídio culposo, também pela falta de um dever objetivo de cuidado³⁰. Esse entendimento, no entanto, não é chancelado por Paulo José da Costa Jr., o qual entende que a convergência do elemento subjetivo é determinante na participação, sendo, de tal arte, inconcebível uma participação dolosa em crime culposo ou vice-versa³¹.

No que tange especificamente em relação à participação em sentido estrito, há de se remarcar as duas formas: através de *instigação* ou *induzimento*, segundo a qual o partícipe incita, persuade ou faz nascer no autor a intenção de cometer o crime e; a *cumplicidade* que é a prestação de auxílio, colaboração ou contribuição, de forma material ou moral (esta, em seu turno, somente existirá se houver relevância causal), ao autor para o fim de cometer o ilícito de índole penal³².

Nessa senda, sob outro viés doutrinário, entende-se como *instigação* a indução, pelo partícipe, de provocar o autor a cometer o ilícito de índole penal, podendo ser utilizados diversos meios dentro do espectro da influência volitiva, como persuasão, promessa de recompensas, abuso de uma relação de subordinação, dentre outras hipóteses. Noutro plano, a *cumplicidade* se caracteriza pelo favorecimento ao cometimento do crime, porém, o partícipe não detém o domínio do fato, prescindindo, inclusive, do próprio conhecimento do auxílio pelo autor principal. Ademais, para que possa ser imputada a participação, o autor deve, ao menos, dar curso à empreitada delitativa, devendo o delito ser, ao menos, tentado³³.

Na esteira de Jakobs, o fundamento da responsabilidade penal remete sempre à violação de um papel. Em um primeiro plano, há o que denomina o jurista alemão de *papéis especiais*, cujo sentido encontra sustentáculo na formação, com outras pessoas, de laços comuns que implicam em um sentido de um ente comum. Nesse

³⁰ Ibidem.

³¹ COSTA JR, Paulo José da; COSTA, José Fernando da. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. 1370p.

³² PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral: teoria jurídica do delito, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

³³ CALLEGARI, André Luís. **Código penal comentado**: doutrina e jurisprudência – coordenadores Maurício Schaun Jalil e Vicente Greco Filho – Barueri: Manole, 2016.

diapasão, encontram-se os pais para os filhos, assim como o prestador de serviços em situações emergenciais. A violação desse papel enseja, de logo, a responsabilização criminal a título de autoria; o que interessa, contudo, para fins de participação é, de outro lado, os ditos *papéis comuns*. Essa classe desenvolvida por Jakobs se vincula a funções sem características especiais, ou seja, “o papel de comportar-se como uma pessoa comum em Direito, é dizer o de respeitar o direito dos demais como contrapartida ao exercício dos próprios direitos”³⁴, de sorte que a infração de um papel comum implica na infração de normas que são comum a todos, como, por exemplo, *não roubar, não matar, etc*³⁵.

No âmbito da participação, Jakobs traz à tona o comportamento de organização, dentro do contexto de divisão do trabalho. É dizer, é possível organizar, em conjunto com outros, uma situação que cada um leve a cabo a sua própria obra, contudo, de modo que, ao final, todos se reúnam como se fosse uma só obra. Nessa senda, ressalvadas todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade criminal na condição de partícipe (coação etc.), participação criminal pode ser compreendida pela divisão do trabalho de cada um que, no todo, deu ensejo ao resultado como obra única³⁶.

Ademais, o jurista assevera que quem participa da execução do fato é autor. Compreende como execução o início da tentativa (ponto de partida), o que vem antes são atos preparatórios e, após, comportamento posterior ao fato. Nada impede, nessa óptica, que a imputação penal recaia sobre um ente coletivo, considerando-se, desta feita, “todas aquelas que se organizaram de modo tal que a organização objetivamente tenha sentido para alcançar consequências delitivas”³⁷. Daí incluem-se o indutor e o cúmplice, como aduz:

Ao cúmplice, ao indutor, ou também ao coautor que não realizam atos executivos, só se castiga-lhes quando, como habitualmente se formula, a ação principal entra em um estado punível. Essa é a consequência da tese aqui desenvolvida, segundo a qual a execução é algo próprio de cada um dos intervenientes. Portanto, uma ação, independentemente de que seja preparada e efetuada por um ou por

³⁴ JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem, p. 62.

vários autores, só ocorre uma vez – e não por separado para cada um dos intervenientes – do estado da preparação ao estado do início da tentativa, como também uma só vez o faz ao estado da tentativa acabada; e é que se trata de *um* só injusto, ainda que seja próprio de várias pessoas³⁸.

Vários, portanto, são os conceitos doutrinários que estabelecem as diferentes formas de participação criminal, muito em virtude da abertura semântica do art. 29 do Código Penal Brasileiro, o qual estabelece que aquele que, de qualquer forma, concorrer para um fato típico será responsabilizado de acordo com a sua culpabilidade.

No entanto, parece-nos mais adequada a conceituação terminológica utilizada por Greco, em sua obra específica atinente a ações neutras. Diz o referido autor, que, em sua linha de inteligência, existem duas formas de participação criminal no Direito Positivo brasileiro, quais sejam a *instigação* e a *cumplicidade*. A primeira pode ser compreendida como a provocação na decisão do agente de cometer o ilícito penal e a segunda a prestação de auxílio, facilitação, física ou psíquica, para que o autor principal leve a cabo a conduta delituosa³⁹.

Na doutrina do predito jurista, essas modalidades de participação criminal se distinguem não em virtude de a *instigação* ser psíquica e a *cumplicidade* física, mas sim porque a primeira deve ser entendida por mais grave em virtude de alimentar diretamente a decisão do agente de cometer o crime. Sucede, porém, que, muito embora entenda o autor que poderá existir uma ação cotidiana que tenha visos de participação criminal na modalidade de *instigação*, certo é que a absoluta maioria das hipóteses se vinculam diretamente à *cumplicidade*⁴⁰.

A *cumplicidade*, na doutrina de Paulo José da Costa Jr., é compreendida como o auxílio à conduta criminoso com total ciência e vontade, podendo, de tal maneira, ser ativa ou omissiva. Esta última se vincula, nesse cenário, à hipótese da empregada que deixa a porta da residência aberta para que o ladrão, seu amante, entre e cometa o delito de furto. A contribuição, nessa linha de inteligência, deverá ser causal, de modo que a conduta do partícipe deverá contribuir para o evento. Lembra, ademais, o jurista que a antiga doutrina diferenciava a *cumplicidade* primária e a secundária, na medida

³⁸ Ibidem, p. 62.

³⁹ GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

⁴⁰ Ibidem.

em que a primeira seria indispensável à consecução do ilícito, ao passo que a segunda seria dispensável, ainda que facilitadora da conduta delitiva. Essa distinção, nesta senda, seria importante para aferir o grau de participação para fins do art. 29, § 1.º, do Código Penal, como uma forma de delimitar a participação de menor importância⁴¹.

Daí pois entendemos seja necessária a estipulação de uma delimitação dogmática da problemática abordada no presente trabalho que se vincule, da mesma forma aventada por Luis Greco, à *cumplicidade*. É cediço, de tal arte, que os casos mais comuns de ações neutras ou cotidianas que, invariavelmente, incorrem em fato típico alheio se projetam para situações como a do advogado que recebe honorários provenientes de ilícito penal, o qual, apesar de incorrer em possível delito de lavagem de capitais praticado por seu cliente, acaba por não ter responsabilidade penal, na medida em que presta um serviço, cobra por esse e emite nota fiscal. Ou, ainda, atinente a situação do dono da loja de ferramentas que vende ao autor principal um machado para que este ceife a vida de sua esposa.

Veja-se, nesse sentido, que as ações neutras, sobretudo no contexto do crime de lavagem de dinheiro, são mais usuais como uma ferramenta utilizada pelo autor delitivo para dar cabo à sua obra. É dizer, em outras palavras, que o criminoso não será instigado pelo partícipe para praticar a conduta delitiva. Ele, de fato, será acionado por este para que o auxilie, através de atos, para que se omita de fazer algo ou que preste um auxílio físico para a consecução do seu ilícito. Poderá existir, não olvida-se, no entanto, que, por exemplo, um agente financeiro possa oferecer serviços escusos a políticos corruptos para que estes circulem os proventos criminosos em contas bancárias de sua instituição financeira, exigindo, em contrapartida, uma remuneração para fazer “vista grossa”. Muito mais provável, porém, que essa lógica se reverta e quem o procure, de logo com a intenção de mascarar a origem ilícita de valores, é o político corrupto.

De tal maneira, a prestação de auxílio, a facilitação, física ou psíquica, à conduta do autor configurará o que é denominado conceitualmente como *cumplicidade*. Para o estreito limite deste trabalho, é importante delimitar o problema a partir, especialmente, do auxílio ou facilitação física do partícipe em relação à

⁴¹ COSTA JR, Paulo José da; COSTA, José Fernando da. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. 1370p.

conduta principal do autor. E mais, se aquelas condutas facilitadoras ou auxiliares à consecução do ilícito forem as denominadas ações neutras ou cotidianas, se há punibilidade a título de participação, através da *cumplicidade*, fundamentalmente nas hipóteses de delitos de lavagem de dinheiro.

É assim dizer, tal como alude Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, que a forma de participação criminal ora abordada se vinculará não aquela *para cima*, que, em última análise, indica as tantas discrepâncias – como exposto alhures – entre autoria e participação, mas sim *para baixo* que versa sobre a tênue diferença entre cumplicidade punível e as ações neutras⁴².

Portanto, em razão da infinitude de casos que podem ocorrer em Direito Penal, inclusive em razão dos avanços sociais e tecnológicos do Século XXI, movidos, inclusive, pela expansão do Direito Penal⁴³ (como, por exemplo, a imposição normativa de práticas positivas a empresários e agentes de determinados segmentos corporativos), não há como negar que poderá haver situações nas quais haja uma ação neutra que incorra em fato típico alheio, na forma de participação, na modalidade *instigação*, no âmbito da lavagem de dinheiro. O fato objetivo é que iremos nos ater à problemática da *cumplicidade*, como uma forma de prestação de auxílio ou facilitação, psíquica ou física, ao cometimento do crime, fundamentalmente pela significativa maior abrangência que essa espécie de participação criminal poderá ter no universo dos delitos de branqueamento de capitais.

2.4 PANORAMAS ACERCA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CUMPLICIDADE

Nesse prisma, tendo-se como norteador teórico a abalizada doutrina de Luís Greco, é que se vislumbrará criar enlaces entre a questão da *cumplicidade* em participação criminal e a moderna teoria da imputação objetiva. É que, em razão de inconsistências metodológicas da teoria tradicional da *cumplicidade*, o indigitado jurista houve por delimitar o conceito alhures aventado transmutando orientações

⁴² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lavagem de dinheiro e advocacia**: uma problemática das ações neutras. Boletim IBCCRim. Ano 20, n.º 237. São Paulo: IBCCRIM, ago/2012.

⁴³ Consulte-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 236p.

advindas da teoria da imputação objetiva, “a qual conduz para um filtro objetivo para a imputação de um resultado”⁴⁴.

À luz desse panorama, no entanto, é indispensável traçar algumas considerações fundamentais para a perfeita compreensão da aplicação da predita teoria aos preceitos atinentes à *cumplicidade* em matéria de participação. Assim, na esteira da doutrina tradicional, entende-se que será cúmplice aquele que auxilia ou contribui para que um terceiro cometa um fato típico e antijurídico. Por certo, essa orientação advém da *teoria da acessoriedade limitada*, a qual pressupõe que toda a participação requer, ao menos, uma conduta típica e antijurídica do autor principal⁴⁵.

Tem-se como *auxílio*, nesta senda, a facilitação, a possibilidade ou o asseguramento do cometimento, pelo autor, da conduta principal. A *cumplicidade* pode ser *material*, a qual se vincula à prestação de um auxílio físico, tal como o sujeito que alcança ao seu vizinho um machado destinado a ceifar a vida de outrem; e também *psíquica*, quando o agente se limita a aconselhar o autor principal. Nesse turno, revolve-se ao exemplo supracitado, porém, dessa vez, o agente orienta o seu vizinho indicando a ele o método mais eficaz para dar cabo a vida de alguém⁴⁶.

Relativamente aos elementos do tipo na *cumplicidade*, certo é que a doutrina tradicional, tal como exposta no tópico antecedente, se inquina para a seguinte fórmula: cúmplice será aquele que, no plano objetivo, auxiliar ou facilitar a causação do resultado e, no plano subjetivo, agir com dolo. Luis Greco explica que, por muito tempo, entendia-se que toda a causação dolosa seria típica, de modo que, exemplificativamente, se um médico operasse um paciente terminal e lhe desse uma sobrevida de 10 (dez) dias, seria o causador da morte concreta, na medida em que teria agido conscientemente no sentido de postergar a vida do sujeito. Em face disso, a doutrina se empenhou em trazer respostas para esses entraves, no sentido de complementar o tipo objetivo da *cumplicidade*, o que, na doutrina tradicional, encerrava na causalidade, com considerações de caráter normativo⁴⁷.

Dentro desse contexto, os juristas passaram a considerar a teoria da imputação objetiva, a qual pressupõe não só a causação dolosa do resultado, como também a

⁴⁴ CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal. 2.^a ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 31.

⁴⁵ GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

criação de um risco não permitido realizado no resultado. Tal teoria, neste contexto, se enalteceu a partir da insuficiência dogmática da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), a qual, abarcada pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 13, estipula que “considera-se causa a ação ou a omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido”⁴⁸. Segundo Fabio D’Ávila, além do resultado naturalístico do crime, levado a cabo pela *conditio sine qua non*, haveria a necessidade de identificação de uma imputação normativa, a qual seria melhor atestada pela teoria da imputação objetiva⁴⁹.

Nessa linha de intelecção, a teoria da equivalência das condições foi, *a priori*, desenvolvida por Glaser e v. Buri no século XIX e houve, segundo Figueiredo Dias, por desvencilhar o Direito Penal das heranças medievais na perspectiva penal, que estabeleciam sistemáticas fantasiosas e supersticiosas de imputação. Nessa esteira, assevera o jurista português que todas as condições que deram causa (contribuíram) à produção do resultado são causais a ele e “devem ser consideradas em pé de igualdade, já que o resultado é indivisível e não pode ser pensado sem a totalidade das condições que o determinaram”⁵⁰.

Nessa senda, Welzel aponta que a equivalência das condições parte de uma proposição “heurística” sobre a base de perguntas para determinar o nexo causal entre a conduta e o resultado. É dizer que “causa é toda condição que, suprimida mentalmente, tem por efeito que o resultado (em forma concreta) não se produza”⁵¹ (*conditio sine qua non*).

A propósito das inconsistências dogmáticas da teoria da equivalência das condições e suas nuances, vislumbrou-se, primeiramente, que a utilização de um critério calcado em um juízo hipotético de eliminação, em que pese tenha tido aceitação por diversos ordenamentos jurídicos, em face de sua praticidade e ampla abrangência em especial nos delitos dolosos, houve por dar efeito a problemas, tais como a criação de cadeias causais ilimitadas. Nesse prisma, chegam-se a exemplos

⁴⁸ BRASIL. **Decreto-lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

⁴⁹ D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. 147p.

⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora; p. 324.

⁵¹ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. 1.ª ed. Campinas: Romana, 2003, p. 86.

clássicos da doutrina que indicam que o fabricante da arma deveria ser responsabilizado por homicídio praticado mediante o uso de arma de fogo e, até mesmo, em um viés folclórico, se Adão e Eva não tivessem cometido o pecado original nenhum crime jamais teria ocorrido. Por tal motivo, alguns doutrinadores buscaram delimitar a utilização do juízo hipotético de eliminação a partir do elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa)⁵².

Fabio D'Ávila, no entanto, explica que essa última hipótese – vale dizer, causalidade tipicamente relevante – também se mostra insuficiente a apurar responsabilidade criminal. Por exemplo, se A fere B, com dolo homicida, e B acaba por falecer em um acidente de trânsito a caminho do hospital, de acordo com a teoria da equivalência das condições, A deve ser punido como homicida, uma vez que existiu o dolo de assassinato e a ferida leve é uma *conditio sine qua non*. Isto é, a identificação do elemento volitivo, nesse caso, não se mostra adequada para aferição da melhor solução para o caso. Nesse mesmo sentido, a culpa também não pode servir como delimitadora, a partir do seguinte quadro: um menino atravessa repentinamente uma rodovia e um veículo, que estava acima da velocidade, o mata. Ao depois, se comprova que o resultado danoso teria se implementado mesmo se o agente estivesse andando mais devagar, dentro do limite de velocidade. À luz desse panorama, não há nexos entre o descuido da ação – elemento normativo da culpa – e o resultado, apresentando-se este como inevitável⁵³.

Nessa senda, Figueiredo Dias aduz que, em que pese tenha extensa crítica pela doutrina especializada, a teoria da equivalência das condições possui, ainda, grande parte de aceitação. O defeito principal, na óptica do autor, é a exagerada extensão conferida ao objeto da valoração jurídica. Porém, isso somente pode se vincular “que a relação de causalidade, embora sempre *necessária*, não é *suficiente* para se constituir em si mesma como doutrina da imputação objetiva”⁵⁴.

Assim, considera-se a teoria da imputação objetiva como uma forma mais adequada para aferição da responsabilidade criminal, na medida em que o requisito da causalidade hipotética, mesmo com a aferição por intermédio do elemento

⁵² D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. 147p.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora; p. 327.

subjetivo, reputou-se insuficiente para dar respostas dogmáticas adequadas para casos problemáticos. Tal teoria, nesse prisma, possui um viés teleológico e fundamento nas noções atinentes ao funcionalismo alemão. Fabio D'Ávila explica que não se trata propriamente de uma teoria, mas sim de um conjunto de princípios delimitadores e corretivos de tipicidade⁵⁵. Nessa seara, a imputação objetiva, na doutrina de Jeschek consiste no seguinte:

Só pode ser objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando a mesma cria para o objeto protegido uma situação de perigo juridicamente proibida e o perigo materializa-se no resultado típico⁵⁶.

De tal arte, tal teoria pode ser dividida em três grandes blocos: criação de um risco juridicamente relevante; realização do risco proibido no resultado e; a pertinência do resultado no âmbito de realização da norma⁵⁷. Assim, verificada a causalidade natural, passa-se à análise da possibilidade de imputação normativa do resultado. A causalidade, nesse cenário, deve ser compreendida a partir da “causa como condição conforme a lei natural” de Engisch, conforme explica Fabio D'Ávila:

1.º) Apuração do vínculo causal (critério mecânico-natural): Verifica-se a existência de causalidade, através do critério da “causa como condição conforme a lei natural”); 2.º) Apuração do vínculo normativo (critérios exclusivamente normativos): se a conduta do agente criou um perigo não permitido para a produção do resultado e se esse perigo materializou-se na produção do resultado lesivo; Dentro destes parâmetros: se o bem já estava exposto a perigo: tratando-se de resultado provável, se a ação aumentou o risco da produção do resultado; tratando-se de resultado certo, se a ação acelerou a produção do resultado danoso⁵⁸.

Os critérios normativos da imputação objetiva consistem na criação ou incremento de um perigo materializado na produção de um resultado lesivo a um bem jurídico, ou, nos delitos omissivos, “na omissão da evitação possível, do perigo não permitido, que se realiza no resultado típico, dentro do alcance da norma”⁵⁹. É dizer,

⁵⁵ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. 147p.

⁵⁶ JESCHECK, apud, *ibidem*, p. 41.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 44.

na óptica de Juarez Cirino dos Santos, que a imputação do tipo objetivo presume, em duas frentes, a criação de um risco pela conduta do autor e a realização deste risco no resultado, causando lesão ao bem jurídico⁶⁰.

Exemplificativamente, D'Ávila levanta duas hipóteses: na primeira, o agente envia a um bosque, em meio a uma tormenta, um indivíduo que deseja ver morto. Muito embora a mínima probabilidade de isso vir a se efetivar, o indivíduo acaba por ser, de fato, atingido e morre. Na segunda, dispara contra B com dolo de homicídio. A lesão sofrida por B é leve, porém, quando de sua internação no hospital, acaba por falecer em decorrência de um incêndio. Nessas duas situações, a ação do agente é dolosa e causal, sendo inviável, portanto, aferir a causalidade a partir do elemento subjetivo. Portanto, trata-se de casos nos quais a problemática se escora na imputação objetiva do resultado. No primeiro, a imputação não gera um risco não permitido, pois enviar alguém a um bosque não gera um perigo de morte que tenha relevância jurídica e, no segundo, o disparo gera um perigo não permitido de morte, entretanto, esse perigo não se materializa no resultado. Sinteticamente:

No primeiro exemplo, a *falta de criação do perigo* acarretará a *impunidade* por atipicidade; no segundo, a *não realização do perigo em uma lesão típica* acarretará a *ausência de consumação*, respondendo, o agente, pela forma tentada⁶¹.

A propósito do risco permitido, explica Roxin que existem inconsistências doutrinárias, ou seja, falta de clareza em relação a alguns pormenores dessa concepção. Isso porque um setor da doutrina equipara o risco permitido, integral ou parcialmente, à adequação social, e, outro, o relaciona somente a delito praticados com culpa, excetuando-se, portanto, a sua aplicação a crimes dolosos. Para o jurista, risco permitido é *“una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”*⁶².

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, P. 128.

⁶¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. p. 45.

⁶² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**: Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. 1. Ed. Espanha: Civitas, 2006, p. 371.

Revolvendo-se ao âmbito da cumplicidade e o motivo da sua interligação com os critérios da teoria da imputação objetiva acima mencionados, é que a conjectura tradicional da *cumplicidade*, em muitos casos, se mostra insuficiente no plano objetivo. Nesse sentido, Greco explica essa problemática a partir do seguinte exemplo: um sujeito, com o intento de arrombar casa alheia, vai até um chaveiro e pede a este que reproduza a chave do imóvel. O chaveiro, com o fito de se vingar do autor, produz uma chave imprestável. De tal arte, o agente, ao chegar no imóvel, não consegue abrir a porta utilizando a aludida chave, no entanto, mesmo assim, arromba a casa e comete o delito. Veja-se que o chaveiro não poderá, em um primeiro momento, ser imputado a título de cumplicidade, pois, em vez de auxiliar, atrapalhou o autor. Ocorre que, por outro lado, o fato de ele ter alcançado a chave ao autor, sem mencionar que ela seria imprestável, também ocasionou o resultado. Assim, observa-se que, mesmo nesse exemplo, a teoria da *cumplicidade* se revela insuficiente no plano objetivo, porquanto, em que pese tenha reproduzido uma chave imprestável, o chaveiro houve por dar causa ao resultado, uma vez que o autor somente procedeu com a prática do delito, ciente de que tinha como ingressar no imóvel⁶³.

Por esse motivo que Greco considera viável transmutar os princípios gerais da teoria da imputação objetiva para a *cumplicidade*, de modo que, além de a ação do cúmplice causar o resultado principal, deve também criar um risco juridicamente desaprovado que se realiza no resultado. Nesse prisma, o jurista entende essa orientação mais adequada, na medida em que se trabalhará com somente uma teoria, o que, por certo, diminuiria o risco de tratamento desigual em casos análogos, em face de diversas teorias existentes e, em sua concepção, a imputação objetiva teria um maior alcance⁶⁴.

Kai Ambos explica, no que pertine à participação criminal, que o requisito da causalidade não é suficiente para amparar toda e qualquer hipótese de cumplicidade, sendo, portanto, uma condição necessária, porém, insuficiente, *de per se*, para aferir eventual conduta de partícipe. Nesse sentido, argumenta que para obtermos delimitações e contornos racionais em relação à eventual ação de cúmplice – em especial no que concerne às ações neutras – seria inevitável a necessidade de se

⁶³ GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

⁶⁴ *Ibidem*.

recorrer à teoria da imputação objetiva e suas regras gerais. Ou seja, para haver cumplicidade, o atuar do partícipe deve incidir em um incremento causal e juridicamente desaprovado do risco ao bem jurídico, o qual se projeta no resultado delitivo⁶⁵.

No tocante às ações neutras, a ideia da cumplicidade, fundida com os elementos estruturantes da imputação objetiva, contribuiria para dar uma resposta dogmática plausível para essas situações, porquanto somente a teoria tradicional da cumplicidade seria insuficiente. Quer dizer, se todo o auxílio é a criação de um risco, não poderá se afirmar se todo o risco criado é, de fato, proibido, de modo que a teoria da imputação objetiva define critérios específicos para lidar com essa ideia de risco. Para avaliar a sua argumentação, Greco, inclusive, cita Roxin, para quem a cumplicidade é o “aumento juridicamente desaprovado do risco, causador do resultado”⁶⁶.

Sintetizando o aventado pensamento, em virtude da teoria tradicional da cumplicidade, a qual discorria que cúmplice seria aquele que desse causa dolosamente ao resultado, ter gerado muitos problemas, algumas alternativas foram criadas para solver essa problemática. A primeira seria de que a ação do cúmplice deveria auxiliar o autor principal, o que, nessa senda, seria mais do que causar e, a segunda, defendida por Greco, é a transmutação da teoria da imputação objetiva, para a qual “ser cúmplice, auxiliar alguém, nada mais é senão realizar um ‘aumento juridicamente desaprovado do risco, causador do resultado’”⁶⁷.

Por certo, as teorias que lidam com o problema advindo das ações neutras se utilizam, em demasia, das concepções acrescidas da teoria da imputação objetiva, fundamentalmente no que concerne aos meandros do risco juridicamente desaprovado. Dessa feita, os desenvolvimentos doutrinários alhures referenciados são indispensáveis para compreender as proposições teóricas que buscam dar uma solução plausível para as condutas neutras.

Nessa senda, os critérios objetivos advindos dessas concepções conseguem lidar de uma forma uniforme a uma amplitude maior de casos análogos. A ideia de

⁶⁵ AMBOS, Kai. **La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales**. *Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas*, Buenos Aires, n.3, p.107-121, 2003.

⁶⁶ ROXIN, 2004, apud GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1, p. 17.

⁶⁷ Ibidem.

risco e a sua projeção no resultado são importantes para verificar o limite entre o grau de participação do cúmplice e uma conduta inócua.

3 AÇÕES NEUTRAS

3.1 CONCEITUAÇÃO E DESENVOLVIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Finalmente, superadas as conceituações terminológicas acerca da cumplicidade e a sua demarcação dentro da problemática abordada, incumbe-nos estabelecer, conceitualmente, o que são as ações neutras ou cotidianas. Assim, entende-se como, na inteligência de Luis Greco, a participação criminal a fato típico alheio não manifestamente punível⁶⁸ e, ainda, na linha doutrinária de Kai Ambos, toda a ação:

(...) que el que actúa hubiese llevado a cabo frente a cualquier outro que se encuentre en el lugar del autor, porque con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados⁶⁹.

Bosch, em seu turno, aventa que os principais elementos das condutas neutras são, primeiramente, aquelas que se realizam de maneira adequada a um rol ou *standard*, as quais são, em um primeiro momento, lícitas ou inócuas e, noutro plano, a existência de um conhecimento, por parte do agente, de que a sua conduta será idônea para, de forma direta ou indireta, produzir um resultado delitivo⁷⁰.

Vinicius Melo de Lima conceitua as ações neutras como “os comportamentos não manifestamente puníveis que contribuem mediata ou imediatamente para a realização do ilícito penal, no âmbito do concurso de pessoas”⁷¹. Tais condutas, ademais, são revestidas de um viés de ubiquidade, na medida em que há uma colidência entre a parte exterior do fato e a sua parte interna. Isso porque, de um lado, há aparência externa de licitude, ao passo que, internamente, há uma aparência de antijuridicidade⁷².

⁶⁸ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 110.

⁶⁹ AMBOS, Kai. **La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales**. Más Derecho?: Revista de ciências jurídicas. Buenos Aires, n.3, p.107-121, 2003, p. 196.

⁷⁰ BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.

⁷¹ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1., p. 31.

⁷² Ibidem.

De acordo com Geraldo Prado, as ações neutras surgem em contextos específicos da atuação profissional, cotidiana ou habitual. É a conduta que, em que pese tenha o interveniente agido através da consecução de um ato ordinário, comum, usual, a sua conduta incorre em fato típico alheio. Tem-se, em seu panorama pautado em Frisch, que as ações neutras não são, de toda sorte, responsáveis pela criação de um risco juridicamente desaprovado, inserindo-se, assim, nas impuníveis práticas comuns ou ordinárias⁷³.

Nessa ordem de ideias, as ações neutras carecem de sentido delitivo, à luz da inteligência de Maria José Cuenca García, não tendo como objeto o favorecimento a um injusto alheio, em que pese a sua ação possa ter um efeito secundário na consecução do ilícito criminal pelo autor principal⁷⁴.

Interessante observar-se, contudo, antes de se incursionar nos desenvolvimentos dogmáticos acerca do indigitado assunto, que, aparentemente, a maioria dos juristas que discorrem sobre tal temática concordam que inexitem ações neutras em si mesmas. Isto é, a partir do momento em que a conduta deixa de ser cotidiana e ingressa na esfera do injusto penal, perde, por corolário, a sua neutralidade. É dizer: se se verificou como criminosa a ação do interveniente neutro, por certo, jamais houve essa característica na conduta. Lobato, ao tratar do tema, acrescenta que toda a conduta de autoria, assim como de participação, envolve um contexto, devendo-se, por regra, levar em consideração o mundo valorativo que circundava a conduta à época de sua prática⁷⁵.

Esse debate acerca da denominação dessas condutas, no entanto, nos parece um pouco irrelevante. De fato, as ações neutras existem e, especialmente no contexto da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro, tendem a ser, inclusive, usuais por conta das imposições normativas atualmente existentes na Lei n.º 9.613/1998. A nomenclatura utilizada para esses casos, certamente, serve para caracterizar diversas condutas que, em sua essência, possuem semelhanças

⁷³ PRADO, Geraldo. **Ações neutras e a incriminação da advocacia**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 12/10/2017.

⁷⁴ GARCÍA, Maria José Cuenca. **Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva** (comentario a la SAP Barcelona, Sección 2ª, 728/2002, de 25 de Julio). Revista Penal, n.º 32, Barcelona, Espanha: julho/2013.

⁷⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras** – algumas notas corretivas para o debate brasileiro. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 216. São Paulo: IBCCRIM, nov/2010.

consideráveis e sugerem um tratamento dogmático diferenciado, em virtude das teorias tradicionais de imputação criminal serem insuficientes em seu particular. Agora, indubitavelmente, uma ação que não ingressa na esfera do injusto é atípica, ao passo que aquela que transpõem essa barreira é uma conduta típica. A grande diferença é que as ações neutras são bastante discrepantes das situações ordinárias de participação no ilícito penal e, em razão disso, sustentam essa denominação, justamente, para a sua identificação.

É dizer, portanto, que tais ações são condutas estandardizadas, cotidianas e inócuas. Pela sua natureza, não apresentam internamente qualquer viés de antijuridicidade, em que pese contribuam para fato típico alheio. A questão da ubiquidade é bastante importante para aferir, ademais, a neutralidade da ação, fundamentalmente para caracterizar o requisito cotidianidade. Ora, se porventura o autor de delito buscar no interveniente neutro a consecução de parcela de seu *iter criminis*, por certo, poderá buscá-lo em qualquer indivíduo. Exemplificativamente, se o padeiro vende pão a sujeito que tem por intento envenenar outrem utilizando-se daquele alimento, este primeiro não comete qualquer ilícito de índole penal. Sua conduta é neutra, especialmente porque se ele não vender para o autor, bastará que este último ande algumas quadras para encontrar outra padaria, onde, certamente, conseguirá adquirir o pão.

À base destes conceitos, observa-se que as ações neutras podem ser materializadas em alguns exemplos clássicos da doutrina, como é o caso do taxista que presta serviços a assaltantes de banco, do dono da loja de ferramentas que vende uma faca que será utilizada em um homicídio, dentre outros. No entanto, para fins do presente trabalho, utilizaremos e, ao depois, analisaremos, os exemplos do advogado que recebe honorários advindos da prática delitiva e do *compliance officer* de instituição financeira que, por meio de uma omissão em reportar movimentações atípicas aos órgãos de controle, acaba por incorrer em fato típico alheio.

Nesse panorama, há, na doutrina, três posicionamentos que indicam respostas jurídico-penais à punibilidade das ações neutras:

- a) de que não há exceção, modo que toda a conduta de participação que incorrer em fato típico alheio é punível, de sorte que, em última instância, se buscará nas teorias da pena uma gradação para o seu castigo;

- b) de que há relevância penal nessas condutas, contudo, os agentes estão – sempre – abarcados pelas causas de justificação e, a linha majoritária;
- c) que também admite relevância penal nessas condutas, porém insere a problemática dentro do tipo – teoria chancelada por autores como Roxin, Otto, Ambos, Jakobs, Frisch, Robles Planas etc⁷⁶.

Por certo, as correntes doutrinárias “a” e “b” não serão objeto do trabalho, pois, em seu âmago, a primeira reproduz as principais críticas em relação à participação criminal e produziria uma incontrollável insegurança jurídica e, a segunda, estabelece conceitos muito vagos e tende a generalizar um problema que é mais complexo do que aparenta⁷⁷.

Quer dizer, a primeira proposição teórica, inclusive, traz uma solução anacrônica e conveniente para lidar com um percalço muito mais complexo. A bem da verdade, em comparação, é uma resposta que remete a dogmática a entraves superados que geravam insegurança como a causalidade, a qual, em seu início, abria a possibilidade para se imputar criminalmente o fabricante de uma arma por homicídio, na hipótese de utilização do artefato para a consecução de um assassinato. A segunda, em seu turno, estabelece, factualmente, conceitos muito genéricos e tendem a criar, também, insegurança jurídica.

Focaremos, dentro dos limites deste trabalho, portanto, nas teorias criadas no âmbito da tipicidade, as quais se dividem em *objetivas*, *subjetivas* e mistas⁷⁸ – compreende-se, para fins terminológicos, que o subjetivo se vincula a psique do agente, isto é, questões internas, ao passo que objetivas “*se refiere concretamente a*

⁷⁶ BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.

⁷⁷ Acrescendo uma contribuição, no plano normativo, também se buscou ensejar um tratamento legal para as ações neutras, principalmente no tocante ao delito de lavagem de dinheiro, o qual, por sua natureza, apresenta contributos jurídico-penais bastante consistentes. Conforme aduz Blanco Cordero, na Alemanha houve um projeto de lei, em 1990, para alterar dispositivo que tipifica o crime em tela e, por via de consequência, declarar a impunidade de condutas, referentes à lavagem de dinheiro, que fossem levadas a cabo em virtude de lei ou relativamente à contraprestação de serviços – esta última, inclusive, poderia abarcar a situação envolvendo o advogado que recebe honorários advindo de práticas delitivas. Essas ações, por certo, abarcariam as denominadas neutras. O governo alemão, porém, rechaçou tal normativa. Nesse sentido: CORDERO, Blanco. **Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales**. Barcelona, Espanha: ADCP, vol. I, p. 263-291.

⁷⁸ Nesse ponto, importante esclarecer que as chamadas “teorias mistas”, em muitos autores estrangeiros, é inexistente, sendo essa conceituação trazida por Lobato. Por exemplo, nos demais doutrinadores – tanto alemães, como latinos – Roxin é inserido como um defensor da teoria subjetiva, ao passo que Lobato o reconhece como um adepto da teoria mista. Adotaremos, a conceituação trazida pelo autor brasileiro.

*lo externo, que se sustrae a lo psíquico*⁷⁹. Além destas, alguns juristas buscaram dar resposta à problemática a partir de soluções principiológicas, como veremos a seguir.

3.2 SOLUÇÕES PRINCIPOLÓGICAS

Com o escopo de dar resposta à controvérsia atinente às ações neutras, alguns juristas buscaram a solução no contexto da teoria da adequação social. Assim, na esteira de Welzel, se consideram socialmente adequadas as condutas que se demonstrem no âmbito regular de seu exercício, ainda que sejam consideradas prejudiciais. Exemplo disso é a subsunção de tal princípio ao caso de não responsabilização de um vendedor de bebidas alcoólicas pelo cometimento de crimes por seus clientes na direção de veículos automotores, a não ser, evidentemente, que ele esteja em posição de garantia⁸⁰. Na esfera da participação criminal:

*Se considera socialmente adecuada la conducta de aquel individuo que se comporta conforme a las normas o usos habituales de la actividad profesional que desempeña y, a pesar de ello, favorece, conscientemente, un delito ajeno*⁸¹.

De tal arte, entende-se por “adequação social” as ações que aparentam normalidade situadas dentro de um contexto histórico, as quais não são puníveis, uma vez que socialmente adequadas. Melo de Lima aponta, contudo, que, hodiernamente, a aludida doutrina é compreendida como “um princípio de interpretação das normas penais, sofrendo crítica no tocante à amplitude da expressão ‘adequação social’”⁸².

Blanco Cordero, em seu turno, aponta que ações socialmente adequadas são aquelas alheias à suspeita da vida social, posto que estão dentro dos limites demarcados pela liberdade de ação social. Nessa senda, incluem-se como ações

⁷⁹ CARO JOHN, Jose Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales**: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B, p. 421-450, 2005, p. 426.

⁸⁰ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

⁸¹ BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.

⁸² LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. p. 38.

adequadas socialmente, dentre outras, as privações irrelevantes de liberdade e as lesões corporais ínfimas⁸³.

Noutro plano, Mercedes Pérez Manzano critica a proposta da adequação social para lidar com as ações neutras, pois a sua perspectiva genérica incide, no mais das vezes, na absoluta descontextualização do fato, o que pode gerar equívocos no estabelecimento da participação punível. É dizer, que:

El criterio de la adecuación social de las conductas efectúa una valoración genérica de las conductas como estereotipos, de modo que el carácter socialmente adecuado se predica de ellas en la medida en que el hecho pertenece a la clase de conducta estereotípicamente habitual o cotidiana⁸⁴.

Outra solução principiológica às ações neutras se refere em relação ao princípio da insignificância, uma vez que, em não havendo um grau mínimo considerável de lesão ao bem jurídico tutelado, o fato é atípico⁸⁵.

Há, de igual modo, a questão do princípio da confiança, o qual, em grande medida, se desenvolve em relação aos crimes de trânsito, como diria Roxin, de sorte que este é um dos critérios de determinação do risco permitido. Em suma, pode-se compreender tal princípio na ideia de que a convivência em sociedade pressupõe uma confiança entre os indivíduos para com o cumprimento das normas jurídicas, de modo que não se admite, portanto, responsabilidade penal daquele que deposita confiança em um terceiro que acaba por violar esse pacto social. Um clássico exemplo é a inadmissibilidade de imputação penal de um agente que atropela uma pessoa que, de surpresa, atravessa uma rua quando o sinal para pedestres estava fechado⁸⁶. Não se aplica, contudo, tal princípio quando a conduta se demonstra inclinável ou propensa

⁸³ CORDERO, Blanco. **Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales**. Barcelona, Espanha: ADCP, vol. I, p. 263-291.

⁸⁴ MANZANO, Mercedes Pérez. Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutras”. La sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid, Espanha: p. 789-935, p. 816.

⁸⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

⁸⁶ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. 174p.

que seja perceptível ao fato delituoso. Por conta disso, Lobato aduz que tal teoria não pode se vincular às ações neutras, pois seu campo de atuação é limitado⁸⁷.

Por último, existe a proibição de regresso, a qual, na intelecção de Muñoz Conde, consiste na ausência de imputação daquele que, em que pese ter criado o risco do resultado, este somente se perfectibilizou por conta de um fato doloso cometido por um agente alheio, evitando-se, assim, a responsabilidade penal *ad infinitum*. Segundo Lobato:

O problema das ações neutras reside justamente no surgimento desse 'grau de solidariedade' ou no conhecimento, pelo partícipe neutro da inclinação perceptível do autor à prática do fato delituoso. Ou seja, a proibição de regresso não avança justamente onde se inicia o campo das ações neutras⁸⁸.

Dentre as outras teorias que andam nesse sentido, também se avulta a doutrina da "solidarização com o injusto alheio", a qual se funda na adesão do agente para com a conduta do outro partícipe ou coautor, ao escopo de averiguar a relevância penal da conduta neutra. Ou seja, se for verificado no caso concreto que o agente se solidarizou com o injusto alheio – aparentemente uma conduta neutra ou cotidiana – ao agente também é imputada a prática do delito, em coparticipação. Adverte Melo de Lima, no entanto, que tal proposição – alavancada por Schumann – é criticada por parcela da doutrina, uma vez que "a referida teoria tem assento na relação entre o autor e o terceiro, deixando de lado a configuração da própria conduta"⁸⁹.

Ocorre, contudo, que as mencionadas soluções, pautadas em princípios, revelam-se insuficientes para aferir a participação punível no universo das ações neutras. A adequação social pode dar cabo à criação de estereótipos, gerando, com isso, a abertura para tratamentos idênticos a condutas diversas. A insignificância é muito genérica e não necessariamente poderá se dizer que a lesão ao bem jurídico, pelo partícipe, não terá relevância jurídico-penal, porquanto tal ficará vinculada ao resultado. O princípio da confiança, em seu turno, não pode ser sopesado

⁸⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

⁸⁸ Ibidem, p. 119.

⁸⁹ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. p. 42.

isoladamente, sendo melhor utilizado para a aferição do risco, em conjunto com outros critérios.

3.3 TEORIAS NO ÂMBITO DA TIPICIDADE

Nesse sentido, verificada a insuficiência das teorias que extrapolam o âmbito restrito da tipicidade, é que se buscou solucionar o problema das ações neutras ou cotidianas a partir de respostas inseridas no tipo objetivo e subjetivo. Há quem, ademais, sustente a existência de teorias mistas, as quais entrelaçam soluções dentro tanto do plano objetivo, como subjetivo.

Dentro desse escopo, no tipo será possível aferir grande parcela das teorias existentes acerca do tema, tanto no direito penal alemão e espanhol, como também no brasileiro. Tem-se, por certo, que a discussão aventada no bojo desse trabalho transpassa, necessariamente, pelo tipo, sendo insustentável pautar a contenda em outras searas, como no aspecto principiológico ou em um viés mais repressivo de punibilidade dessas condutas, levando-se à risca o inserto no art. 29 do Código Penal, sem um delimitador plausível.

Agora, reside, porém, um ferrenho debate dogmático entre os autores que sugerem a exclusão da tipicidade, de pronto, a partir de critérios estabelecidos no plano objetivo – defendido, dentre outros juristas, por Luís Greco -, e aqueles que demandam a necessidade de aferição do elemento subjetivo para que se apure a responsabilidade criminal do partícipe neutro. Por fim, a corrente doutrinária que possui também sua especial relevância na discussão é aquele que adota uma teoria mista, utilizando-se de preceitos atinentes tanto ao tipo objetivo – com critérios oriundos de teorias como a imputação objetiva – e subjetivo.

3.3.1 Tipo Objetivo

Em relação às teorias objetivas, Jakobs, um de seus defensores, expõe o seu argumento iniciando por algumas premissas a partir da acessoriedade e pressupostos da organização em comum: a primeira se vincula à necessidade da ação principal ser culpável ao agente; a segunda que uma mera participação do agente antes da realização do tipo não leva à sua reprovação e; haverá participação quando o autor e

o partícipe atuarem de comum acordo, de modo que o primeiro deverá quebrar o seu papel de cidadão. Assim, entende Jakobs que o partícipe somente poderá ser imputado se o fato for afeto a si e não por ter coproduzido o fato de outrem. O partícipe que atua anteriormente à realização do tipo possui um viés objetivo, na medida em que somente será imputado se este compor o contexto delitivo, como, por exemplo, “dar orientações para que alguém adentre em um banco e não seja visto pela segurança que lá trabalha, o que difere radicalmente da mera explicação sobre o funcionamento de um cadeado”⁹⁰.

Destarte, esse sentido objetivo está ligado ao contexto. Se um autor conduz um comportamento estereotipado e socialmente adequado à prática delitiva, não haverá crime, a não ser que o agente seja garante. Um exemplo trazido por Lobato é o seguinte: determinados terroristas compreendem que a instauração de procedimentos de caráter criminal contra seu grupo constitui uma ameaça e uma afronta a sua organização e, por conta disso, decidem assassinar o Ministro da Justiça. Nesse cenário, a responsabilidade criminal tão somente se projetará aos terroristas e não aos juízes e servidores da Polícia que deram curso às investigações, em que pese a relação de causalidade entre a atuação destes e o resultado⁹¹. Demais, para Jakobs, os conhecimentos especiais do agente neutro, em tese, são irrelevantes⁹².

Lowe-Krahl, em seu turno, analisa a problemática das ações neutras a partir do crime de sonegação fiscal levado a efeito por meio de instituições bancárias, defendendo, assim, cinco critérios para determinação da responsabilidade criminal dos agentes financeiros. O primeiro assevera que a observância às regras e regulamentos atinentes à espécie não poderá ser sopesado para fins criminais; o segundo refere que os agentes financeiros não podem ser responsabilizados quando atuarem dentro do âmbito profissional e quando há possibilidade de o autor buscar dar sequência à operação ilegal em outra instituição; o terceiro aponta que o bancário será passível de responsabilização criminal se, porventura, vincule sua conduta ao fato criminoso, de modo visível e perceptível; o quarto afirma que será responsável

⁹⁰ JAKOBS apud LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155, p. 120.

⁹¹ Ibidem.

⁹² BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.

criminalmente o agente financeiro, caso a instituição na qual trabalha tenha exclusividade em proceder com determinada operação necessária ao autor para consecução do ilícito e, por último; se o agente financeiro for garante será, indubitavelmente, passível de responsabilização penal⁹³.

Considera-se como uma conduta substancialmente não perigosa para o bem jurídico tutelado, se o agente financeiro não dispor de exclusividade em relação à operação que possa dar curso a um ilícito penal, na medida em que a conduta participativa não só está relacionada à liberdade geral, como também ao próprio princípio constitucional da liberdade de exercício profissional. Derradeiramente, Lowe-Krahl defende que a ausência de punibilidade das condutas de agentes financeiros se vincula, em última análise, aos cursos causais hipotéticos que vedam a imputação objetiva dos resultados, não residindo, portanto, na neutralidade da conduta⁹⁴.

Em igual sentido, Hassemer também analisa a partir da relação entre atividades bancárias e o delito de sonegação fiscal. Argumenta, *a priori*, que somente se construirá uma participação punível aos agentes bancários se estes fossem alçados à condição de auxiliares dos órgãos reguladores da prevenção e investigação criminal. Hassemer conceitua as ações neutras como aquelas que “preenchem os pressupostos tradicionais do injusto da cumplicidade, mas que, ao final, não constituem nenhum injusto objetivo de cumplicidade”⁹⁵.

Para ele, são prestações de auxílio a terceiro que não tem qualquer intenção objetiva de injusto, de modo que, imanentes às ações neutras, são a cotidianidade e o sentido de normalidade. De tal arte, será punível, porém, as condutas que excedam a essa perspectiva e que se entrelacem a um contexto criminal. Assim, pode-se perceber que a averiguação da neutralidade das condições é aquela que busca a linha divisória entre o Direito Penal e o cotidiano (normas sociais e penais). A solução, para Hassemer, está na adequação social e na incessante busca de seus limites. Ou seja, a segmentação da adequação social passa por individualizar grupos, dando gênese à

⁹³ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ HASSEMER apud LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155, p. 125.

adequação regional, a qual deverá atender a um campo de ação socialmente pré-estruturado que contenha componentes normativos. Da mesma forma, a adequação profissional possui dois conceitos basilares que são a profissionalidade e a adequação propriamente dita⁹⁶.

Klaus Luderssen também adepto à teoria objetiva, aventa que, no que tange à punibilidade dos agentes financeiros, se, eventualmente, o criminoso desejar não declarar impostos à Receita Federal, este não necessitará do auxílio da instituição financeira. Remonta, no entanto, que em algumas hipóteses o agir do bancário pode conter um sentido delitivo, o qual será passível de punibilidade pelo crime de favorecimento real ou pessoal. Alude que se a ação do agente financeiro estiver em harmonia com o respectivo ordenamento jurídico, não haverá, sequer, punição pelo crime de favorecimento real ou pessoal, pois a norma não dispõe que será necessário o isolamento ou o boicote social do autor do fato. No que pertine à comunicação de transações financeiras, só haverá a imposição de pena se houver um dever de garantia, ao passo que somente existirá participação punível se houver um dever bancário nesse sentido, não bastando um dever genérico, mas sim um específico. Segundo o jurista, na Alemanha não há nenhum dever específico que estabeleça a obrigação de impedir um resultado ao bancário, de sorte que estes não podem ser considerados omitentes impróprios. Conclui no sentido de que a punibilidade será admitida quando o agente extrapolar o risco permitido⁹⁷.

Kai Ambos explica o fundamento do pensamento dos autores acima delineados no seguinte sentido:

Sostiene que las acciones cotidianas no deben siquiera ser subsumidas bajo el tipo objetivo de la complicidad, pues se trata de conductas jurídicamente irrelevantes y, por tanto, no pueden ser criminalizadas por el simple hecho de que un terceiro autorresponsable haya abusado de ellas para cometer un delito⁹⁸.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

⁹⁸ AMBOS, Kai. **La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales**. Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas, Buenos Aires, n.3, p.107-121, 2003, p. 200.

Caro John, ademais, explica que a tipicidade objetiva se concretiza com a criação de riscos não permitidos, uma vez que, em certos contextos, a sociedade permite a criação de riscos considerados necessários às relações sociais, como, por exemplo, a utilização de veículo automotor. Muito embora seja um risco iminente à sociedade, não é viável que se proíba a utilização de carros. Assim, na óptica do autor, as ações neutras puníveis nada mais são do que a concreção no resultado do risco juridicamente desaprovado⁹⁹.

3.3.2 Tipo Subjetivo

Em outra linha de raciocínio, representando a teoria subjetiva, Harro Otto assevera que o agente que desconhece e que não se propõe a fomentar o injusto alheio não pode ser imputado, ainda que atue com dolo eventual, se a sua conduta integrar as ações profissionais ou especificamente adequadas. Para Otto, em relação às operações financeiras, afirma que não poderá se atribuir responsabilidade penal às transações que sejam tipicamente profissionais e regulares. No entanto, defende que poderá haver participação criminal quando o agente conhece e percebe a existência de indícios que levem a crer que o terceiro possui fins delituosos¹⁰⁰.

Em que pese isso, Otto argumenta que se trata de uma grave violação ao livre exercício profissional, porém reconhece o permissivo na legislação alemã, na medida em que há o tipo negligente da lavagem de dinheiro no ordenamento – a conduta aqui não se dá, porém, por cumplicidade, mas sim coautoria de crime culposo. Para Otto, a responsabilidade penal está no elemento subjetivo, ou seja, no conhecimento do partícipe em relação à empreitada criminosa¹⁰¹.

Bosch, de igual modo, explica o pensamento de Otto a partir da distinção por ele realizada entre as ações neutras praticadas no âmbito laboral e no privado. No primeiro, se o partícipe não conhece que a sua conduta será voltada a produzir um resultado delitivo, não poderá ser punido, ao passo que “*en las acciones neutrales de*

⁹⁹ CARO JOHN, Jose Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales**: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, B, p. 421-450, 2005.

¹⁰⁰ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

¹⁰¹ Ibidem.

carácter privado considera suficiente que el interviniente ‘crea reconocer el peligro concreto de que se cometa el peligro’¹⁰².

Advogando na mesma corrente doutrinária, Schild Trappe defende que para haver cumplicidade, basta a adesão psicológica do agente, bem como a manifestação de solidariedade, ainda que não haja influência na decisão da realização do tipo. Assim, o agente do fato deve conhecer e reconhecer a ajuda do partícipe¹⁰³.

Para García, as teorias subjetivistas “*interpretaban los actos neutrales como un problema de tipo subjetivo, hasta el punto de derivar hacia el dolo los conocimientos especiales del sujeto*”¹⁰⁴. Ou seja, tais respostas pautadas no tipo subjetivo albergam os conhecimentos especiais do sujeito como um critério volitivo e não como pressuposto para levantamento do risco permitido.

Blanco Cordero expõe as orientações doutrinárias, referentes ao tratamento jurídico-penal das condutas socialmente adequadas ou neutras, a partir da composição dogmática do crime de lavagem de capitais. Dentro deste panorama, alude, em um primeiro momento, para as teorias que visam a delimitar tipicamente as preditas condutas relativas ao tipo subjetivo. Para um setor da doutrina, como se vislumbra neste tópico, a resolução dogmática do problema das ações neutras está no dolo direto e, concretamente, no dolo eventual¹⁰⁵.

Dessa feita, para uma ação, à luz da compreensão debatida, deixar de ser neutra e se postar no âmbito do ilícito jurídico-penal, é preciso que o agente empreenda a sua conduta com dolo direto e inequívoco de contribuir para o injusto alheio. Do contrário, se entende que estas condutas – que, dentro de um contexto, se mostram típicas e antijurídicas – restariam impunes sob o falso argumento de se tratarem de contribuições neutras ou cotidianas¹⁰⁶.

¹⁰² BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.

¹⁰³ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

¹⁰⁴ GARCÍA, María José Cuenca. **Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva** (comentario a la SAP Barcelona, Sección 2ª, 728/2002, de 25 de Julio). Revista Penal, n.º 32, Barcelona, Espanha: julho/2013, p. 7.

¹⁰⁵ CORDERO, Blanco. **Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales**. Barcelona, Espanha: ADCP, vol. I, p. 263-291.

¹⁰⁶ Ibidem.

Noutro turno, tocante ao dolo eventual, a questão se projeta mais complexa. Conforme explica Cordero, a doutrina aponta diversas contribuições jurídico-penais para o tema. Uma destas é a avaliação do injusto a partir de critérios delimitados pelo risco permitido. Destarte, se o agente não excede a um risco permitido, restará impune se, porventura, incorrer em fato típico. Daí não há novidade alguma, posto que é sabido, com esteio nos meandros da teoria da imputação objetiva, que, como bem nomeia a predita teoria, ficará alheio à responsabilização penal o agente, o qual, objetivamente, atua dentro do risco permitido e não proibido¹⁰⁷.

O adendo de tal critério teórico se projeta em relação à aferição da tipicidade do injusto, tendo, por norte, o seguinte exemplo: o condutor, dentro da velocidade máxima permitida na via, acaba por atropelar e matar uma pessoa que, repentina e inesperadamente, atravessa a via, estará este albergado pelos limites deduzidos do risco permitido. Se, por outro lado, o motorista sabe ou tem condições de saber que haverá o cruzamento na rodovia e, mesmo assim, mantém hígida a sua conduta – e indiferente em relação ao resultado – a resposta seria pela tipicidade de sua ação¹⁰⁸.

Outra hipótese, ainda referente aos critérios para aferição do dolo eventual nas denominadas ações neutras ou socialmente adequadas, se dá pela distinção do indivíduo que incorre no ilícito. Se, por acaso, forem levadas a cabo condutas suspeitas ou propensas à prática de branqueamento de capitais, a título de exemplo, por pessoas que são obrigadas legalmente a terem maiores cuidados – ou, até mesmo, deveres claros de *compliance* – o tratamento jurídico-penal, à base do dolo eventual, se projetará distinto em relação às pessoas que não estão abarcadas pelas normativas. É dizer, estando o agente obrigado em situação que demonstre, por seus pormenores, estar sujeita, a toda evidência, à possível prática de crime de lavagem de capitais, o correto, por parte deste indivíduo, é não levar a cabo a operação¹⁰⁹.

Robles Planas, em seu turno, entende que as teorias subjetivistas dependem da aferição de diversos aspectos dentro da problemática das condutas neutras, dentre eles a existência de um risco juridicamente desaprovado de cooperação do lado

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

subjetivo do interveniente – o dolo -, a convicção ou a segurança de que o fato futuro ocorrerá, a finalidade e a relevância dos conhecimentos especiais do agente¹¹⁰.

Em certa medida, Planas critica as teorias subjetivistas, posto que incorrem em erro metodológico de analisar o problema diretamente sob o tipo subjetivo, sem antes avaliar a problemática no campo da perigosidade objetiva ou intersubjetiva. Da forma como exposta, as doutrinas de cariz subjetivas punem o partícipe que sabe o que ocorrerá depois, em clara contradição ao princípio *cogitationis poenam nemo patitur*, segundo o qual veda a punição do agente que, muito embora conheça ou deseje, em seu ambiente privado, a consecução do ilícito penal, não manifesta externamente uma conduta objetivamente perigosa. É dizer: não se pode punir o pensamento¹¹¹.

Veja-se que as doutrinas objetivistas não se desvinculam, às inteiras, de critérios subjetivos, posto que a fundamentação, a título de exemplo, do risco permitido pode ter amparo nos conhecimentos especiais do agente, vale dizer, dados subjetivos. Assim, pontua, nesse particular, Roxin:

Fica provado, unicamente, que também fatores subjetivos podem desempenhar um papel na imputação objetiva. A imputação objetiva se chama 'objetiva' não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição de responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo. De qualquer maneira, deve-se ter em mente que a imputação objetiva também é influenciada por critérios subjetivos. Ações humanas e, também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos¹¹².

De tal modo, a questão que se projeta em relação aos conhecimentos especiais do agente não pode, automaticamente, decretar que o agente excedeu a um risco permitido. O próprio conhecimento dos intentos delitivos do autor pode ser um dado sem a mínima relevância normativa, porquanto, como se disse, não se pune o mero

¹¹⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las “conductas neutrales” en derecho penal**. La discusión sobre los límites de la complicidad punible. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 70, ano 16, p. 190-228, jun/2008.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2.^a ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

conhecimento ou o pensamento. Assim, são critérios de ordem normativa que deverão inculcar relevância a todas as circunstâncias do fato delitivo¹¹³.

Ademais, no que toca ao dolo eventual, a doutrina aponta, ancorada em Roxin, que há a possibilidade de existir, contudo, em grande parte dos casos, o comportamento neutro, que estaria abarcado pelo princípio da confiança¹¹⁴.

3.3.3 Convergência entre o Tipo Objetivo e Subjetivo

A doutrina também envidou esforços para solver a problemática a partir de soluções constantes no âmbito do tipo objetivo, como também subjetivo. Nesse panorama, Lobato acentua que, para avaliar tipicidade em Direito Penal, a aferição da presença do dolo é fato incontroverso. Por isso, não poderá se pensar em participação criminal fora do contexto da ação principal, inclusive porque a homogeneidade do elemento subjetivo e vinculação à ação principal são primados da tipicidade da participação criminal¹¹⁵.

Knut Amelung, nessa senda, trata das ações neutras em três níveis de análise: no tipo objetivo, subjetivo e nas causas de justificação. Primeiro aduz que há grupos de ações que não são, *a priori*, puníveis e que, porém, são essenciais à atividade humana. Em relação ao tipo subjetivo, Amelung defende que a problemática das ações cotidianas deve ser tratada dentro do âmbito do risco permitido. Admite que não haverá isenção de punibilidade quando houver indícios concretos de que o ato neutro auxiliará diretamente na consecução do fato penal alheio, se o agente se demonstrar alheio ou indiferente à ocorrência do crime. Em relação às causas de justificação, Amelung se vale de condições afetas ao Direito Positivo alemão¹¹⁶.

Frisch, noutro turno, inaugura a análise a partir do seguinte questionamento: se o autor do fato é autorresponsável, como fundamentar convincentemente uma pena ao partícipe? O autor explica que apenas haverá responsabilidade penal se a ação for idônea, adequada e necessária à proteção de bens jurídicos, vale dizer, a análise

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ DIAS, Leandro. **Los comportamientos neutrales en el derecho internacional penal**: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Revista de derecho penal y procesal penal. n. 3, 2013, p. 492-505.

¹¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras** – algumas notas corretivas para o debate brasileiro. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 216. São Paulo: IBCCRIM, nov/2010.

¹¹⁶ Ibidem.

dependerá da ponderação entre a liberdade geral de atuar e a proteção dos bens jurídicos¹¹⁷.

Segundo Frisch, há dois pressupostos para a incriminação da participação por meio das ações neutras: sentido delitivo e violação de uma norma de solidariedade. Salienta-se que tais critérios não são cumulativos, sendo, pois, alternativos. O primeiro se caracteriza por ser um comportamento que, inevitavelmente, servirá à promoção da conduta do autor do delito, pautada pela convenção entre autor e partícipe ou uma ação fundada em uma comunicação pretérita dando conta de que o partícipe tem ciência da intenção do autor. Em relação à violação a uma norma de solidariedade, Frisch:

(...) argumenta que, se pessoas sem relações especiais, sob certos pressupostos, estão obrigadas a impedir um certo e iminente curso criminal, com muito mais razão, uma conduta acessória será reprovável quando, nessas mesmas circunstâncias, aumentar o risco do resultado, facilitando a realização, pelo terceiro, do fato atentório ao bem jurídico tutelado¹¹⁸.

Demais, na esteira de Caro John – sob a influência de Frisch –, assevera que os conhecimentos especiais não constituem elementos vinculantes para fundamentar a participação, como o carteiro que entrega uma correspondência, mesmo dando conta da existência de uma bomba dentro desta. Não é o que ocorre, porém, se o partícipe se vale de conhecimentos especiais para instrumentalizar e manipular fins delitivos¹¹⁹.

Robles Planas compreende que os autores que defendem a resolução do problema das ações neutras, com amparo em teorias de cunho eminentemente objetivista, acabam, quando confrontados com casos realmente problemáticos – diga-se, aqueles que o agente possui conhecimentos especiais – se valendo de critérios subjetivos. Ainda, entende que a proposta de Frisch se aplica a algumas hipóteses, isto é, naquelas que, de pronto, se verifica que a proibição da conduta se mostra

¹¹⁷ BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>; acesso em: 29.07.2016.

¹¹⁸ FRISCH apud LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155, p. 133.

¹¹⁹ CARO JOHN, Jose Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales**: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, B, p. 421-450, 2005.

idônea à proteção do bem jurídico. Porém, o ponto nevrálgico, de acordo com o predito jurista, é a impertinência da teoria quando o agente possui conhecimentos especiais¹²⁰.

Contudo, o fato de uma ação neutra incorrer em fato típico alheio não é justificativa automática de impunidade total da conduta, uma vez que quando o partícipe coloca em risco, ou cria condições de perigo concreto a terceiros, a sua ação deverá se pautar pelo dever de solidariedade mínima. Voltamos, nessa quadra, ao exemplo do carteiro. Se este possui conhecimentos específicos sobre bombas e, inclusive, sobre desarmá-las, é esperado dele, enquanto cidadão, um dever mínimo de solidariedade, ao escopo de evitar o resultado delitivo. Porém, se este, fatalmente, ocorrer, o crime praticado será, possivelmente, a omissão de socorro ou qualquer outro tipo penal nesse sentido, em face de sua ausência de solidariedade. É preciso ter em mente, ademais, que, na inteligência de Caro John, os códigos penais não devem somente ser compostos por deveres negativos, porquanto, junto a estes, devem existir deveres positivos de uma solidariedade mínima, ao escopo de contribuir para o funcionamento e asseguramento do sistema social. O dever de solidariedade, ainda, não pode se confundir com o dever de garantia, de modo que não é aceitável que o agente responda como partícipe se violar um dever de solidariedade mínima. Ao revés, se, porventura, o agente estiver em uma posição de *garante*, responderá pelo fato delitivo¹²¹.

Roxin pontua que a participação será punível quando haja uma resolução direta ao fato, pelo partícipe, que intensifique ou motive o agir do autor, de modo que não é somente necessária a solidarização do partícipe com o autor do fato. Assim, somente haverá cumplicidade quando houver um incremento de risco para a vítima e a possibilidade de êxito da empreitada criminosa pelo autor. Em relação às ações neutras, Roxin defende que não haverá cumplicidade punível para todos os casos de incremento causal doloso do risco, argumentando que a cumplicidade se torna punível, também, através do sentido delitivo do partícipe. De tal forma, para haver responsabilidade penal do partícipe que atua no exercício de sua profissão ou através

¹²⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las “conductas neutrales” en derecho penal**. La discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, vol. 70, ano 16, p. 190-228, jun/2008.

¹²¹ CARO JOHN, Jose Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales**: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B, p. 421-450, 2005.

de uma ação cotidiana, deve este coincidir com o favorecimento de um delito, assim como ter conhecimento manifesto do intento delitivo do autor¹²².

O jurista alemão pontua que é impossível a consideração de cursos causais hipotéticos no âmbito da cumplicidade, mesmo em ações neutras. Defende que não existe ação cotidiana e que a ação somente se caracteriza por sua finalidade, como, por exemplo, “a instrução de manejo de arma de fogo será uma ação cotidiana e neutra se ocorrer durante a prática desportiva em um clube de tiro”¹²³. Esclarece, ademais, que quando o partícipe atuar sem o conhecimento da prática delitiva estará abarcado pelo princípio da confiança, porém, tal não se aplicará se houverem indícios claros do intento delitivo do autor¹²⁴. Alude Robles Planas, de igual modo na seara subjetiva, que uma ação terá referência a um sentido delitivo quando, excluído o fato do interveniente, a conduta criminosa do autor não pode ser levada adiante¹²⁵.

Quer dizer, ao partícipe é facultada a possibilidade de acreditar que o autor não cometerá nenhum fato ilícito, com amparo no princípio da confiança. No entanto, se os intentos delitivos forem notoriamente externados, haverá, então, responsabilidade penal a título de participação¹²⁶. Dentro desse aspecto, se enquadram possibilidades similares ao dolo eventual, considerando a hipótese de o partícipe neutral apenas ter em mente a probabilidade de possível atuação delitiva pelo autor, em face da incidência do princípio da confiança¹²⁷.

Robles Planas, em sua proposição teórica, elenca dois critérios de imputação, quais sejam a infração a deveres especiais que o ordenamento jurídico reconhece e, na inexistência destes, adota um critério restritivo de adaptação da ação ao fato. Em relação aos deveres especiais, tais se relacionam à figura do garante. No que concerne à adequação ao fato, “*para poder determinar la creación de un riesgo penalmente desaprovado será necesario exigir que el sujeto configure a su conducta*

¹²² Ibidem.

¹²³ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las “conductas neutrales” en derecho penal**. La discusión sobre los límites de la complicidad punible. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 70, ano 16, p. 190-228, jun/2008.

¹²⁶ AMBOS, Kai. **La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales**. Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas, Buenos Aires, n.3, p.107-121, 2003.

¹²⁷ CARO JOHN, Jose Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales**: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, B, p. 421-450, 2005.

*de forma tal que ésta pase a formar parte inequívoca del hecho delitivo*¹²⁸. O jurista propõe, *de lege ferenda*, que se crie uma figura delitiva que seja voltada à violação do dever de solidariedade com uma pena que esteja de acordo com o desvalor da ação, como um tipo de omissão de dever de impedir determinados delitos¹²⁹.

3.4 AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Alguns juristas brasileiros, em face da crescente importância dada ao problema atinente ao interveniente neutro, houveram por desenvolver estudos acerca do tema. Por certo, como se viu alhures, os maiores contributos dogmáticos se vinculam à doutrina alemã e, igualmente, à espanhola. Há quem diga que o início desta discussão, globalmente, data de 1917, por meio dos ensinamentos de Ludwig v. Bar¹³⁰, e outrem que afirmam que a problemática teve origem a partir de 1985, por conta de uma decisão em crime de sonegação fiscal prolatada pelo Supremo Tribunal Federal alemão¹³¹.

No Brasil, tem-se conhecimento de que o tema passou a ser tratado após artigo publicado por Flávio Cardoso Pereira em 2002. Em breve escrito, o jurista adverte para a existência de determinadas condutas, as quais, muito embora sejam subsumíveis ao tipo de participação criminal, se projetam para fora do âmbito penal, por se tratarem de condutas socialmente aceitas. Nesse diapasão, para Pereira, os atos neutros “são aqueles nos quais o agente agindo dentro de suas atividades comerciais ou habituais, não desaprovadas sob a óptica jurídica, objetiva com seus atos a atuação com fins próprios e independentes da vontade perseguida pelo autor do fato”¹³².

O problema advindo das ações neutras, em última análise, se vincula a questões imbricadas no âmbito do concurso de pessoas, mais precisamente da cumplicidade. Isso porque alguns autores – tanto de nossa doutrina, como da

¹²⁸ BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales**: estado de la cuestión. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ PEREIRA, Flávio Cardoso. **As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva**. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2002.

¹³¹ LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras** – algumas notas corretivas para o debate brasileiro. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 216. São Paulo: IBCCRIM, nov/2010.

¹³² PEREIRA, Flávio Cardoso. **As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva**. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2002, p. 2.

estrangeira – tendem a compreender que não há diferenciação – ou que sequer existam ações neutras, na forma proposta pela dogmática jurídico-penal – entre tais condutas e aquelas abarcadas pelo art. 29 do Código Penal.

É este o entendimento que norteia a doutrina de José Danilo Tavares Lobato, para quem as condutas não abarcadas – e abertas semanticamente – pelo indigitado dispositivo atinente ao concurso de pessoas no Código Penal são, em princípio, lícitas e não-típicas, o que, ao fim e ao cabo, andam em sentido semelhante. O jurista, ademais, se reveste de argumentos advindos de outras áreas do Direito para sustentar a sua tese, que utiliza o instituto do abuso de direito como delimitador de aferição típica das chamadas condutas neutras ou cotidianas¹³³.

Noutro turno, Luís Greco trabalha a sua compreensão do tema com esteio no princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, fazendo uso basicamente do subprincípio da *idoneidade* como forma de delimitar a tipicidade das condutas em análise. Muito embora indique a insuficiência axiológica do mencionado princípio para ser utilizado como controlador de constitucionalidade, alude que há relevante utilidade deste para a adequação das contribuições neutras. Assim, nesse entendimento doutrinário, deverá se verificar a idoneidade da proibição da conduta e seu alcance ao bem jurídico tutelado, bem como a extensão do risco¹³⁴.

Em panorama diverso, Rassi defende a sua tese amparada em questões próprias da Filosofia do Direito e compreende, em última instância, que a conduta deixará de ser neutra se ultrapassar um risco permitido. E, nessa senda, o aludido risco será dirimido através do dispositivo legal inserto no art. 13, §2.º, do Código Penal¹³⁵.

Ainda, Vinicius Melo de Lima contribui com a sua solução através de aferições de matriz objetivo-subjetiva. Entende o jurista que haverá relevância jurídico-penal se a conduta neutra ultrapassar o âmbito do risco permitido, sendo idônea para gerar lesão ao bem jurídico, tendo o agente um sentido delitivo ou uma inclinável propensão

¹³³ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras** – uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

¹³⁴ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

¹³⁵ RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014, 151p.

à prática do ilícito penal – dolo eventual -, devendo sempre se levar em conta os conhecimentos especiais¹³⁶.

Veremos, a seguir, como se pautou a construção metodológica de cada uma dessas compreensões.

3.4.1 Ações neutras e o abuso de direito

Lobato sustenta a sua teoria a partir da concepção de que inexistem direitos absolutos, havendo, pois, limites no conteúdo e no exercício de tais. Alude que a profissionalidade, neutralidade e cotidianidade são apenas uma capa que vem iludindo muitos daqueles que se preocupam em lidar com o problema da participação criminal através de ações neutras. Isso porque, segundo o jurista, todas as hipóteses de participação criminal são, em princípio, lícitas, uma vez que o legislador, no art. 29 do Código Penal, formulou o dispositivo como uma cláusula aberta ao inserir o termo “concorrer”¹³⁷ – nesse mesmo sentido, Kai Ambos assevera que “*no hay acciones cotidianes per se (...) es posible que toda acción en sí misma neutral sea convertida en una acción delitiva mediante la correspondiente asignación de semejante fin*”¹³⁸.

Isto é, todas as formas de participação são lícitas e amparadas no princípio constitucional da liberdade, somente podendo ser censurada criminalmente, no caso concreto, se concorrer para fato ilícito. À luz dessa inteligência, a partir do momento em que essa conduta, neutra ou não, extrapolar os limites do direito que a ampara (seja ele direito a exercer a sua profissão ou liberdade), tal se inserirá no âmbito do instituto do abuso de direito – o qual, segundo o autor, é atinente à ciência do Direito, em que pese ter sido trabalhada, em sua maioria, pelos juristas cívicos¹³⁹.

Muito embora outrora Lobato tenha se filiado à corrente objetivista¹⁴⁰, em sua obra principal acerca da temática das ações neutras, ele diverge do artigo e, agora,

¹³⁶ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. 174p.

¹³⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras** – uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

¹³⁸ AMBOS, Kai. **La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales**. Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas, Buenos Aires, n.3, p.107-121, 2003, p. 204-205.

¹³⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras** – uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁴⁰ Neste sentido: LOBATO, José Danilo Tavares. **Cumplicidade por meio de ações neutras** – o início (tardio) de um debate. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 64. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005.

não mais compactua com uma resolução tão somente verificada a partir do elemento objetivo. Isso porque a tentação para que se dê uma solução ao problema a partir, unicamente, do tipo objetivo é muito grande, porquanto, em um primeiro momento, o agente atua de forma lícita ou na busca de fins lícitos. Assim, alguns penalistas almejavam delimitar a questão para, por exemplo, evitar a punibilidade daqueles que “somente” exercem a sua profissão e acabam por incorrer em injusto alheio. A resposta, de acordo com a proposição teórica em voga nesse tópico, está no fato de que inexistem direitos absolutos. O fundamento, portanto, está na regra da relatividade dos direitos, sob dois prismas: se o titular do direito o excede, logo restará desamparado dele e; se o exercício do seu direito for direcionado a causar mal a outrem, também não fará jus ao seu pleno uso. Lobato, pois, utiliza o instituto do abuso de direito, no sentido de que o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido, podendo-se concluir que será abusivo todo o exercício do direito que não se coadune com o interesse protegido¹⁴¹.

Especificamente no que toca às ações neutras, o jurista antecipa críticas e justifica a inserção do abuso do direito ao problema, muito embora sejam as ações em comento recorrentes na sociedade, a partir do entendimento segundo o qual o exercício de um direito somente poderá ser legítimo se atender a sua função social e, também, das pessoas envolvidas. Este é o critério que fundamenta a proibição do abuso de direito¹⁴².

Nessa linha de raciocínio, a temática das ações neutras e a sua punibilidade não reside no argumento da causalidade, em razão de sua insuficiência. Em realidade, a proposição teórica sugere que inexistente um viés cotidiano ou neutro de participações criminais, sendo essa afirmação apenas um pano de fundo, cujo escopo é confundir o intérprete a analisar esse tema sob essa roupagem. Há, nessa senda, um potencial ilusório, que pode ser verificado, por exemplo, no direito constitucional ao trabalho, posto que ninguém irá sobrepor tal direito quando dirimir eventual formação de fato típico. Ou seja, à primeira vista, o exercício do aludido direito possui preponderância em relação a qualquer imputação de índole penal¹⁴³.

¹⁴¹ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras** – uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

No entanto, Lobato aduz que o mesmo não ocorre com o direito à propriedade. Ora, se um indivíduo alcança uma faca ao seu vizinho para que este cometa um assassinato, ele estará abarcado pelo direito à propriedade, o qual, dentre outras disposições, tem como premissa a disposição da coisa. Por tais imbróglis, a teoria proposta defende a necessidade de se ater ao sentido delitivo da conduta – próprio das correntes subjetivistas – elencando, de igual maneira, outros argumentos que se incumbirão de dar ao problema um senso de justiça¹⁴⁴.

No que pertine ao direito ao trabalho como forma de impedir o tipo objetivo nos contributos neutros, sugere a mencionada doutrina que é um equívoco, pois, assim como todos os outros direitos, ele possui limitações. De tal sorte, este somente poderá ser utilizado se estiver em consonância com os limites demarcados por seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Em não atendendo a essas premissas, se avultará a figura do abuso de direito¹⁴⁵.

Dentro desta fundamentação, o art. 29 do Código Penal foi, *a priori*, configurado para abarcar condutas lícitas e não-tipificadas, como, por exemplo, segurar uma escada e dar uma carona. Um proprietário de algo não cometerá crime algum se emprestar o seu objeto a outra pessoa, porquanto está fazendo uso do direito de propriedade e de liberdade, que lhe são assegurados. Entretanto, se tal objeto for alcançado a outrem com o fito de praticar, o terceiro, algum ilícito, o proprietário estará abusando de seu direito e ingressando, por via de consequência, na esfera jurídico-penal¹⁴⁶.

Todos estes argumentos levam à compreensão de que o elemento subjetivo é indispensável para a aferição típica das ações neutras. O fato de conduta ter essa classificação – neutralidade ou cotidianidade - em nada modifica a sua análise. Isso porque, *ab initio*, todas as condutas albergadas pelo art. 29 do Código Penal são lícitas e não-típicas. Trazendo à baila a hipótese do taxista que, em sã consciência, leva um indivíduo a algum lugar para que este mate a sua mulher, o aludido profissional excede ao exercício do seu direito ao trabalho, pois concorre para a prática de ilícito penal. Se, porventura, o taxista não tiver conhecimento acerca do intento criminoso, estará este incorrendo em erro de tipo e, também, não haverá adequação típica dessa

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

participação, posto que, para Lobato, inexistente participação culposa em crime doloso. Derradeiramente, se o motorista fosse coagido, através de grave ameaça a sua vida, a proceder com a conduta, haveria ilícito penal, contudo, estaria o agente abarcado por causa excludente de culpabilidade¹⁴⁷.

A indigitada construção dogmática também rechaça os argumentos de que nas ações neutras ou cotidianas o partícipe age de forma independente e voltada a consecução de fins lícitos. Não age de modo autônomo, porquanto inexistente, nesta concepção, a tal independência, na medida em que em todos os casos o partícipe dependerá da atuação do autor principal (não haveria homicídio se o taxista não conduzisse o homicida). Noutra plano, a “consecução de fins lícitos” transpassa pela questão do elemento subjetivo, de modo que, em caso de conhecimento no tocante ao intento delitivo do autor principal, o partícipe atuará com o mesmo elemento subjetivo inerente à participação criminal comum¹⁴⁸.

Para Lobato, a diferenciação entre a participação criminal por meio de ações neutras e a comum reside no fato de que a primeira se reveste de uma aparência de pseudo-licitude, enquanto que a outra tem uma significativa construção dogmática levada a cabo pela Ciência Penal. Como exemplo, pode-se mencionar o seguinte cenário: muito embora todos tenham o direito à liberdade de poder soltar uma pipa, estará abusando de tal direito aquele que assim o fizer com o escopo de evitar que a polícia suba o morro e prenda criminosos, posto que o agente incorrerá no delito de favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal)¹⁴⁹.

Em síntese, a aferição da punibilidade das ações neutras não possui uma resposta apriorística. Vale dizer, inexistente uma possibilidade de investigação abstrata dessas condutas, na medida em que o caso concreto deverá passar pelo filtro de análise da participação criminal comum, porque “não existem condutas avaloradas ou simplesmente neutras, mas, sim, condutas que devem ser contextualizadas em sua avaliação”¹⁵⁰.

Por último, no que pertine às ações neutras amparadas por um cumprimento de dever, compreende Lobato pela não punibilidade dessas condutas, em face da

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 99.

insuficiência do elemento objetivo, por estar o agente inserido dentro dos limites do risco permitido, que tem substrato no próprio ordenamento jurídico. Para ilustrar essa argumentação, a hipótese clássica do terrorista que, invocado por embargos jurídico-penais advindos de uma decisão judicial, comete um atentado dando cabo a vida de dezenas de pessoas. Em que pese a conduta do juiz tenha influenciado diretamente para o resultado, esta é irrelevante sob o ponto de vista criminal, uma vez que este agiu conforme ao Direito¹⁵¹.

3.4.2 Ações neutras e o princípio da idoneidade

O critério proposto por Luis Greco se constrói com esteio no princípio da proporcionalidade, mais precisamente em relação às suas ramificações, quais sejam idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O autor, com inspiração no pensamento funcionalista de Roxin, aduz que somente haverá tipicidade se a conduta neutra avançar os limites do risco permitido, fazendo com que a proibição daquela conduta se revele idônea aos fins tutelados, uma vez que, por serem neutras, às vezes tais condutas se revelam impuníveis, como, por exemplo, proibir que um comerciante de machados venda essa ferramenta a um criminoso quando, este último, poderá adquiri-la em qualquer outro estabelecimento comercial¹⁵².

Nesse diapasão, o aludido jurista trabalha com os subprincípios da proporcionalidade, asseverando que a idoneidade se coloca como uma medida limitadora que visa dar idoneidade a consecução de seu fim; a necessidade que seja esta a única medida possível e que não haja menos gravosa para o atingimento do proposto e; proporcionalidade em sentido estrito que parte de uma ponderação de interesses, ao escopo de se vislumbrar se não estará se limitando demasiadamente à liberdade. Os dois últimos ramos do princípio da proporcionalidade não são objeto do critério proposto por Greco, de sorte que o jurista somente faz uso da idoneidade como fundamento da sua proposição teórica¹⁵³.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

¹⁵³ Ibidem.

Greco não deixa de criticar, em sua solução dogmática ao problema, o princípio da proporcionalidade como fundamento para o controle de constitucionalidade. Isso porque a moderna doutrina lança uma série de embargos em relação ao princípio predito, sobretudo, pois, depender de que todos os juízes considerem uma lei idônea, necessária e proporcional em sentido estrito poderia desembocar em uma verdadeira anarquia. Por isso, o legislador detém uma prerrogativa de valoração. Ou seja, *a priori*, ele pode avaliar o que é uma medida idônea, necessária e proporcional. Destarte, tão somente em casos manifestos é que se poderá decretar a inconstitucionalidade de uma lei, com fulcro, daí, no princípio da proporcionalidade. Na dúvida sempre deverá se privilegiar a decisão do legislador¹⁵⁴.

Em que pese os entraves dogmáticos do mencionado princípio, Greco não o despreza para a sua proposição teórica. Certamente, não há que se duvidar da constitucionalidade do art. 29 do Código Penal. Porém, é cediço que o legislador conferiu ao dispositivo uma abertura interpretativa ao estipular, exemplificativamente, os termos “de qualquer modo” e “concorre”. Quer dizer, casos como o de ações neutras não foram planejados pelo legislador, de modo que se o princípio da proporcionalidade e seus corolários são insuficientes a aferir o controle de constitucionalidade, eles não o são para interpretar as normas¹⁵⁵.

Portanto, à luz do problema das ações neutras – ou seja, das condutas não manifestamente puníveis – tais somente poderão ser censuradas criminalmente se tal proibição se mostrar proporcional – por ser ela idônea, necessária e proporcional em sentido estrito¹⁵⁶.

Nessa linha, a proibição deverá ser idônea para conferir legitimidade. Por terem uma característica ubíqua – podendo ser verificadas em vários lugares – as ações neutras não se mostram passíveis de proibição, por ser tal inútil ou inidônea à consecução de um fim. Não faria sentido, por exemplo, proibir a venda de um machado, em uma loja de ferramentas, ou um pão por um padeiro (aqui tendo em vista as hipóteses em que o ferramenteiro vende um machado a um homicida e o padeiro vende o seu pão a um indivíduo que tem por objetivo envenená-lo e entregar a outrem), porquanto o agente criminoso poderá adquirir esses em qualquer outro

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem.

local. Sinteticamente, a falta de idoneidade da proteção ao bem jurídico poderá servir como critério para solucionar a problemática envolvendo as ações neutras¹⁵⁷.

Destarte, idônea será a proibição se a sua não-prática levar a um determinado fim. E o fim proposto é, justamente, a proteção do bem jurídico. A ausência da prática delitiva, no critério de Greco, não necessariamente deverá salvar o bem, mas deverá, de alguma maneira, melhorar a sua situação. De mais a mais, a indigitada melhora não se confunde com modificação. Veja-se que se o padeiro se nega a vender um pão – o qual, ao depois, será utilizado para envenenar outro indivíduo – ele somente postergará o delito, uma vez que o agente poderá adquirir o mesmo alimento na próxima padaria, com um padeiro menos esclarecido. Muito embora não se negue que há uma melhora na situação do bem jurídico concreto – porquanto o agente perderá alguns minutos ou horas a mais no seu propósito – Greco não a considera relevante. Para ele, “melhorar, no sentido do critério proposto, pressupõe uma melhora relevante: menos do que salvar, mas mais do que modificar”¹⁵⁸.

Em suma, o critério proposto por Greco compreende que quanto mais fácil for de se obter a contribuição, quanto mais ubíqua ela for, menos idônea será a proibição, ao passo que em sendo maior a dificuldade de se obter tal contributo, mais idônea será, portanto, a censura da conduta. Na óptica do jurista, de tal arte, “a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto”¹⁵⁹.

3.4.3 Ações neutras e o dever de solidariedade

João Daniel Rassi trabalha a questão em sua tese de doutorado, partindo do questionamento que segue: quando uma ação neutra ultrapassa o risco permitido e passa a ser relevante criminalmente? Responde-a, contudo, a partir de outra pergunta: como aferir se uma conduta neutra ultrapassou o risco permitido se, justamente por ser neutral, constitui um risco permitido? Com amparo nessas

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 142.

¹⁵⁹ Ibidem, 142-143.

premissas, Rassi pontua que a solução dessas questões reside no princípio da solidariedade humana, à luz de entendimento calcado por Émile Durkheim¹⁶⁰.

Sob esta perspectiva, o jurista estabelece algumas conceituações terminológicas, no sentido de que a teoria adotada para fundamento do injusto do partícipe é aquela que não possui como referencial direto o autor, de sorte que o injusto do autor é parte deste e do partícipe é parte daquele. Assim, por meio da análise do ataque acessório ao bem jurídico, será possível avaliar a conduta do partícipe com critérios próprios¹⁶¹. Também alude o autor que há duas formas de participação criminal: a primeira *para cima*, a qual envida esforços para diferenciar a autoria e participação, ao passo que, a segunda, *para baixo*, se projeta para versar sobre a tênue linha entre a participação punível e as ações neutras¹⁶².

No que toca às ações neutras, a aferição de responsabilidade jurídico-penal deve partir do conceito objetivo de solidariedade, que é o elemento chave de integração social. Durkheim, o qual discorria sobre este dever, antecipou que quanto mais integrada a sociedade, menor seria a repressão punitiva. Ocorre, contudo, que esta assertiva não se confirmou. Giddens, em seu turno, explica que, na contemporaneidade, ocorre um fenômeno denominado “estreitamento dos vínculos sociais”, no qual se verifica que, hodiernamente na sociedade, existem “sistemas peritos” ou “sistemas abstratos” que são operados por peritos, dos quais são esperadas ações idôneas. É que o caso dos sujeitos que lidam com dados de segurança bancária, controle de tráfego de aeronaves etc. Em síntese, a ação ilícita desses peritos surte efeitos em grande escala¹⁶³.

Sob esta óptica, certo é que as condutas dos indigitados peritos permanecem ocultas. Assim, quando inseridos em uma cadeia causal de evento lesivo, o referido deve agir para impedir ou evitar o resultado danoso, tendo este o “dever de solidariedade”. Esse conceito se fundamenta no “estreitamento dos vínculos sociais” que repercute a necessidade da criação de vínculos jurídico-penais positivos. Nesse

¹⁶⁰ RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014, 151p.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lavagem de dinheiro e advocacia**: uma problemática das ações neutras. Boletim IBCCRim. Ano 20, n.º 237. São Paulo: IBCCRIM, ago/2012.

¹⁶³ RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014.

sentido, o Estado deve tutelar penalmente esse dever de solidariedade, de modo que, em não tutelando ações normais do cidadão comum ou de outros peritos desvinculados de condutas lesivas, este movimento não importará em repressão desmedida. Destarte, nesta perspectiva, Rassi vai de encontro à doutrina que compreende que a punibilidade das ações neutras deve estar aliada a um claro vínculo jurídico¹⁶⁴.

De tal arte, o “dever de solidariedade” deve compor a avaliação do injusto da participação criminal, tendo em conta o seu aspecto objetivo, afastando-se, por via de consequências, questões afetas a boa-fé ou aos aspectos de agir cristão. Dessa feita, defende Rassi, que o critério normativo tendente a aferir possível incremento do risco que ultrapassa o permitido está contido no art. 13, § 2.º, do Código Penal. Conclui, portanto, que “será neutra a conduta que não violar um dos deveres de garantia, caso em que sua conduta apesar de perigosa, foi considerada pelo legislador como permitida”¹⁶⁵.

É importante que se diga que, na intelecção de Rassi, não se vinculará o interveniente neutro, em todas as hipóteses, a um dever de garantia. Quer dizer, nem sempre o interveniente neutro será garante. O critério normativo adotado pelo jurista tende a, justamente, limitar a responsabilidade pela violação do dever objetivo de solidariedade às hipóteses referenciais constantes do Código Penal¹⁶⁶.

Por último, Rassi analisa uma sorte de *cases* e avalia a responsabilidade penal do interveniente neutro. O caso que nos chama a atenção, neste turno, é a do gerente bancário que deixa de reportar a ocorrência de movimentações atípicas aos órgãos de controle e acaba por facilitar a ocorrência de crimes financeiros por parte do autor. Pontua o jurista, assim, que o aludido profissional, em que pese esteja abarcado por regulações normativas, não está obrigado a impedir ou evitar qualquer resultado lesivo, de modo que a sua conduta será impune¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 151.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem.

3.4.4 Ações neutras e os critérios de uma imputação penal legítima

Na doutrina nacional, também se enaltece importante obra de Vinicius Melo de Lima, o qual houve por envidar esforços para apresentar e fundamentar critérios que, em sua percepção, legitimam a imputação penal das ações neutras.

Inicialmente, o aludido jurista põe em xeque o pensamento eminentemente objetivista, argumentando que se tais teorias demandam a necessidade de se aumentar o risco de lesão ao bem jurídico, a ação, de tal arte, deixa de ser neutra e, por isso, não haveria nenhuma falta à dogmática em estabelecer um conceito específico de ação neutra¹⁶⁸.

Por outro lado, compreende-se que as teorias de índole subjetivista se mostram mais coerentes, na medida em que trabalham com a hipótese que, de fato, a lesão ou o perigo de lesão ao bem tutelado é mesmo irrisória¹⁶⁹.

Em face dessas considerações acerca das teorias de cariz subjetiva e objetiva, é que o posicionamento pessoal de Melo de Lima sugere uma colusão entre os preditos pensamentos dogmáticos, ao escopo de levar a efeito um juízo válido de tipicidade das ações neutras. De tal modo, à luz dessa argumentação, é preciso haver uma conexão de risco que albergue não só uma referência ao sentido delitivo – dolo direto – ou uma inclinação reluzente ao desdobramento criminoso do fato – admitindo-se, destarte, o dolo eventual – como também que seja a conduta idônea para o fim de caracterizar a ofensa ao bem jurídico, de sorte que, também, deverá se levar em conta os conhecimentos especiais do agente¹⁷⁰.

No que pertine aos conhecimentos especiais do agente, muitos doutrinadores têm o entendimento de que este é um problema de árdua solução no campo das ações neutras, o que pode macular toda a teoria da imputação objetiva destinada a dar resposta aos problemas levantados com as condutas neutras. Por outro lado, juristas como Jakobs compreendem que os conhecimentos especiais se tratam de mera subjetividade e não devem ser sopesados¹⁷¹. Para Greco, os dados subjetivos

¹⁶⁸ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. 174p.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ LIMA, Vinicius Melo de. **As ações neutras na estrutura do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 134, ano 25, p. 291-320, ago/2017.

cognitivos, os quais se referem a um estado de realidade externa, não podem ser valorados para as hipóteses de condutas neutras¹⁷².

Ocorre, todavia, que o pensamento de Melo não converge com os entendimentos de Greco e Jakobs, no que tange aos conhecimentos especiais do agente. Com base na doutrina de Robles Planas, o autor sugere que a pedra angular da cumplicidade punível é a consecução do ilícito, pelo interveniente, como se parte dele fosse. Ou seja, somente haverá cumplicidade punível se o interveniente interpreta o fato material, tal qual o autor principal, como um fato próprio. Nesse plano, dividem-se, estas hipóteses, em dois grandes grupos: (i) quando há a inobservância a deveres especiais impostos pelo ordenamento jurídico e que sejam utilizados para a comissão de um delito e; (ii) nos casos em que tais deveres não existem. De tal forma, entende que as condutas neutras ficam alheias à cumplicidade punível, exceto na verificação da violação de um dever especial da posição jurídica “ou quando a aportação do bem ou prestação pessoal se recorta especialmente para que encaixe no projeto delitivo (v.g, um advogado explica a seu cliente como deve cometer um determinado delito para não deixar ‘rastros’)”¹⁷³.

Reforça o jurista, nesta senda, que as condutas neutras, a rigor, são atípicas, não sendo imputáveis penalmente, salvo se transpassarem o campo ético da liberdade profissional, travestida de um livre e irrestrito exercício de uma atividade ou profissão. Ou seja, se na espécie se vislumbrar que a ação do agente foi além do risco permitido, tornando-se idônea para gerar lesões ao bem jurídico tutelado, estando, ademais, presente o elemento subjetivo-cognitivo¹⁷⁴, a conduta, assim, adquirirá

¹⁷² GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

¹⁷³ LIMA, Vinicius Melo de. **As ações neutras na estrutura do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 134, ano 25, p. 291-320, ago/2017, p. 314.

¹⁷⁴ Clarificando a conceituação trazida pelo autor, Greco distingue três formas de dados subjetivos, nestes moldes: “propos a distinção entre três espécies de dados subjetivos: primeiramente, *dados subjetivos cognitivos*, que são aqueles que se refere a um determinado estado da realidade exterior (‘está chovendo’; ‘Bush é o presidente dos EUA’; ‘B é hemofílico’; ‘essa mulher vai praticar um aborto com o remédio que ela quer comprar de mim’). Ao lado deles, há *dados subjetivos emocionais*, que são os que se referem a determinados estados de ânimo (irritação, alegria, ódio, desejo), e *dados subjetivos opinativos*, que se referem a opiniões, valorações, a respeito de uma realidade exterior (‘a chuva é uma droga’, ‘Bush é um grande homem, merece o Nobel da paz’, ‘B bem que podia tropeças e morrer’; ‘mesmo grávida ela é bem bonita...’). Neste sentido: GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

relevância jurídico-penal¹⁷⁵. Nesse panorama, explica que as ações neutras possuem tipicidade, a rigor, uma vez que estão previstas de modo abstrato na moldura penal. No entanto, não se inserem no campo da ilicitude, “em face da ponderação de interesses entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* individual”¹⁷⁶.

Nessa esfera de raciocínio, de acordo com esta doutrina, não há ação neutra por si só, porquanto, em cada caso concreto, o contexto deverá ser avaliado, assim como a finalidade ou a proposição de cada interveniente do delito em agir¹⁷⁷.

Em última análise, o autor traz como paradigmas exemplificativos situações afetas ao crime de lavagem de dinheiro, sopesando duas principais situações: a ausência de comunicação de atividades suspeitas aos órgãos de controle pelas pessoas obrigadas a cooperar (art. 9 e incisos da Lei n.º 9.613/98); e a hipótese do advogado que recebe honorários advindos de crime.

Nessa percepção, entende, *ab initio*, no que toca ao cenário dos denominados “deveres de *compliance*” impostos à determinadas pessoas físicas e jurídicas inseridas na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, que a sua punibilidade, em que pese a sua violação possa tomar visos de infração administrativa, deve ser sopesada à luz do caso concreto, seja na posição de garantia (art. 13, §2.º, do Código Penal), seja na coexistência da idoneidade da conduta para lesão ou perigo a um bem jurídico e a referência a um sentido delitivo ou um inclinável reconhecimento à consecução do ilícito de ordem criminal¹⁷⁸.

Por derradeiro, no que tange ao recebimento de honorários maculados por ilícito penal, adverte para a punibilidade dos chamados “honorários fictícios”, quer dizer, daqueles proventos que se inserem no circuito de branqueamento do ativo ilícito. Incide à hipótese em cotejo, a (necessária) convergência objetivo-subjetiva, que sugere uma conexão de risco entre o causídico e o cliente, “isto é, uma conexão de risco com significado delitivo ou inclinação reconhecível ao fato, seja como cúmplice ou como coautor, conforme o caso”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. 174p.

¹⁷⁶ LIMA, Vinicius Melo de. **As ações neutras na estrutura do delito**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 134, ano 25, p. 291-320, ago/2017, p. 311.

¹⁷⁷ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. 174p.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 137.

Nesse particular, ademais, aponta o jurista que quando o legislador delimitou *standards*, através de regulações e leis destinadas a normatizar atividades econômicas ou profissionais, as suas violações se inserem dentro do campo da mera irregularidade administrativa, podendo ganhar visos de crime se, porventura, houver uma especial posição de garantia ou se a ação neutra criou uma conexão de risco para o bem jurídico tutelado¹⁸⁰.

Pertinente à temática, por último, não deixa Melo de Lima de pontuar, sabiamente, a indispensabilidade do advogado para a Administração da Justiça, sendo os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal), balizadores de um processo penal democrático. Por tal motivo, deveres especiais impostos em determinados Estados, como forma de prevenir a lavagem de dinheiro, demandam uma interpretação restritiva¹⁸¹.

¹⁸⁰ LIMA, Vinicius Melo de. **As ações neutras na estrutura do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 134, ano 25, p. 291-320, ago/2017.

¹⁸¹ LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. 174p.

4 A INTERVENÇÃO DO CÚMPLICE ATRAVÉS DE AÇÕES NEUTRAS EM CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Com efeito, verificou-se que o problema abordado transitará nos lindes do delito de lavagem de capitais¹⁸², especificamente no que toca à intervenção do cúmplice – ou seja, aquele que auxilia ou facilita, através de instruções (psíquica) ou atos (física), à consecução do ilícito -, através de ações neutras.

Veja-se, nesse sentido, que os recentes desenvolvimentos legislativos que recrudesceram as práticas de combate à lavagem de capitais têm especial relevância na contextualização do norte desse trabalho. Especificamente, o surgimento da Lei

¹⁸² Em um viés conceitual, a lavagem de dinheiro é o ato praticado pelo agente com o fim de dar aparência de licitude aos ativos maculados por origem criminoso. Desse modo, o ilícito perpassa por uma conversão dos bens, direitos ou valores que sejam de natureza ilícita em lícita, através de um processo de *lavagem* que o reintroduz aos circuitos financeiros. Nesse sentido: BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 47. Tem-se, sob uma perspectiva histórica, que o delito passou a compor a moldura penal, a partir da denominada “Lei Seca”, a qual instituiu uma política de não comercialização de bebidas alcólicas no território nacional dos Estados Unidos da América. Essa proibição legislativa significou um marco na modernização das organizações criminosas existentes (em especial, a máfia italiana), essas que envidavam esforços em dar aparência de licitude aos seus ativos provenientes da prática de delitos. MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Nesse plano, os objetivos do delito se voltam para o mascaramento da fonte dos valores ilícitos e o *modus operandi* envolve, inevitavelmente, o recurso de transações financeiras, reais ou imaginárias, que servem de base para confundir os operadores. Nesse sentido: RIDER, Barry. **The crusade against money laundering – time to think**. Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI, volume em homenagem ao Professor Pedro R. David. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 681-713. O crime em comento é autônomo e possui conteúdo próprio. No que toca ao bem jurídico, a divergência doutrinária é homérica, sendo, porém, prevalentes os que o consideram como a administração da justiça e a ordem socioeconômica. Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 5 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. No plano da tipicidade objetiva, com esteio no Direito Positivo brasileiro, o delito pune o agente que oculta ou dissimula a origem de bens, direitos ou valores provenientes da prática de crimes e infrações penais antecedentes (incluindo-se, daí, contravenções). O tipo subjetivo é o dolo, sendo essencial que o indivíduo tenha conhecimento da origem ilícita dos recursos. Nesse sentido: DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. – 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2014, 1367p. Na linha doutrinária, via de regra, o branqueamento de capitais possui um processo trifásico de consumação: o primeiro consiste na ocultação, oportunidade na qual o agente promoverá o encobrimento do ativo ilícito, através de operações financeiras, por exemplo. A segunda, é a dissimulação, na qual o indivíduo buscará disfarçar o trajeto dos recursos, por, em hipótese, sucessivas operações financeiras, investimentos diversificados, etc., ao escopo de evitar a suspeição. Nesse sentido: BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. A última etapa se vincula à integração dos ativos ilícitos na economia lícita, ou seja, “*la riqueza obtenida ilícitamente, y que ya ha pasado por diversas operaciones de lavado, se invierte en actividades económicas legales*”. BENITO SANCHEZ, C. Demelsa. **Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario**. El desafío de la criminalidad organizada, Granada, 2006, pp. 97-128.

n.º 12.683/2012, a qual alterou a Lei n.º 9.613/1998, é o que determina a imperiosidade da abordagem sob o ponto de vista do branqueamento de capitais.

A predita alteração legislativa culminou na exclusão do rol taxativo de crimes antecedentes (abrangendo, dessa sorte, infrações penais)¹⁸³, assim como na criação, em seus arts. 10 e 11, de obrigações de cooperação com órgãos de fiscalização, fundamentalmente o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, a determinadas pessoas físicas e jurídicas elencadas no art. 9.º, dentre estas, as instituições financeiras, corretoras de seguros, comerciantes de joias e objetos de alto valor e, até mesmo, aquelas que, ainda que de forma eventual, prestem serviços de assessoria, consultoria, auditoria, aconselhamento ou assistência de qualquer natureza, podendo-se compreender, à primeira vista, a inserção do advogado como sujeito obrigado.

Também, a Lei n.º 12.683/2012 incluiu o inciso II do art. 10, que dispõe que os sujeitos obrigados deverão criar mecanismos e políticas de controle interno para conseguir atender às disposições de cooperação normativa. Daí ressumbra-se a importância legal da criação de programas de *compliance* em empresas abarcadas pelas incumbências advindas dessa imposição legislativa. A Lei de Lavagem de Dinheiro, ademais, prevê penalidades administrativas para aqueles que não cumprirem as obrigações legais, de modo que ficarão sujeitos a multa de advertência, sanção pecuniária que pode chegar ao montante de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), inabilitação temporária do cargo de administrador por até 10 (dez) anos e, em última instância, a suspensão da operação ou do funcionamento da pessoa jurídica obrigada. Para caracterizar essa penalidade, é necessário somente que o sujeito leve a efeito a sua conduta com culpa ou dolo, conforme observa-se pela inteligência do art. 12, §2.º, do predito Diploma Legal.

Nesse cenário enfocado, vislumbra-se que a ainda recente alteração legislativa da Lei n.º 9.613/1998 ensejou novos desafios para a dogmática penal, porquanto o crime de lavagem de capitais tomou novas proporções, isso, pois, além de ter hoje uma extensa abrangência, transmutou a imperiosidade da adoção de práticas

¹⁸³ O delito em tela foi introduzido no Brasil através da Lei n.º 9.613/98, por meio da criminalização da ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores provenientes da consecução de ilícitos de índole criminal. Em um primeiro momento, logo quando surgiu o dispositivo, em 1998, o tipo penal abrangia um rol taxativos de delitos que poderiam anteceder o branqueamento de capitais, como o tráfico de drogas e os crimes contra o sistema financeiro nacional. Nesse sentido: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9.º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

positivas por particulares e entidades privadas. Quer dizer, hodiernamente, que profissionais como o empresário, o *compliance officer*, o corretor de seguros e, até mesmo, o advogado possuem a incumbência de reportar movimentos de indivíduos que podem ou não estar cometendo à prática de branqueamento de ativos. E é, justamente, essa inexactidão que os obrigados deverão atentar. Destarte, é, em linhas gerais, a assunção, pelo particular, da incumbência de detectar, prevenir e alertar para crimes de lavagem de capitais.

A par desse contexto, especialmente, por essa nebulosidade, surge-se a possível intervenção do cúmplice por intermédio de ações neutras nos delitos de branqueamento de capitais. Essa vaguidão também projeta-se para a própria estrutura legislativa brasileira no que se refere à autoria, posto que o art. 29 do Código Penal, semanticamente, não estabelece, a rigor, diferenciações entre autor e partícipe. O que vislumbra-se, sob a óptica do ordenamento jurídico nacional, é que há a aludida discrepância, em virtude da existência da expressão “na medida de sua culpabilidade”, da existência do §1.º do aludido dispositivo (o qual estabelece a participação de menor importância) e o art. 31, do Código Penal, que decreta a impunidade para as condutas de ajuste, determinação, instigação ou auxílio se o crime não chega a ser tentado.

Ressumbra-se na doutrina, de tal modo, a existência de duas formas de participação criminal: a instigação e a cumplicidade. A primeira, considerada por alguns juristas como de maior gravidade¹⁸⁴, faz nascer no autor delitivo a intenção de dar início à consecução do ilícito penal, ao passo que a segunda é a prestação de auxílio, físico ou psíquico, ou facilitação pelo partícipe à realização do crime. Cúmplice, na doutrina clássica, é aquele que, objetivamente, auxilia ou facilita o resultado criminoso e, no viés subjetivo, age com dolo. Por conta de insuficiências da teoria tradicional, é viável, pela maior abrangência, a transferência dos primados da teoria da imputação objetiva, de modo que, para essa orientação, a cumplicidade ocorre quando há um aumento juridicamente desaprovado do risco causador do resultado.

¹⁸⁴ Nesse sentido: GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras** – a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

Em que pese não se descarte que possa existir participação criminal na forma de instigação em condutas cotidianas, no particular do delito em análise, é muito mais plausível a prestação de auxílio ou facilitação, material ou psíquica, à consecução do ilícito criminal. Ressalta-se que as condutas neutras possuem algumas características primordiais, como a cotidianidade, normalidade e profissionalidade e, também, se revestem de aparência externa de licitude e possuem uma característica ubíqua. Isto é, é muito mais provável que o autor delitivo procure um profissional, como o advogado, para dar aparência lícita aos seus ativos de origem delitiva ou conte com a omissão de um agente financeiro, após a consecução dos crimes antecedentes e não antes, servindo o interveniente neutro como um mero auxiliar ou facilitador do cometimento do ilícito pelo autor.

A indagação principal, à base de todo esse cotejo, é quando haverá punibilidade, a título de cumplicidade, do agente neutro nos delitos de lavagem de dinheiro. Para tanto, é preciso, antes de mais nada, levar em conta alguns critérios que são essenciais para essa análise: a aferição do risco, a idoneidade da proibição da conduta para gerar perigo ou lesão ao bem jurídico e a referência a um sentido delitivo.

No que concerne ao risco, necessário ter-se em mente que as ações neutras, justamente por suas especificidades de serem completamente, à primeira vista, inócuas, normalmente estão abarcadas dentro do risco permitido. Em matéria de lavagem de dinheiro, no entanto, tendo-se em conta a existência de normas legais de cooperação, é possível referir que o agente que não observa as determinações excederá a um risco permitido, o qual, se vier a se realizar no resultado, poderá ser sopesado para fins de cumplicidade, considerando, também, que tais normas não são suficientes para ensejar posição de garantia. Os conhecimentos especiais do agente, nesse âmbito do risco, também devem ser levados em conta. Isso não quer dizer que essa responsabilização é automática, como veremos no momento oportuno.

No particular da lavagem de dinheiro, não se compactua com o entendimento doutrinário segundo o qual o art. 13, §2.º, do Código Penal, possa ser utilizado como referencial do risco. E a justificativa é simples: o indigitado dispositivo equipara a omissão à ação, sendo utilizado, portanto, em hipóteses de responsabilidade penal por autoria e não participação ou cumplicidade. O agente neutro poderá deixar de sê-

lo por não ser autor por omissão imprópria, contudo, isso não significa dizer que não poderá deixar de sê-lo por ser cúmplice.

Outro critério relevante para a resolução da problemática é a idoneidade da proibição da conduta para gerar perigo ou lesão ao bem jurídico. Vale dizer, se a censura da ação se mostrar idônea para melhorar a condição do bem jurídico, haverá a punibilidade do interveniente neutro. Aparentemente, essa solução sugere uma vaguidão se analisada isoladamente. Contudo, para aferir essa idoneidade é preciso utilizar-se de um subcritério que é inerente às condutas neutras: a ubiquidade.

Ou seja, em casos tais, é imperioso levantar-se as características da ação, se é de fácil ou de difícil ou improvável realização. Por exemplo, a contratação de serviços advocatícios e o pagamento por esses é uma prática bastante usual. Apenas em casos remotos o advogado deixará de dar assistência legal a um indivíduo por não ter conhecimento da origem do valor utilizado para pagar-lhe os seus préstimos. E há de se levar em consideração, de igual forma, que se um causídico não o atender, outro, certamente, o fará. Em outro plano, não é o mesmo que ocorre com o *compliance officer* de instituição financeira que deixa de reportar movimentações atípicas aos órgãos de controle, porquanto não é comum tal inobservância, especialmente pelos recursos tecnológicos que dispõem as instituições financeiras, sendo, por certo, extremamente dificultoso para o autor delitivo encontrar algum profissional que esteja disposto a auxiliá-lo na consecução do seu crime.

Destarte, quanto mais improvável e difícil for a utilização, pelo autor principal, do auxílio ou facilitação do cúmplice – interveniente neutro – maior será a idoneidade da proibição da conduta.

Em um terceiro ponto, o critério da referência a um sentido delitivo também mostra-se relevante para aferição da punibilidade do interveniente neutro. Se o agente procede com a sua conduta com visos que indiquem um sentido delitivo – dolo direto – este irá transpor a barreira entre o lícito e o ilícito. Igualmente, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, a presença do elemento subjetivo é expressamente referenciada no art. 18, inc. I, do Código Penal. Ou seja, na experiência do Brasil, a avaliação do elemento subjetivo é pressuposto indispensável do crime.

O que queremos dizer, em linhas gerais, é que a intervenção do cúmplice através de uma ação neutra, em delitos de lavagem de dinheiro, será punível se este exceder a um risco permitido que se realiza no resultado, se a proibição da conduta

for idônea para a salvaguarda do bem jurídico e se a conduta tiver uma referência a um sentido delitivo. Nesse escopo, a avaliação dos critérios objetivos precede ao subjetivo, uma vez que na ausência de complementação do tipo objetivo, a análise sob a perspectiva subjetiva é prescindível. Isso porque se o agente procede conforme ao Direito, na abrangência do risco permitido, não gerando dificuldades para o autor delitivo no sentido de substituí-lo, logo, a conduta é atípica por ser absolutamente irrelevante para a esfera jurídico-penal.

Justifica-se, nesse sentido, a convergência entre elementos objetivos e subjetivos, na medida em que as proposições eminentemente objetivas são insuficientes para resolver, de logo, o problema e, de igual modo, pode dar soluções iguais a casos que, em seu âmago, são diversos. Veja-se que o interveniente pode exceder a um risco permitido realizado na conclusão do delito, sem, porém, ter responsabilidade penal. É dizer que não poderá ser uma hipótese, por si só, de imputação automática, sob pena de criar uma verdadeira anarquia no âmbito da segurança jurídica. Além disso, a responsabilidade penal advinda exclusivamente da inobservância de uma regra de viés administrativo – em hipóteses não vinculadas ao art. 13.º, §2.º, do Código Penal - somente seria plausível na existência de um tipo penal autônomo que censure essa conduta, o que, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe.

A idoneidade da proibição, de igual modo, não revela-se suficiente para, em conjunto com a aferição do risco, analisar a punibilidade do interveniente neutro. Isso, pois, uma conduta pode ter, ao mesmo tempo, um risco proibido e uma idoneidade da proibição em virtude de ser bastante difícil de ser realizada (ubiquidade), sem, porém, ser praticada com referência a um sentido delitivo, ou seja, com dolo. E, no caso da ausência da avaliação do elemento subjetivo, a conduta que atende aos dois primeiros critérios pode ser aplicada tanto ao agente que atua sem dolo algum (ou, até mesmo, com culpa, não se admitindo no particular da lavagem de dinheiro, posto que não há participação culposa em crime doloso) como para aquele que, claramente, tem presente o elemento volitivo. São, portanto, tratamentos jurídicos idênticos a casos essencialmente diversos.

Ao revés, se a conduta está dentro do risco permitido e a sua proibição não se projeta idônea para assegurar o bem jurídico, a análise subjetiva é dispensável. Afirma-se isso, porquanto o agente que observa as normativas, agindo conforme o

Direito, e pratica uma conduta extremamente ubíqua que poderá ser levada a cabo por qualquer outro indivíduo semelhante, não haverá necessidade de se punir tal conduta. Ao mesmo tempo, a aceitação de critérios normativos voltada à aferição do elemento volitivo, na ausência de complementação do tipo objetivo, pode ensejar insegurança jurídica e submeter, por exemplo, profissionais idôneos a investigações criminais por fatos típicos de outrem, sem que este tenha qualquer vinculação com o fato delituoso.

4.1 O ADVOGADO

Revolve-se, nesse momento, ao exemplo exposto na introdução, o qual insere o advogado como possível sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro, em cumplicidade, ao receber honorários advocatícios oriundos de crime. A hipótese, a rigor, transpassa por algumas questões imbricadas que, atualmente, relacionam o advogado e o crime de lavagem de dinheiro.

A primeira que se coloca, de tal arte, é a necessidade de o advogado cooperar normativamente com os órgãos de fiscalização, em razão da abertura do inc. XIV do art. 9.º da Lei n.º 9.613/1998. Questiona-se, assim, se o indigitado profissional tem a incumbência de alertar as autoridades acerca de possível cometimento do ilícito de branqueamento de ativos. Se assim o fosse, o cenário de nosso exemplo seria bastante diverso (especialmente para a aferição do risco permitido), por isso, é imperioso explicar o porquê que o advogado não tem essa obrigação.

Em outra banda, também coloca-se como importante elencar outras propostas doutrinárias que inadmitem postar o advogado na condição de sujeito ativo de crime, em face do recebimento de honorários maculados. Por certo, as teorias que tratam da intervenção do cúmplice em ações neutras possuem ferramentas mais aptas a lidar com esse problema.

4.1.1 Da obrigação do advogado em exercer deveres de cooperação normativa

Diversos são os movimentos que buscam a restringir a atividade advocatícia, hodiernamente, sob a justificativa de que alguns fatores são indispensáveis para a prevenção do branqueamento de capitais. Dentre estes, avulta-se a imposição

normativa constante da Lei de Lavagem de Dinheiro. Nesse cenário, os últimos desdobramentos normativos sugerem discussões acerca, inclusive, da necessidade de o advogado cooperar com os órgãos de controle, quando diante de possível prática de crime de branqueamento de capitais.

Assim, aduz Geraldo Prado que, hodiernamente, a profissão do advogado tem sido bastante dificultosa, na medida em que existem diversos esforços de entes públicos tendentes a incriminar a advocacia, através da subversão de julgamentos jurídicos em pretensos julgamentos de índole moral. Disso, duas situações se avultam: a incriminação aludida é precedida de uma censura pública e ações levadas a cabo por agências públicas são efetuadas no sentido de colmatar lacunas probatórias em casos de grande repercussão midiática, por meio de argumentos morais que, em última análise, tendem a mitigar o livre exercício do direito de defesa¹⁸⁵.

De mais a mais, há uma flagrante tendência voltada a diminuir a confidencialidade entre os causídicos e seus clientes, restringindo a liberdade de atuação destes profissionais, cujas funções são tão essenciais ao processo de realização do Direito, sob o pano de fundo de se combater ao ilícito-penal de branqueamento de ativos originados de prática delitiva. É, em grande medida, uma crítica ao anseio público de se combater, sob qualquer circunstância, transpondo garantias constitucionais irrenunciáveis, transferindo os deveres de vigilância estatais aos advogados, o crime de lavagem de dinheiro e seus antecedentes. Sinteticamente, na óptica de Prado, se trata de uma indevida naturalização de juízos morais como se fossem estes deveres jurídicos, sem a sabedoria, porém, de que esta predita naturalização infringe, em larga escala, garantias constitucionais e prerrogativas da advocacia, transformando o Estado, de tal sorte, em um verdadeiro Estado Policial¹⁸⁶.

Nesse prisma, tem-se, a partir do disposto no art. 9.º da Lei n.º 9.613/98, um intenso debate acerca da exigibilidade de o advogado, à luz do inc. XIV do aludido dispositivo (assessoria ou consultoria de qualquer natureza), ser profissional obrigado a informar movimentações atípicas aos órgãos de controle. É cediço que, em uma

¹⁸⁵ PRADO, Geraldo. **Ações neutras e a incriminação da advocacia**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 12/10/2017.

¹⁸⁶ Ibidem.

primeira, fria e atécnica análise, o patrono tem essa obrigação. Essa necessidade de cooperação, inclusive, teria consequências não só na atuação em contendas judiciais, como também na própria especificidade da prestação de serviço. Veja-se que, em considerando-se como imprescindível a comunicação de movimentações atípicas suspeitas de lavagem de dinheiro, o advogado estaria obrigado a supor a origem dos recursos utilizados para pagamento dos seus proventos.

No entanto, é preciso ter em mente que o advogado se pauta em uma estrita relação de confiança junto ao seu cliente. Inclusive, alude Bottini, que há uma relevante contradição nessa situação, uma vez que, de um lado, a Lei de Lavagem de Dinheiro obriga a todos que aconselham ou prestem consultoria de qualquer natureza a comunicar informações atípicas e, doutro, o legislador veda e, inclusive caracteriza como ilícita, a conduta que viola o sigilo profissional na atividade advocatícia¹⁸⁷. Ainda no que se refere ao sigilo, tal constitui, em última análise, direitos e deveres do advogado, pois não só são direitos fundamentais que o ordenamento jurídico reconhece, como também enaltecem o amplo e irrestrito exercício da defesa como fundamento essencial de um Estado de Direito¹⁸⁸. À base disso, sabe-se que tal debate já foi objeto de inquietações em diversos países, as quais redundaram em diversas normativas europeias, tal qual a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁸⁹.

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei n.º 9.613/98 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 136.

¹⁸⁸ VILA, Ivó Coca. **La posición jurídica del abogado**: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ (Dir) e RAQUEL MONTANER FERNANDEZ (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**, Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 287-318.

¹⁸⁹ A predita normativa dispõe: “como atividade sensível a lavagem de dinheiro o trabalho dos ‘notários e outros profissionais forenses independentes’, quando participarem de transações financeiras ou empresariais e prestarem serviços de consultoria fiscal, onde exista um risco mais acentuado de seus serviços e sejam usados de forma abusiva para efeitos de branqueamento de capitais” BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei n.º 9.613/98 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137. Por outro lado, os profissionais, dentre eles os advogados, não estarão sujeitos à comunicação se, porventura, estarem por exercer o pleno direito de defesa e, até mesmo, o aconselhamento acerca da instauração ou evitação de ação judicial, nos termos da Diretiva: Art. 9.º, §5.º: Os Estados-Membros não são obrigados a aplicar o parágrafo anterior quando notários, membros de profissões jurídicas independentes, auditores, técnicos de contas externos ou consultores fiscais estiverem a determinar a situação jurídica de um cliente ou a exercer a sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32005L0060>>. Acesso em: 01/06/2016. O GAFI, de igual sorte, somente indica como obrigados os advogados que, eventualmente, atuem em operações de compra e venda, gestão de fundos, valores mobiliários, dentre

Seguindo essa linha de inteligência, Bottini sugere a identificação de advogados em quatro grupos: (i) os *advogados togados*, cuja atuação se vincula à representação de clientes em processos judiciais e extrajudiciais; (ii) *advogados de consultoria jurídica para litígios*, os quais proferem pareceres ou aconselhamentos referentes à ações judiciais ou extrajudiciais; (iii) *advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita*, os quais verificam a situação da operação pretendida pelo cliente, sem vincular-se, diretamente, a um litígio judicial e; (iv) *profissionais de consultoria ou operação extrajudicial*, esses que assessoram ou colaboram, de forma material, à consecução de operações financeiras, comerciais, dentre outras¹⁹⁰.

Nesse panorama, Bottini entende que, no que tange aos *advogados togados*, essa obrigação sequer subsiste no plano legislativo, na medida que o causídico que representa alguém em juízo – e, por via de consequência, fala por ele – não o assessora ou presta consultoria. De mais a mais, ainda que se entenda de forma contrária, a orientação jurídica não se vincula aos objetivos do art. 9.º, inc. XIV, da Lei n.º 9.613/98. Ainda, não há como haver concepção diferente, porquanto a representação, em litígio, “é a concretização do *direito de defesa*, e só pode ser praticada se presente a mais absoluta relação de *confiança e transparência* entre advogado e cliente”¹⁹¹.

De igual sorte, a segunda hipótese também se vincula a isso, até mesmo, por exemplo, em relação a uma eventual negociação ou orientação de uma delação premiada. Da mesma forma, em relação aos demais tipos de advocacia, Bottini alude que não há dever de comunicação, uma vez que a Lei de Lavagem de Dinheiro conflitaria com o Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994) – leis de mesma hierarquia, portanto - cujo teor dessa última regulamenta o exercício das atividades de consultoria jurídica. Assim, a Lei n.º 9.613/1998 somente poderia ser aplicada de forma subsidiária, à base da incidência do princípio da especialidade (nesse ponto, impera a ponderação entre o dever expresso de sigilo na atividade advocatícia em

outros. Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei n.º 9.613/98 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei n.º 9.613/98 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 139.

¹⁹¹ Ibidem.

contraposição ao dever genérico de comunicação previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro). E assim sendo, é forçoso o reconhecimento de uma incompatibilidade entre os Diplomas Legais, porquanto o Estatuto da Advocacia determina o sigilo – inclusive, autorizando o advogado a recusar-se a depor sobre fato que seja vinculado ao seu exercício profissional (art. 7.º, inc. XIX) – ao passo que a Lei de Lavagem de Dinheiro determina a necessidade de comunicação de movimentações atípicas¹⁹².

Dentro desse assunto, Ivó Coca Vila explica que a grande diferença entre os advogados e os outros sujeitos obrigados não subsiste em razão da profissão em si, mas sim do objeto da atividade que realizam. Vale dizer, não se trata de um critério formal, mas sim material, “por la concreta natureza de la actividad que llevan a cabo los abogados”¹⁹³. Dessa forma, expõe que a *reserva penal* subsiste unicamente se as atividades se vinculem, em essência, à atividade advocatícia, que justificam e legitimam a imprescindibilidade de confidencialidade. Assim, se o advogado atua no sentido de representação e assessoramento jurídico, que é originário e próprio da advocacia, permanece o direito de que não se compartilhe as informações trocadas entre advogado e cliente. Agora, se o advogado atua na intermediação ou gestão de interesses alheios, desvinculados da prática advocatícia, este terá a obrigação de comunicar, “pues no hay derecho fundamental alguno que tutelar, ni el abogado desempeña entonces función institucional alguna en el sistema judicial”¹⁹⁴.

Não há que olvidar-se que, na hipótese, as possíveis colidências aventadas, por um lado, impõem a quebra de uma norma de direito extrapenal – no caso, a ausência de comunicação de operações suspeitas – e, de outro, uma infringência a normas de cunho penal, quais sejam, a violação de segredo profissional (art. 154, Código Penal) e o patrocínio infiel (art. 355, Código Penal). Nessa senda, por exemplo, a corrente doutrinária majoritária na Espanha entende que não há, propriamente, uma colisão de deveres, mas sim uma hipótese clara de estado de necessidade¹⁹⁵.

Segundo Rodrigo de Grandis, a comunicação de movimentações atípicas, pelos advogados, pressupõe a análise de quatro dispositivos constitucionais, quais

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ VILA, Ivó Coca. **La posición jurídica del abogado**: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ (Dir) e RAQUEL MONTANER FERNANDEZ (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**, Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 287-318.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 307.

¹⁹⁵ Ibidem.

sejam, art. 5.º, *caput*, em relação ao direito fundamental à inviolabilidade do direito à segurança, o inc. XIII contemplando o livre exercício da profissão, o inc. LIV no que pertine ao devido processo legal e, ainda, o art. 133 que ressalta a imprescindibilidade do advogado à administração da justiça. Em sua perspectiva, conceber a ideia de que o advogado deve comunicar os órgãos de inteligência e a entidade que representa a classe, acarretaria em uma grave diminuição do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Além disso, em certa medida, esse conflito entre advogado-cliente pode ensejar na insciência do patrono em relação ao fato com todas as suas circunstâncias, estiolando a concretização do pleno direito de defesa¹⁹⁶.

À luz desse cotejo, verifica-se com segurança a inexigibilidade do advogado comunicar dados oriundos de sua profissão quando a atividade desenvolvida se relaciona frontalmente com a advocacia, sob pena de macular princípios constitucionais irrenunciáveis a um Estado Democrático de Direito. Em outro turno, é cristalino que o desempenhado pelo patrono esteja em conformidade com a atuação profissional, à luz do art. 1.º da Lei n.º 8.906/1994, afinal, de fato não há blindagem para essa profissão. Quer dizer, se o advogado atua em uma transação imobiliária fazendo, a bem da verdade, as vezes do corretor de imóveis, este deverá exercer os deveres de *compliance* que são impostos à classe.

Com efeito, a advocacia, em sua perspectiva usual, não pode se vincular ao art. 9.º, inc. XIV, da Lei n.º 9.613/1998, pois o causídico detém um sigilo estritamente particular junto aos seus clientes, fundamentalmente quando relativos a ações judiciais. Especificamente na área penal, imaginem que um advogado saiba que seu cliente cometeu o crime descrito no art. 1.º da Lei n.º 9.613/98. A partir desse exemplo, se o defensor tivesse a obrigação de comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras e à Ordem dos Advogados do Brasil, faria, indiretamente, uma confissão em nome de seu cliente, algo que é extremamente alheio aos princípios que norteiam o processo penal. Assim, soa bastante razoável a indispensabilidade de tais comunicações nas hipóteses que se vinculam a processos judiciais de qualquer natureza.

¹⁹⁶ GRANDIS, Rodrigo de. **Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro.** In: Boletim IBCCrim n.º 237, ago/2012.

Por outro lado, os deveres de *compliance* também não se estendem a atividade jurídica de consultoria, porquanto, na absoluta maioria dos casos, as orientações efetuadas pelos procuradores estão diretamente relacionadas com a evitação ou atenuação de ações sancionadoras, judiciais ou administrativas (por exemplo, na área tributária). Nesse mesmo sentido, não há como conferir, portanto, essa obrigação aos advogados que prestem serviços de consultoria ou assessoria jurídica.

De mais a mais, a controversa obrigação, igualmente, não se estende às direções jurídicas, consultoria ou assessoria que não estejam vinculadas à prevenção de ações judiciais. Isso porque, em se verificando em Lei Ordinária (Estatuto da OAB) que essas “direções jurídicas” – que, por certo, não fazem menção à necessária vinculação a litígios judicializados – são atividades privativas da advocacia, não há que se falar em deveres de *compliance*. Destarte, há expressa determinação legal que direciona essa modalidade à profissão do advogado, não havendo, assim, qualquer razoabilidade em proceder ao disposto na Lei de Lavagem de Dinheiro.

Por derradeiro, a obrigação disposta na Lei n.º 9.613/98 importa, ao advogado, a necessidade, em alguns casos, do cometimento de dois ilícitos dispostos no Código Penal – vale dizer, art. 154, relativo à violação de segredo profissional, e 355, concernente ao patrocínio infiel. A partir dessa perspectiva, o agente estaria, notadamente, acobertado pelas causas de justificação apontadas no art. 23 do Código Penal, podendo-se falar, à luz do caso concreto, em estado de necessidade ou estrito cumprimento de um dever legal – isso se, por exemplo, houvesse o impulsionamento de persecução penal, pelo Ministério Público, em face do advogado que deixou de efetuar as comunicações obrigatórias, que, ao fim e ao cabo, redundaram na tipificação do branqueamento de capitais.

Sinteticamente, portanto, o profissional da atividade advocatícia não possui a obrigação de cooperar com os órgãos de controle, no que se refere às políticas de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro, desde que exerça, em seu mister, as atividades privativas da advocacia referenciadas na Lei n.º 8.906/1994.

No particular das ações neutras, dessa forma, o advogado não possui qualquer dever normativo que possa, por exemplo, ser sopesado para avaliar a transposição de um risco permitido, uma vez que, mesmo que desconfie da ilicitude da origem dos honorários recebidos, não há nada que imponha a este profissional a necessidade de reportar às autoridades.

4.1.2 O advogado como sujeito ativo de crime de lavagem de dinheiro relacionado à prestação de seus serviços

Evidentemente, o advogado não está imune à lei, de modo que, dadas as devidas circunstâncias, poderá ser sujeito ativo de crimes relacionados a sua profissão. O que nos interessa, porém, é este como sujeito ativo do crime de branqueamento de capitais, em razão do recebimento de honorários maculados por origem ilícita e seus desenvolvimentos doutrinários, em uma primeira medida, alheios à temática das ações neutras.

De tal forma, para Geraldo Prado, a participação criminal de advogado em crimes alheios relacionados a sua profissão, fundamentalmente relacionados à lavagem de capitais, é um tema que está intimamente ligado ao exercício do direito de defesa – direito fundamental consagrado em todos os tratados internacionais de direitos humanos – na medida em que o afastamento ou limitação do seu exercício importa em enfraquecimento das garantias afetas a própria atividade advocatícia¹⁹⁷.

Sob um ponto de vista inicial, não há dúvidas de que os chamados honorários simulados possuem tipicidade penal. É dizer que o advogado estará enquadrado nos lindes do crime de lavagem de capitais se, porventura, “recebe valores a título de honorários e devolve parte deles como *suposto empréstimo* ou *pagamento de serviços inexistentes* ao cliente, contribuindo para o seu mascaramento”¹⁹⁸. Nesse passo, a teoria geral da participação criminal seria suficiente para aferir a responsabilidade penal do advogado, a título de participação, na medida em que deu causa, dolosamente, ao resultado, em que pese a ação delituosa não tenha sido sua.

A indagação que se posta, de toda sorte, é a seguinte: se o advogado presta os seus serviços, cobra por estes, emite nota fiscal e recebe seus proventos advindos de recursos ilícitos, provenientes da prática de crimes, haverá a ocorrência de crime

¹⁹⁷ PRADO, Geraldo. **Ações neutras e a incriminação da advocacia**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 12/10/2017.

¹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei n.º 9.613/98 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

de lavagem de dinheiro por parte do causídico? Este poderá ser responsabilizado criminalmente? Veremos, pois, em um primeiro estágio, o que entende parcela da doutrina.

Algumas soluções para esse tema foram desenvolvidas para lidar especificamente com o particular do advogado como sujeito ativo de delito. Nessa senda, desdobramentos teóricos buscaram dar uma resposta ao problema a partir da tipicidade¹⁹⁹.

No que toca ao elemento subjetivo, com amparo no exemplo outrora arguido, no sentido da dissimulação da origem de bens, recursos ou valores oriundos da prática delitiva, por parte do advogado, (leia-se simulação de contrato de honorários advocatícios) é cediço que o profissional irá empreender a sua conduta com dolo direto. A simulação, portanto, de contrato de honorários importa na responsabilização criminal do advogado. Por certo, essa situação redundará na ausência de contraprestação aos valores empregados pelo representado que, ao cabo, retornam para si. No que se refere, ainda, ao elemento volitivo da conduta em análise, a tipicidade se volta para casos envolvendo os chamados “honorários simulados ou fingidos”. Na solução do dolo, destarte, a conduta do advogado irá adquirir, sem dúvida, relevância penal se houver, indubitavelmente, conhecimento acerca da origem delitiva do ativo. Em linhas gerais, o dolo direto²⁰⁰.

Entretanto, quando há a efetiva prestação de serviços, a análise do tipo subjetivo pode ensejar percalços para a atividade advocatícia. Na doutrina de Fernando Dias, analisar eventual responsabilidade penal do advogado, tendo-se por norte matrizes de viés subjetivo, importa, em última análise, em prejuízo a este,

¹⁹⁹ Outras soluções, além da tipicidade objetiva e subjetiva, indicadas para dar cabo ao problema ora aventado se projetam em relação às causas de justificação. Dentre essas, se destacam, primeiro, a exclusão da ilicitude da conduta por conta do legítimo exercício regular de um direito, ofício ou cargo. Noutros cenários, a imputação não seria possível por existir uma preponderância de princípios como a presunção de inocência e, também, do próprio direito de defesa. Além disso, Kai Ambos buscou desenvolver uma teoria disposta que o advogado deve atuar de acordo com a boa-fé, de sorte que deverá se convencer da inocência de seu cliente. Do contrário, inexistindo essa certeza, não deveria representá-lo, para que não seja responsabilizado por eventual delito de lavagem de dinheiro. Por certo, esse último critério desenvolvido não se adequa ao plano da realidade das coisas e mitiga, em última análise, a própria imutabilidade do direito de defesa. Nesse sentido: DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras.** In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal: leis penais especiais I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 677-711.

²⁰⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. A temática da lavagem de capitais e o recebimento dos honorários por parte do advogado criminalista. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 214. São Paulo: IBCCRIM, set/2010.

porquanto para aferição de dolo ou culpa em sua conduta é necessário que o causídico passe por uma investigação criminal²⁰¹. Noutra quadra, não se pode, sob nenhuma circunstância, conceber a ideia de que o advogado deve supor a origem ilícita dos valores recebidos por meio de honorários, excluindo-se a possibilidade de dolo eventual, na medida em que “além de procurar além dos umbrais do aceitável, é, também, incorrer-se em afetação de princípios maiores dados à defesa e ao exercício profissional, verdadeiros princípios constitucionais”²⁰².

No que toca à tipicidade objetiva, a doutrina tem alcançado diversas soluções. Nessa senda, há perspectiva que trata a temática sobre a redução teleológica do tipo, considerando o problema a partir do bem jurídico. Isto é, em que pese a indefinição do bem jurídico em relação ao crime de lavagem de dinheiro, cediço que, nessa visão doutrinária, se considera como a Administração da Justiça. À luz dessa dinâmica, eventual responsabilização criminal do advogado que recebe honorários maculados por delito importaria em dupla ofensa ao mesmo bem jurídico, porquanto, de um lado estaria se afetando o disposto na norma incriminadora (art. 1.º da Lei n.º 9.613/98) e, de outro lado, a profissão advocatícia restaria dificultosa (art. 355, CP). O problema, contudo, é a indefinição do bem jurídico no que tange ao crime de lavagem de dinheiro²⁰³.

Noutra senda, partindo de uma leitura constitucional do direito de defesa (art. 5.º, incs. LV, LXIII e LXXIV, CF), a criminalização do advogado por receber honorários maculados não seria uma medida considerada proporcional por violar a ampla defesa. Adverte, porém, Fernando Dias que essa reserva estaria restringida a hipóteses voltadas ao contencioso judicial e administrativo e não a outras tantas formas de advocacia²⁰⁴.

Também em um viés constitucional, a doutrina aponta para um conflito constitucional no âmbito da problemática abordada. Isso porque dois dispositivos

²⁰¹ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação**: análise sob a perspectiva das ações neutras. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**: leis penais especiais I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 677-711.

²⁰² SCHORSCHER, Vivian Cristina; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia**: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**: leis penais especiais I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 493-523., p. 500.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

insertos na *Lex Mittor* que se vinculam ao direito de defesa – o direito à eleição de um defensor (art. 5.º, inc. LXIII) e da assistência judiciária gratuita (art. 5.º, inc. LXXIV) – se mostram antagônicos. Em 04 de julho de 2001, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que não há cerceamento aos direitos fundamentais na hipótese, porquanto ninguém pode se reservar ao direito de receber proventos advindos de prática delitiva e, também, não se macula o direito à livre escolha de advogado, posto que a contratação deste se vinculará à capacidade econômica do representado, de modo que, em não tendo recursos financeiros, este deverá ser assistido pela Defensoria Pública. É certo, contudo, que tal decisão foi criticada pela doutrina especializada, pois parte de presunções, na medida em que “a supressão da garantia de livre escolha implica em considerar, em momento inicial, que todo e qualquer valor tido pelo réu vem a ser de origem ilegal”²⁰⁵.

No julgado alhures telado, os advogados contratados pelos réus, os quais formavam, nos anos 1990, um grande esquema de pirâmide financeira, foram condenados em primeira instância a 09 (nove) meses de prisão, a partir da premissa de que saberiam, indubitavelmente, que o dinheiro era advindo da prática delitiva. No entanto, em 30 de março de 2004, o Tribunal Constitucional da Alemanha desconstituiu a sentença anterior, ao argumento, como explica Mercedes Pérez Manzano, de que (i) a imputação do advogado representa uma ofensa ao direito de exercer o mandato outorgado e o direito de defesa, porquanto a possibilidade de ser suspeito de lavagem de dinheiro gera um tensionamento na relação profissional, mormente pela nebulosidade e amplitude, na hipótese, do elemento subjetivo do branqueamento de capitais (dolo eventual ou culpa); (ii) também pode existir uma quebra na relação de confiança advogado-cliente, assim como no próprio dever de confidencialidade e; (iii) ao contrário da decisão anterior, em uma leitura constitucional, o representado não pode se ver obrigado a ser assistido por defensor dativo²⁰⁶.

²⁰⁵ SCHORSCHER, Vivian Cristina; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia**: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**: leis penais especiais I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 493-523, p. 500.

²⁰⁶ MANZANO, Mercedes Pérez. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutras”**. La sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid, p. 789-935.

De mais a mais, a predita jurista entende que imputar a conduta de lavagem de dinheiro ao advogado, por conta do recebimento de honorários maculados por origem criminosa, envolve dois relevantes pontos: o primeiro, que se vincula ao próprio recebimento da contraprestação, o qual se revela inócuo por ser algo absolutamente normal, sendo uma conduta neutra, portanto e; o segundo que os valores adimplidos surgiram diretamente da empreitada criminosa antecedente do acusado. Em relação a este, adverte que ter conhecimento sobre a origem do dinheiro não é perceptível para qualquer um e, também, não deve ser uma informação obrigatória para o causídico. Assim, conhecer a origem do dinheiro, supondo que todo o patrimônio do acusado carece de licitude, excede a um saber necessário do procurador²⁰⁷.

Noutro cenário, Geraldo Prado indica que para avaliar possível tipicidade penal enquadrada no fato de ter, o advogado, recebido honorários advindos de prática delitativa suscita, em último plano, uma análise dos elementos típicos muito mais rigorosa do que o ordinário. Isso porque a profissão advocatícia demanda, em razão de suas especificidades e envolvimento com questões tão caras a um Estado Democrático de Direito, um maior rigor técnico²⁰⁸.

Rodrigo Sánchez Rios, em seu turno, enfrenta a problemática abordada a partir da relação específica entre o recebimento de honorários maculados por delito e a consumação da lavagem de capitais. Em seu pensamento, para se ter uma resposta dogmaticamente adequada, é necessário transpassar pela base político-criminal do indigitado delito, inclusive pela imposição de deveres normativos aos advogados, distinguindo a controvérsia na prestação dos serviços contenciosos e nos consultivos. Ocorre, contudo, em seu raciocínio, que os deveres de cooperação normativa (se) impostos aos advogados deturparia o papel constitucionalmente conferido à classe, sepultando princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, como o sigilo e a independência funcional²⁰⁹.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ PRADO, Geraldo. **Ações neutras e a incriminação da advocacia**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 12/10/2017.

²⁰⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. **A temática da lavagem de capitais e o recebimento dos honorários por parte do advogado criminalista**. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 214. São Paulo: IBCCRIM, set/2010.

Dessa feita, o predito jurista explica que uma das respostas plausíveis para resolver a problemática de imputações insensatas aos advogados – chegando-se ao extremo, em alguns casos, de impor ao acusado por lavagem de dinheiro em processo penal a contratação de advogados dativos, unicamente, partindo da presunção de que todos os seus valores foram havidos pela prática do crime antecedente – se dá na óptica das ações neutras, socialmente adequadas ou *standards*. Tem-se, à base disso, uma busca idônea para traçar diferenciações concretas no campo da cumplicidade e também no tipo – fundamentalmente no objetivo – ao escopo de dirimir sentido delitivo na conduta ou se esta excede a um risco juridicamente aprovado. Recorrer aos aspectos atinentes à teoria da imputação objetiva, portanto, é um postulado necessário para transpor as dificuldades advindas do (insuficiente) critério da causalidade²¹⁰. O autor conclui seu raciocínio da seguinte maneira:

(...) uma atuação pautada no cumprimento das regras deontológicas da profissão, atinentes a normativa extrapenal referente às suas prerrogativas, capaz de demonstrar a inexistência de qualquer liame de instrumentalidade com a conduta do agente do delito principal, revela-se suficiente para se interpretar restritivamente a figura típica da lavagem, optando-se pela solução do tipo objetivo e defendendo-se a atipicidade da conduta²¹¹.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi também se incursionaram acerca do problema referente à atuação advocatícia. Em linhas gerais, sustentam que o advogado, em que pese um possível dever de cooperação normativa – como se viu, não compreende as atividades privativas de advogado -, não excede a um risco permitido. Isso porque, de acordo, fundamentalmente, com a tese desenvolvida por Rassi²¹², a aferição de tal risco está umbilicalmente relacionada com o art. 13, §2.º, do Código Penal. De tal arte, o advogado não é garante do bem jurídico em possível delito de lavagem de dinheiro praticado por terceiro e, ainda que saiba das intenções delitivas do agente, não poderá ser responsabilizado a título de participação criminal²¹³.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

²¹² RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2014, 151p.

²¹³ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. Boletim IBCCRim. Ano 20, n.º 237. São Paulo: IBCCRIM, ago/2012.

4.1.3 Do tratamento jurídico penal adequado sob o contexto das ações neutras no case específico do advogado

Nesse ponto, retomamos a discussão segundo o qual perfilha discussões dogmáticas acerca da atuação do advogado, no *case* específico indigitado, fundamentalmente do criminalista, no que tange ao recebimento de honorários advocatícios em contraprestação a serviços praticados na seara judicial.

Em nosso exemplo, trazemos à baila o caso de causídico que recebe proventos de notório contraventor penal, o qual, segundo consta, alavancou todos os seus rendimentos através da exploração econômica de jogos de azar.

De igual maneira, em toda a exposição doutrinária trazida alhures, fizemos a explanação das teorias atualmente existentes. Vale lembrar, todas no âmbito da tipicidade, ora vinculadas ao tipo objetivo, ora ao tipo subjetivo e, até mesmo, compreendendo uma conexão entre ambos. Justamente, nesse cenário é que se desenvolverá o argumento, o qual, em nosso raciocínio, se projeta como a resposta mais adequada, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Por certo, pensar o problema a partir do *case* abordado é tarefa, sem dúvida, árdua. Veja-se que o advogado que recebe honorários maculados por dinheiro ilícito, presta serviços ao seu representado e emite a competente nota fiscal aparenta-nos como uma conduta inócua, situada dentro da mais estrita normalidade e cotidianidade. A grande questão que se coloca, nesse plano, é acerca do elemento volitivo da conduta. Há a necessidade de trazer a lume investigação no que toca ao tipo subjetivo se o causídico, na sua atuação, se encontra amparado por um risco permitido?

Sobre o elemento volitivo, ainda, do cúmplice, é preciso alertar que o crime de lavagem de dinheiro, objeto de nosso estudo específico, não prevê forma culposa. Quer dizer, o estudo particular do tema no contexto do Direito Positivo Brasileiro (tendo em vista que juristas de outros países enfrentam o problema, no mais das vezes, a partir de dados do seu ordenamento jurídico, que, em muitos casos, possuem imprecisões acerca do elemento subjetivo da lavagem de dinheiro, admitindo-se a culpa), necessariamente se volta para o dolo ou o dolo eventual. Se se formos tratar,

de igual forma, acerca da possibilidade de participação culposa em crime doloso, temos que referir que a convergência da tipicidade subjetiva se revela indispensável para a delimitar a participação punível. Por isso, entendemos que não poderá existir participação culposa em crime doloso.

Ao revés, no que toca especificamente ao caso do advogado, é forçoso reconhecer-se que as teorias propostas no âmbito do tipo objetivo parecem conseguir dar um respaldo dogmático a esta situação, na medida em que, ao que tudo indica, o tipo subjetivo, nesse particular enfocado, prescinde de análise. É dizer, o referido profissional se encontra, em razão de diversos fatores externos, inserido dentro de um contexto que expressa a mais absoluta normalidade, dentro, portanto, de um risco permitido, sendo uma conduta totalmente lícita e conforme ao Direito. Ainda, a proibição da conduta não se mostrará idônea para salvaguardar o bem jurídico, em virtude, eminentemente, da ubiquidade da conduta, posto que além de essa conduta ser absolutamente normal para a prática advocatícia, existem muitos advogados.

Ora, se o patrono agiu de maneira completamente profissional, dentro dos estreitos limites propostos pelas normativas que regem a sua profissão, prestou os serviços advocatícios – ou seja, defendeu o representado no contencioso criminal - e recolheu os tributos devidos, não há nada que possa levar a uma discussão sobre uma referência a um sentido delitivo na sua conduta. Aliás, esta proposição – advinda das teorias subjetivas – sequer demanda verificação no plano fático abordado. Então, isso quer dizer que a proposição teórica que transita no tipo objetivo consegue dar uma resposta adequada para a indagação.

Se formos compulsar tecnicamente a doutrina que estabelece propostas pautadas no tipo subjetivo, as quais, como referido alhures, se projetam para a necessidade de o agente externar uma propensão factível à prática delitiva – vale dizer, referência a um sentido delitivo -, se denota como algo, em nosso exemplo, inócuo. Isso porque, como aludido, se o advogado observa todos os limites impostos e age de maneira absolutamente normal, não há motivo para analisar subjetivamente a ação.

Noutro viés, impor ao advogado que pressuponha a origem ilícita dos montantes recebidos por seus serviços vai além das funções que a sua profissão lhe outorga, que é exercer tecnicamente o direito de defesa do acusado no âmbito do contencioso criminal. Além de existir, nessa hipótese, uma desmedida presunção de

que todo o ativo do réu em processo penal é advindo de prática delitiva, o que o advogado não tem como supor, a atuação do referido profissional também deve se pautar no princípio da confiança.

Ademais, a doutrina exposta no presente trabalho também traz à tona uma relevante questão, ao escopo de avaliar as ações neutras: o caráter ubíquo da ação. Isso quer dizer que, no âmbito do nosso exemplo, se um causídico se nega a prestar serviços para alguém que, possivelmente, adimplirá os honorários com valores oriundos da prática delitiva, não terá, o autor principal, grandes dificuldades para contratar outro profissional, posto que a conduta indigitada está dentro dos limites de normalidade e cotidianidade da vida. De tal modo, a proibição da conduta não será idônea para a salvaguarda do bem jurídico. O contrário, aliás, ensejaria uma grave e inconstitucional limitação do exercício da atividade advocatícia e, também, do direito do representado ao exercício da ampla defesa.

Por isso, no caso em apreço, o tipo objetivo é suficiente para desconstruir a tipicidade da ação, porquanto a conduta do advogado está inserida dentro de um risco permitido, o qual, em que pese concorra para o injusto, não adentra na seara do ilícito penal. De igual maneira, a proibição da conduta não é idônea para gerar melhora ao bem jurídico tutelado, fundamentalmente pela ubiquidade da conduta. É dizer, em linhas curtas, que se o causídico não prestar os serviços, outro, certamente, o fará.

4.2 O COMPLIANCE OFFICER

No que pertine ao *compliance officer* e a sua vinculação ao tema das ações neutras, é preciso, antes de mais nada, expor em qual contexto está inserido esse tipo de profissional e, em quais circunstâncias, embasaremos a nossa análise fática à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, é imperioso esmiuçar o próprio conceito de *compliance* com amparo em todas essas disposições que buscam a coibir a prática de lavagem de dinheiro e, por assim dizer, também à prática de terrorismo – pouco discutida no Brasil, porém, globalmente, vinculada, estreitamente, ao crime de lavagem de dinheiro. É dizer, o *compliance* está inserido dentro de uma temática que se enalteceu, especialmente, ao depois dos atentados terroristas de 11 de setembro, muito embora tenha sido formatado nos anos 1980.

Sinteticamente, o *compliance* é um termo de origem anglo-saxão, que alude a uma função que as entidades privadas possuem de detectar e gerir “el riesgo de incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas a través del establecimiento de políticas y procedimientos adecuados”²¹⁴. A sua procedência se dá, especificamente em relação à lavagem de capitais, nos Estados Unidos da América, através das 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), em 1990. Depois dos ataques terroristas de 11 de setembro, o GAFI editou mais nove recomendações. A partir disso, em âmbito internacional, se desenvolveu, com referências nas recomendações do GAFI, a Diretiva 91/308/CEE na Europa, em 10 de junho de 1991²¹⁵. Quer dizer, com base nesse arcabouço, é possível perceber-se que o grande *start* do *compliance* em âmbito global se deu através do terrorismo.

Sucedem que os programas de *compliance* se desenvolveram a partir de uma nova perspectiva político-criminal com vistas à cooperação entre o poder público e a iniciativa privada, a qual, em um primeiro momento, surgiu em face da crise da desregulação de mercados e dos grandes escândalos de corrupção ocorridos, por exemplo, com a *Siemens*. Esse sistema de prevenção ao combate a lavagem de dinheiro foi inaugurado no final dos anos 1980 do século passado e caracteriza-se por uma regulação muito estrita para prevenir, detectar e sancionar a lavagem de ativos²¹⁶. Além disso, segundo Blanco Cordero, se ampliou, marcado pelo processo de globalização, a partir da desregulação dos mercados financeiros e pela diminuição dos controles do Estado e Organismos Internacionais sobre o sistema financeiro. Assim, o setor privado se viu obrigado a criar sistemas internos de prevenção a ilícitos de ordem penal²¹⁷. É o que se chama de *autorregulação-regulada*.

Segundo Sieber, *autorregulação-regulada* se caracteriza pela criação, pelo Estado, de disposições que criam conceitos detalhados ou instituem estruturas que estimulam a autorregulação. No entanto, esse sistema pode produzir colisões e distorções, segundo o jurista, uma vez que com obrigações, como as impostas pela Lei de Lavagem de Dinheiro, em que pese voltada a compensar o déficit da regulação

²¹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica.** Eguzkilore, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138, p. 120.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem.

estatal, pode intervir nas relações privadas, através da quebra de confiança, podendo o empresário adulterar ou alterar os dados enviados aos órgãos de controle²¹⁸.

Blanco Cordero também acentua para a ocorrência de *conflicto de intereses*, porquanto, em se tratando de empresas com fins comerciais, que perquirem o máximo de lucros, esse cumprimento de deveres possivelmente conflitará com o interesse de alguns clientes que querem sigilo máximo de suas movimentações²¹⁹. Nesse mesmo sentido, ressalta Andrei Zenkner Schmidt, para o caso do advogado, o qual detém um sigilo bastante particular com seus clientes, e do contador que tem acesso a dados que, inclusive, são resguardados por sigilo constitucional (art. 5.º, X, da Constituição Federal de 1988)²²⁰.

Rodrigo Sanchez Rios e Caio Antonietto explicam que a maior intervenção do Estado no mercado (exigindo-se as práticas integrativas de *compliance*) advêm de situações concretas, como a intervenção de instituições financeiras em transferências ilícitas de valores, manipulação de juros, perdas suprimidas dos olhos dos órgãos de regulação, bem como fraudes praticadas por empresas como *Siemens* e *Parmalat*. Asseveram que, por conta desses escândalos, estimulou-se a criação de diversas regulamentações visando a limitar a autonomia usufruída alhures pelo setor bancário e grandes companhias²²¹. Destarte, com amparo nessa nova temática de intervenção estatal, situa-se o *compliance*, de modo que a globalização, internacionalização de empresas, revoluções tecnológicas, abertura de mercados financeiros, acesso facilitado ao capital, maiores transferências de informações, dentre outros, surtiram essa problemática da regulação dos setores de atividades empresariais²²². A acepção de *autorregulação* no âmbito do *compliance* parte da premissa de que as empresas exercerão a função de prevenção de ilícitos, as quais são de competência estatal, de

²¹⁸ SIEBER, Ulrich. **Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la Empresa**: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto; SÁNCHEZ, Salazar (coords.), **Homenaje a Klaus Tiedemann**. Dogmática penal de Derecho penal econômico y política criminal, Lima: Tomo I, 2011, p. 205-246.

²¹⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales**: estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. Eguzkilore, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138.

²²⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 194.

²²¹ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance** – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114, São Paulo, mai/jun. 2015, p. 341-375.

²²² Ibidem.

modo que “o Estado, por reconhecer-se incapaz de fiscalizar os desvios, terceirizasse a competência que, antes, era institucionalmente exercida por ele com exclusividade”²²³.

Nesse ponto se insere o que pretendemos abordar, uma vez que a corporação exercerá, na pessoa do *compliance officer*, a função de prevenir, identificar e eliminar as atividades ilícitas.

No Brasil, como exposto anteriormente, tendo a sua gênese com a entrada em vigor da Lei n.º 9.613/98, com a Resolução n.º 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional e, especialmente enaltecida com a Lei n.º 12.683/2012, cujas premissas estabeleceram a necessidade de práticas positivas, por diversos segmentos corporativos, tendentes a identificar e reportar eventuais movimentações financeiras atípicas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a importância do *compliance* restou, finalmente, concebida. Conforme expõe Andrei Zenkner Schmidt, não se tratou, porém, de uma imposição legislativa de criação de programas de *compliance*, mas sim a sua estimulação²²⁴.

Partindo-se desse cenário, o art. 9.º da Lei n.º 9.613/1998 decretou que empresas, as quais a principal atividade, de modo eventual ou permanente, seja uma daquelas aludidas no rol do artigo (compra e venda de imóveis, comércio de bens de luxo ou alto valor, negociação de atletas, instituições financeiras, etc.) deverão reportar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras todas as movimentações consideradas atípicas (o que se identifica com base em resolução administrativa disponibilizada pelos órgãos reguladores do segmento ou, na ausência destes, pelo próprio Conselho de Controle de Atividades Financeiras).

Além disso, outras obrigações acessórias, inseridas no corpo do art. 11, inc. I, da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, indicam a indispensabilidade de especial atenção às operações que possam constituir indícios dos crimes de lavagem de capitais²²⁵. Nessa perspectiva, encampou-se, no Brasil, a necessidade de observância

²²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 179.

²²⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 182.

²²⁵ Essa necessidade normativa teve (e tem) tanta importância no (novo) cenário jurídico nacional que, à época da discussão acerca da necessidade de mudança na Lei n.º 9.613/98, novos tipos penais foram propostos com o escopo de censurar criminalmente condutas que visassem a retardar as

aos deveres de conduta insertos na Lei n.º 9.613/98, com o que alcançou relevantes desdobramentos no que toca à responsabilização penal de dirigentes corporativos, *compliance officers* e colaboradores de empresas.

Compliance officer, segundo Ricardo Robles Planas, possui as seguintes funções dentro do âmbito empresarial:

Acopia todas las informaciones relevantes y tiene facultades de inspección y de obtención de información de toda la empresa. Tiene asimismo facultades decisórias sobre los eventuales controles y las investigaciones sobre las posibles sospechas. Es independiente en términos organizativos, económicos y materiales, aunque carece facultades ejecutivas. Sus deberes de información incluyen un derecho de escalada, consistente en poder dirigirse directamente a la cúpula de la empresa para transmitirle la información relevante fruto de su actividad. Como puede comprobarse, el responsable de cumplimiento es tan sólo un órgano auxiliar²²⁶.

Em síntese, o *compliance officer* possui a faculdade de, no universo corporativo, cumprir as obrigações legais impostas à pessoa jurídica que representa. No contexto de instituição financeira, destarte, este profissional deverá cumprir, por exemplo, as normativas do Banco Central no que toca às movimentações bancárias que, por suas especificidades, podem gerar a ocorrência de crime de lavagem de dinheiro.

4.2.1 A responsabilidade penal do *compliance officer*

No viés da responsabilidade penal do agente financeiro, nas hipóteses em que este tem conhecimento acerca de delito, mas nada faz para impedi-lo, é que transita a zona mais cinzenta desse tema. Não é, nesse prisma, aferir a responsabilidade daquele que executa o verbo nuclear do tipo, mas sim aquele que, de forma ou outra, concorre para a prática do ilícito-penal. É nessa abrangência específica que os delitos financeiros geram mais controvérsia, sendo aqueles praticados por indivíduos que estão situados entre a participação criminal e a mera conduta cotidiana ou neutra,

comunicações obrigatórias. Nesse sentido: DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro**. Campinas: Millennium, 2008, p. 42.

226 PLANAS, Ricardo Robes. **El responsable de cumplimiento (“compliance officer) ante el derecho penal**. In: SANCHEZ, Jesus-Maria Silva (Dir); FERNANDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**, Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 319-331.

desenvolvida corriqueiramente pelo agente que possa ser utilizado pelo autor principal para a prática de seu desiderato delitivo²²⁷.

Para esses casos, na óptica de Callegari, a solução que se encontra está no âmbito da teoria da imputação objetiva, de modo que se a conduta do agente não cria um risco desaprovado, não há que se falar em crime no seu particular. Do contrário, se excede a um risco permitido e tal risco proibido se realiza no resultado, haverá punibilidade. De tal arte, a questão do tipo objetivo, nesta sorte de delitos, deve ser sopesada de forma precedente ao subjetivo. Aliás, somente se ingressará na discussão atinente ao elemento volitivo se, porventura, o tipo objetivo não estiver preenchido, pautado nos critérios advindos da imputação objetiva²²⁸. Tem-se, desta forma, que:

Determinados comportamentos do agente financeiro podem “favorecer” de algum modo à comissão de um delito, mas o importante é verificar se este comportamento criou um risco juridicamente não permitido, ou, de outro lado, manteve-se dentro da conduta neutra do marco de atuação profissional realizada pelo agente. Assim, um comportamento profissional pode se constituir em denominado “ato neutro” e não será punível como participação criminal mesmo que seja uma contribuição fática (não normativa) à realização de um delito financeiro, desde que se comprove que dito comportamento do agente ficou coberto pelo rol (comportamento) social e profissional lícito em que atua (casos de gerentes de banco, contadores, administradores de contas, etc.)²²⁹.

Noutro cenário, Lobato e Martins trabalham a situação específica dos *compliance officers* à luz da Lei Anticorrupção (n.º 12.846/2013). Isso porque o art. 42, inc. IX, do indigitado Diploma Legal incute ao âmbito corporativo a obrigação de contratação de profissionais responsáveis pela gestão de programas de integridade, cujos parâmetros sugerem a construção de setores específicos para fiscalizar os aludidos programas, os quais seriam compostos, de tal feita, pelos profissionais ora em destaque. Dentro desse viés doutrinário, compete ao *compliance officer*, de modo básico, o desenvolvimento e gestão do programa de integridade, criando e aprimorando permanentemente regras de conduta, apoiando a alta cúpula da

227 CALLEGARI, André Luís. **A ação penal 470 e os limites da responsabilidade penal dos agentes financeiros**. Boletim IBCCRim. Ano 21, n.º 242. São Paulo: IBCCRIM, jan/2013.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ibidem.

empresa, dando aconselhamentos e treinamentos preventivos a todos da corporação, atentando para os riscos e possíveis crimes praticados na empresa, gerindo investigações internas, dentre outras tantas atribuições²³⁰.

Destarte, com estas tantas tarefas, surge-se a discussão acerca da responsabilidade penal desses agentes, em caso de prestação defeituosa dos seus serviços, tendo como norte dogmático, *ab initio*, a hipótese da omissão imprópria e seus corolários, através da assunção de deveres, por primeiro, impostos ao empresário. Tem-se, pois, uma delegação de responsabilidade, não sendo esta apriorística, entre o empresário e o *compliance officer*²³¹.

A intervenção penal do *compliance officer* pode se dar em três etapas do programa de cumprimento: *projeto de compliance*, na *implementação* e no *controle interno do cumprimento por parte dos órgãos e empregados*. Na primeira, a responsabilidade jurídica se enaltece se, porventura, o *projeto de compliance* não se adequar aos limites mínimos de qualidade impostos pela legislação – ou regras empresariais. A responsabilidade do *compliance officer*, portanto, ocorre se este apresenta à direção da empresa um projeto inidôneo e esta última o aprova com base no princípio da confiança. Já em relação à *implementação*, momento no qual o encarregado deverá capacitar os empregados envolvidos nas atividades de risco, assim como prover o cumprimento da legislação, a responsabilidade penal surgirá na medida em que a *implementação* do programa de *compliance* seja inadequada e, inclusive, pautada em um projeto deficiente, como, por exemplo, na capacitação e difusão de regras inverídicas ou incorretas. Em outro cenário, a terceira etapa não precisa se vincular a um projeto ou implementação inadequada. Nessa senda, não obstante exista na empresa um projeto e uma implementação idônea de *compliance*, se o *compliance officer* deixa de reportar fatos ilícitos, quebrando com seus deveres de controle e vigilância, esse terá responsabilidade penal pelo resultado criminoso. Essa intervenção do *compliance officer*, no entanto, poderá ter duas vias, a depender

²³⁰ LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. **Considerações preliminares sobre a responsabilidade criminal do *compliance officer***. *Boletim IBCCRim*. Ano 24, n.º 284. São Paulo: IBCCRIM, jul/2016.

²³¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. **A temática da lavagem de capitais e o recebimento dos honorários por parte do advogado criminalista**. *Boletim IBCCRim*. Ano 18, n.º 214. São Paulo: IBCCRIM, set/2010.

das competências que lhe foram delegadas: através da obrigação de deter ou evitar o cometimento de crimes no seio empresarial; ou, por outro lado, se não houver essa incumbência, “*la identificación de tales hechos o procesos debería ser un reporte inmediato por parte del CO a la dirección de la empresa, para que sea ella quien resuelva respecto del hecho reportado*”²³².

No espectro de abrangência do ordenamento positivo brasileiro, como não há um tipo penal específico que crie condutas proibidas – ilícitas penalmente – ao *compliance officer*, no viés de Lobato e Martins, em caso de violação de suas funções – por exemplo, ausência de reporte de dados indispensáveis que se destinariam a evitar, no âmbito da empresa, crime que, ao depois, vem a ser praticado – a sua responsabilidade penal se filiará aos primados da omissão imprópria. Tendo-se por norte que o referido dever não é apriorístico, sendo, então, delegado pelo empresário através de imposição de práticas positivas a este, e, em face da imprecisão da Lei Anticorrupção nesse particular, não há como imputar omissão imprópria ao *compliance officer*, posto que decorrente de mera dedução²³³.

4.2.1 Da discussão doutrinária sobre a responsabilidade penal do *compliance officer* a título de omissão imprópria

Discute-se muito, na doutrina especializada, nos anos recentes, a questão da responsabilidade penal do *compliance officer*, muito em virtude das recentes promulgações de leis específicas de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Assim, por conta destas inserções normativas de responsabilidades – e, também, em virtude da expressa recomendação na Lei de Lavagem de Dinheiro à criação de setores específicos para dar conta das obrigações de cooperação normativa – as discussões dogmáticas sobre responsabilidade criminal dos agentes obrigados se tornou bastante rica.

²³² BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La intervención delictiva del *compliance officer***. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Ingo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**, Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 171-205, p. 183.

²³³ LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. **Considerações preliminares sobre a responsabilidade criminal do *compliance officer***. Boletim IBCCRim. Ano 24, n.º 284. São Paulo: IBCCRIM, jul/2016.

Nesse arcabouço que se insere o debate – alheio, em partes, à questão das ações neutras – no que toca ao correto enquadramento jurídico-penal dos *compliance officers*. É dizer, nessa senda, se, por existirem obrigações de cooperação normativa, estão estes profissionais em posição de garante?

Na realidade brasileira, a partir da inserção do art. 13 e parágrafos seguintes do Código Penal, a omissão terá o mesmo efeito penalístico da ação, quando o agente, em razão de um dever jurídico, se postar na posição de *garante* da não-ocorrência do resultado. Especificamente no que concerne à primeira hipótese contida no §2.º do art. 13 do Código Penal, assevera Francisco de Assis Toledo, que o dever de evitar o resultado sempre, necessariamente, deriva de uma norma jurídica (não sendo uma causalidade fática, portanto, mas sim jurídica), não ingressando, portanto, deveres meramente éticos, religiosos ou morais²³⁴.

Via de regra, a omissão imprópria, conforme explica Juarez Cirino dos Santos, tem por baliza a posição do garantidor do bem jurídico, a quem engendra-se o dever especial de agir “cuja lesão implica responsabilidade penal pelo resultado (doloso ou imprudente), como se fosse cometido por ação”²³⁵. René Dotti expõe, por sua vez, que nem toda omissão é tida como causa do evento típico, sendo somente aquela que implica uma violação a um dever, de natureza jurídica, de agir. Portanto, nesses crimes, a causalidade não é de fato, mas sim jurídica, que consiste na hipótese em que o omitente não atuou quando deveria ter feito, a fim de evitar o resultado²³⁶.

Para Juarez Tavares, no que pertine aos deveres do garantidor, o ponto que se releva imperioso, em um primeiro momento, é a determinação de sua fonte e de seus limites. Quer dizer, se a relação entre o omitente e a vítima, ou este e a fonte produtora do perigo ensejariam uma obrigação de impedir o resultado. Daí se dizer que a responsabilidade pelo resultado pode ser absorvida à luz de dois pressupostos: uma precisa identificação dessas condições e de uma diligente identificação de que o agente era capaz de evitar o resultado. Acrescenta, o jurista, que essa condição somente pode advir de uma norma legal²³⁷.

²³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

²³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p.192.

²³⁶ DOTTI, René Ariel, **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

²³⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 45.

Sob outro enfoque, Andrei Zenkner Schmidt analisa que a temática do garantidor deve ser analisada através da *reserva de lei*. Nesse sentido, assevera que os crimes comissivos, para serem imputados a título de omissão, devem ser condicionados à satisfação da fonte de agir, conforme preceitua o art. 13, §2.º, do Código Penal. Além disso, a fonte do dever de garantia estará adstrita à *taxatividade*, na medida em que o dever de agir deve estar disposto em lei ou em outro meio jurídico válido²³⁸.

Com amparo nesse arcabouço doutrinário, chega-se na discussão tendente a dirimir se há possibilidade de o *compliance officer* ser responsabilizado criminalmente, através de omissão imprópria, se, por acaso, deixa de reportar movimentações atípicas à alta cúpula da corporação – o que, conseqüentemente, redundará na prática de delitos no âmbito empresarial. Tais fatos se mostram ainda mais presentes nas hipóteses das pessoas físicas e jurídicas obrigadas pela Lei de Lavagem de Dinheiro. Muito embora não haja nenhuma determinação legal que estabeleça as condições de responsabilidade criminal do responsável pelo cumprimento das normas, há, na função do *compliance officer* uma relevante atuação que pode, em determinadas situações, evitar resultados delitivos.

Assevera Bottini que:

Para a responsabilização penal por omissão não basta que o dirigente tenha o dever de garantia. É necessário que o resultado seja previsível, que sua evitação seja possível (verificado em uma relação de causalidade hipotética), e que o agente tenha dolo na sua causação²³⁹.

Indispensável, pois, em sua doutrina, que para a responsabilidade criminal pelo descumprimento de previsão legal (dever), na forma de omissão imprópria, imprescinde da constatação do dolo do agente, somada à realização do tipo de lavagem de dinheiro:

Em suma, para haver a responsabilidade penal por *omissão imprópria* o agente deve (i) ter o dever expresso de garantir a não colaboração

²³⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

²³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prevenção à lavagem de dinheiro**: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, vol. 67, jan/mar. 2015, p. 163-195, p. 177.

da instituição com atos de lavagem de dinheiro; (ii) deixar de cumprir as normas vigentes para seu âmbito de atuação; (iii) colaborar – com isso – com a prática efetiva da lavagem de dinheiro e; (iv) ter dolo, intenção de facilitar o delito”²⁴⁰.

Na inteligência de Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo, o primeiro pressuposto para a delimitação do garantidor é a assunção de uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, de sorte que, nos dias atuais, não há legislação específica que determine qualquer obrigação ao *compliance officer*. Em outro ponto, no que concerne à criação fática de perigo ou responsabilidade por contrato, o *compliance officer* assume a função de estabelecer regras e critérios determinantes ao cumprimento da legislação específica à atividade e não de evitar todo e qualquer resultado advindo de crimes praticados no âmbito empresarial. Tal dever somente será assumido se o *compliance officer* efetivamente deter o poder de veto ou de suspensão de condutas de administradores. Portanto, “no caso de atos da diretoria, o *compliance officer* necessitaria ter poder de veto ou de impedimento de tais atos para assumir uma posição de garantidor”²⁴¹.

Assim, se, porventura, o *compliance officer* avisa à administração a possível ocorrência de ilícitos praticados e esta decide por nada fazer, não haverá imputação por omissão dolosa ao responsável pelo setor de *compliance*, sendo tal atribuída aos dirigentes da empresa. Ainda, ao analisar a figura do garantidor refletida no *compliance officer* é necessário o seguinte questionamento: “a interferência da ação omissiva teria alterado o curso causal, afastando-se o resultado?”²⁴². Desse modo, fácil concluir-se que, se o *compliance officer* relata à administração condutas ilícitas praticadas por este, por óbvio, não terá capacidade de evitar o seu resultado.

Noutro cenário, Prittwitz alude que os *compliance officers* são *garantes* de vigilância e não proteção, assim, para existir punibilidade destes se mostra indispensável a existência de um comportamento doloso, somente entrando em discussão eventual responsabilidade penal se, por acaso, o *compliance officer* não cumpra a sua função de reportar crimes ao escopo de evitar o resultado naturalístico,

²⁴⁰ Ibidem, p. 177.

²⁴¹ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o julgamento da APn 470**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106, São Paulo, 2014, p. 215-230, p. 228.

²⁴² Ibidem.

no curso do delito – ou seja, entre o início da consumação e o término material do fato punível²⁴³.

No viés doutrinário de Renato de Mello e Mariana Tranchesi Ortiz, discorrem sobre a possibilidade de imputação de agentes financeiros, em crimes especiais, pela figura do garantidor. Dentro desse contexto, o que se constata, em um primeiro momento, é a diferenciação entre o sujeito qualificado (*intraneus*) e o não-qualificado (*extraneus*). O reconhecimento da posição de garantidor, destarte, se restringe aquele que possua poder de disposição ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado, ou seja, em delitos especiais do *intraneus*. Concluem, dessa maneira, que o agente financeiro não pode ser responsabilizado por um delito especial, pois não é sujeito qualificado, podendo, no máximo, ser imputado na forma do art. 29 do Código Penal. Ainda, argumentam que não há disposição legal que determine que tal atue de uma forma ou outra. Ou seja, seu risco será sempre tolerável, limitando-se às sanções administrativas. Se a conduta se mostrar neutra, não há crime²⁴⁴.

Saavedra, em seu turno, aponta que, na Alemanha, o BGH (*Bundesgerichtshof* – *BGH Entscheidung von 17.07.2009-5 StR 394/08*²⁴⁵) decidiu por condenar um *compliance officer*, pois, tendo o dever de prevenir crimes no âmbito empresarial,

²⁴³ PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**, Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

²⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Tranchesi. **A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 54, São Paulo, out/2011, p. 231.

²⁴⁵ Segundo Ricardo Robles Planas, a descrição fática e jurídica do julgado é a seguinte: “En el caso concreto objeto de la sentencia, el acusado A. era miembro de la comisión de tarifas de una institución de Derecho público cuando se produjo un error de cálculo en las tasas a pagar por los ciudadanos. Posteriormente se detectó el error por parte de una nueva comisión de tarifas, ostentando el acusado entonces el cargo de director del departamento de revisión interna y director del departamento jurídico. El acusado B., que era miembro de la junta directiva, dio la orden de no corregir el error y A. no hizo nada para impedirlo. El BGH confirma la sentencia que condena a B. como autor (mediato) de una estafa y a A, como cómplice en comisión por omisión de la misma. Para ello, el BGH se plantea si el acusado, dada su posición de garante. Al respecto se niega – correctamente – la posibilidad de basarla en la injerencia y se pone el acento en la delegación de funciones de la empresa hacia el acusado A. Entiende el BGH que el empresario tenía una deber de protección del patrimonio de los potenciales afectados por las tarifas, dado que se trata de un organismo sometido a las reglas del Derecho público en el que los afectados no pueden comportarse como contratantes normales, sino que confían en la corrección legal de las tasas e impuestos que la empresa gestionaba para la comunidad. Ese deber de protección de los intereses de los ciudadanos le correspondía a la dirección de la empresa y fue delegado y asumido por A., quien lo infringió al no evitar la comisión del delito de estafa”. PLANAS, Ricardo Robles. **El responsable de cumplimiento (“compliance officer) ante el derecho penal**. In: SANCHEZ, Jesus-Maria Silva (Dir); FERNANDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**, Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 319-331.

assumiu a responsabilidade de impedir o resultado por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância (*garante*)²⁴⁶. O jurista, ademais, faz uma crítica ao modelo de prevenção da criminalidade econômica através da *autorregulação regulada* uma vez que, em vez de prevenir, acaba por criar uma escala de responsabilização penal dentro da corporação. Isso, em sua linha, se deve ao fato da ausência de diálogo do instituto de *compliance* e dos ramos do Direito Penal e Criminologia²⁴⁷.

Em outro cenário, Prittwitz explica que a função de *garante* aos *compliance officers* é perfeitamente factível em um contexto dogmático-sistemático-conceitual, porém, no plano prático, se revela remoto a partir de uma perspectiva político-criminal. Na primeira hipótese, o jurista faz referência à decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, vista alhures, que admitiu a responsabilidade penal por omissão imprópria do *compliance officer* a partir da assunção deste de deveres de custódia em relação a uma determinada fonte de perigo. Em tal *decisum*, não se faz presente (ou não se considera relevante) a discussão segundo a qual perfilha a natureza do dever legal do *compliance officer*, se seria de vigilância ou de proteção²⁴⁸.

Nesse sentido, o importante, à base disso, seria a assunção efetiva de um círculo de deveres, lembrando que nem toda assunção denota uma posição de

²⁴⁶ Ainda concernente à experiência alemã, há dispositivos legislativos que regulam a necessidade de observância de práticas positivas, como a Lei de Infrações Industriais (*Ordnungswidrigkeitengesetz: OWiG* – 25 de maio de 1968), que estipulou critérios sobre a responsabilidade por omissão do diretor de estabelecimento, além de outros preceitos do próprio Código Penal alemão. Schunemann, em meados dos anos 80, explicou que tais normativas eram insuficientes para fazer uma dedução analógica de uma posição geral de garantia do diretor de estabelecimento. O Catedrático da Universidade de Munique assevera que nem a garantia de lei e contrato, nem as categorias de vinculação natural e de aceitação, contêm elementos para equivaler uma ação a uma omissão fundamentada no dever de impedir o resultado na hierarquia de empresa. À época existiam duas correntes doutrinárias na Alemanha, sendo que a majoritária acreditava que o empresário estaria em posição de *garante* através de cada ato de aceitação descentralizadora; e a minoritária de que, em princípio, o diretor de estabelecimento não tem nenhuma responsabilidade por atos cometidos por seus subordinados, de modo que somente um domínio material sobre o objeto de perigo é justificativa para este estar em uma posição de garantia. Até o final da década de 80, segundo Schunemann, a jurisprudência alemã não havia aprofundado essa matéria, porém desde o Supremo Tribunal do Reich, em 1924, houveram decisões tendentes a responsabilizar criminalmente o dono de estabelecimento, na área especial de Direito Industrial, se estendendo a todo o âmbito de criminalidade empresarial. Nesse sentido: SCHUNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41, 1988, p. 529-558.

²⁴⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Compliance e prevenção à lei de lavagem de dinheiro**: sobre os reflexos da Lei n.º 12.683/2012 no mercado de seguros. Revista de Estudos Criminais, vol. 54, São Paulo, jul/set 2014, p. 156-180.

²⁴⁸ Conforme visto alhures, Prittwitz entende que o *compliance officer* é *garante* de vigilância, tendo, somente, a incumbência de reportar eventuais irregularidades no âmbito empresarial.

garante, senão aquelas que transferem ao agente uma relação especial de confiança²⁴⁹. De mais a mais, para o jurista alemão, a responsabilidade penal do funcionário encarregado de supervisionar eventuais crimes ocorridos no seio empresarial pode ser vinculada a um contrato laboral, no qual exista expressamente as funções de vigilância, sendo indispensável que se exclua de tal pacto que tais deveres também sejam atribuídos à direção da empresa²⁵⁰.

Mateo Bermejo e Omar Palermo sustentam que o ponto de partida para considerar a existência de uma posição de *garante* do *compliance officer* é que, usualmente, os titulares dessas funções são vinculados à alta cúpula da empresa e, por isso, possuem o domínio de fontes de perigo. Assim, ao delegar funções de controle e vigilância de uma área de competência da direção da empresa, com a consequente assunção de deveres, supõe também a posição de *garante* da pessoa encarregada. Na óptica destes juristas, a posição jurídica do *compliance officer* não é originária de sua função institucional, mas sim derivada da posição de *garante* do próprio empresário²⁵¹.

Robles Planas, em outra banda, alude a uma questão fundamental que perfilha estudos acerca da responsabilidade penal – quer dizer, função de *garante* – do empresário face ao *compliance officer*. Primeiro, argumenta que o empregado que executa fato delitivo, atuando de forma inteiramente particular, é auto responsável pelo crime que pratica. Todavia, se este age utilizando-se de um específico potencial de atuação (“*específico potencial de actuación*”) conferido por ser membro da empresa, advindo de conteúdo material ou jurídico, a cúpula da empresa responderá penalmente pelo fato, não podendo socorrer-se dos preceitos da autorresponsabilidade²⁵².

No que concerne à figura do empregado responsável pelo cumprimento de normas relativas à atividade empresarial, certamente, na intelecção de Robles Planas,

²⁴⁹ PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La intervención delictiva del compliance officer**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.

²⁵² PLANAS, Ricardo Robes. **El responsable de cumplimiento (“compliance officer) ante el derecho penal**. In: SANCHEZ, Jesus-Maria Silva (Dir); FERNANDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 319-331.

não poderá ser *garante* de proteção, ou seja, não terá a incumbência de evitar o resultado delitivo. Terá, contudo, a função de *garante* de controle e vigilância, pois a assunção de responsabilidade a este conferida é mais limitada do que aquela dada ao empresário. Ele deverá, somente, alertar a cúpula da empresa as irregularidades ocorridas no âmbito empresarial. A posição de *garante*, portanto, advém da delegação de uma competência conferida pela alta cúpula (na visão do jurista competente primária da evitação de delitos na empresa). Basicamente, é errônea a afirmação segundo a qual se conclui que o *compliance officer* seria a institucionalização de uma figura auto responsável por qualquer crime ocorrido na empresa, na medida em que a sua responsabilidade penal se solidifica a partir do incumprimento de suas tarefas de reportar irregularidades. Os seus deveres, destarte, emanam de uma delegação real e materialmente assumida, sendo que “tales deberes se pueden reducir a los relativos a la investigación de infracciones y al traslado de la información obtenida”²⁵³.

De acordo com a doutrina de Andrei Zenkner Schmidt, quatro problemas se enaltecem a partir da possibilidade de normas institucionais ou privadas serem alçadas a condição de fonte jurídica do *dever de garantia*, nos moldes exigidos pelo art. 13, §2.º, do CP. São eles: (i) se as leis federais brasileiras, como a 9.613/1998, 12.846/2013, dentre outras, podem, *de per se*, preencher a exigência do art. 13, §2.º, alínea a, do Estatuto Repressivo; (ii) se as regulações oriundas de órgãos estatais ou profissionais podem assumir a função para imputação objetiva do tipo do delito omissivo impróprio; (iii) se a simples autorregulação empresarial é legítima fonte para o dever de *compliance* ser pressuposto de omissão imprópria e; (iv) se tais deveres de *compliance* são adstritos a um prévio filtro material antes da imputação de índole penal²⁵⁴.

No que pertine ao primeiro ponto suscitado pelo autor, explica que os deveres de controle insertos nos referidos diplomas legais podem ser fonte do dever de garantia, sob um ponto de vista inicial, à exceção daquelas atividades que não estejam regulamentadas pelos órgãos competentes, uma vez que os arts. 9, 10 e 11 da Lei n.º 9.613/1998 expressamente preveem a necessidade de regulamentação das comunicações, sob pena de ofensa ao princípio da *reserva legal*. Em relação à

²⁵³ Ibidem, p. 325.

²⁵⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 183.

segunda, sustenta que os arts. 9, 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro servem como cláusula legal delegatória de proteção do bem jurídico, de modo que “perfazem o inicial (porém não suficiente) ponto de partida (art. 13, §2.º, alínea a, do CP) para a imputação da omissão imprópria”²⁵⁵. Demais, alude o autor que descumprida a obrigação de cuidado e vigilância inserta na legislação, será, apenas, o ponto de partida para a verificação de relevância jurídico-penal, porquanto o simples *non-compliance* não presume a tipificação do ilícito típico, estando este expressamente adstrito as demais condicionantes objetivas e subjetivas²⁵⁶.

Portanto, em síntese, a materialização da figura do garantidor do *compliance officer* é possível através de previsão legal dos deveres de *compliance* voltados aqueles segmentos empresariais, cuja comunicação de atividades atípicas esteja regulamentada pelo órgão competente. Segundo Andrei Zenkner Schmidt, as possíveis objeções a essa assertiva podem ser superadas, por exemplo, a refutação a aceitação de normas extrapenais, uma vez que, de há muito, tais são aceitas em omissão imprópria (cuidado dos pais e filhos, norma de natureza cível – art. 1634 do Código Civil), e da necessidade de confissão de crime, porquanto a autorregulação se volta à prevenção de ilícitos penais²⁵⁷. No entanto, forçoso convir-se que a simples previsão legal não determina, de pronto, a responsabilidade penal do *compliance officer*, ainda que este não tenha cumprido com seus deveres (como, por exemplo, por ausência de estrutura empresarial). A responsabilidade penal do *compliance officer* deve se vincular, de igual maneira, aos requisitos de imputação objetiva e subjetiva do tipo.

Em face de toda essa discussão e, igualmente, por inexistir consenso na doutrina, é que, há algum tempo, se enriqueceu a discussão tendente a dirimir tal responsabilidade de índole penal através das teorias que se voltam às ações neutras. Ao tratar do tema, em obra recente destinada a abordar sobre *compliance* e seus corolários jurídicos, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz alertavam para o fato de que a bancarização do dinheiro sujo com o conseqüente reporte dos agentes bancários – com a ausência de espontaneidade na conduta e comunicação *bottom-up* do recebimento do dinheiro à alta cúpula da instituição financeira e esta

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

decide por nada fazer – seria algo muito mais próximo “em termos de condutas neutras ou de adequação profissional do que, necessariamente, na incursão em tipicidade da lavagem propriamente dita”²⁵⁸.

4.2.3 Do tratamento jurídico penal adequado sob o contexto das ações neutras no case específico do *compliance officer*

A hipótese trazida anteriormente, agora enfrentada, sugere que o *compliance officer*, em complacência com o autor delitivo, omite informações que deveria reportar aos órgãos de controle, com base nas normativas existentes acerca do combate à lavagem de capitais, de modo que acaba por concorrer para a prática do predito delito. Questiona-se, à luz deste cenário, se a sua conduta permaneceu dentro dos limites da neutralidade ou se se excedeu a essa barreira.

Certo é que, diante do caso específico, as doutrinas que discutem o problema abordado sob a óptica do tipo objetivo não se mostram capazes, *de per se*, a solver a divergência. Isso porque, à primeira vista, a conduta delineada sugere a extrapolação de um risco permitido e, em igual medida, em razão do subcritério da ubiquidade (posto que a omissão de informações obrigatórias não é usual), a proibição da conduta se vislumbra idônea para a salvaguarda do bem jurídico. O questionamento que avulta-se é: o elemento subjetivo, nessa hipótese, é dispensável? Nos parece que não.

Se fizermos uma pequena alteração na descrição do nosso exemplo, suprimindo o trecho “após prévio ajuste com o autor delitivo”, teríamos uma situação essencialmente diversa. Entretanto, com amparo exclusivamente nos critérios objetivos, o tratamento jurídico-penal dispensado seria o mesmo para aquele que agiu em conluio com o autor principal e àquele que tão somente cometeu um equívoco laboral. Vejamos os critérios:

No que tange ao risco permitido, é sabido e, inclusive, existem normativas que obrigam o agente financeiro a reportar movimentações financeiras que ultrapassam a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), à luz do que dispõem os arts. 1.º, 6.º, §2.º,

²⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 285.

inc. I da Circular n.º 3.461 do Banco Central do Brasil²⁵⁹. Não obstante uma irregularidade administrativa – como a ausência desse reporte – não possa ensejar uma responsabilização penal automática, é cediço que se trata de um risco proibido, o qual, se realizado no resultado, deve ser sopesado para fins criminais.

Vale lembrar que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo legal que coloque o *compliance officer* na posição de *garante* do bem jurídico. Por este motivo, não quer dizer que este profissional não possa ser imputado a título de cumplicidade, tendo em vista que a responsabilidade constante do art. 13, §2.º, do Código Penal é de autoria através da comissão por omissão. Por isso, refuta-se a concepção de que o dever de garantia é um delimitador da aferição do risco permitido. Isso porque, a rigor, são duas concepções distintas. De um lado, a omissão imprópria estabelece a responsabilidade penal a título de autoria, de modo que, ao revés, a análise do risco permitido, no cenário das ações neutras, se projeta para hipóteses de participação criminal. Ainda, se há posição de garantia, então, por certo, não haverá que se falar em ação neutra.

Nesse sentido, se tem a compreensão, no que concerne ao risco permitido, que o *compliance officer* na situação em cotejo excedeu a esse risco, o qual se realizou no resultado. Não se olvida que os conhecimentos especiais do agente, ou seja, a sabedoria, em nosso exemplo, de que poderão haver consequências jurídico-penais no caso de inexistência de remessa das informações obrigatórias, possam ser um importante fator para aferição do risco juridicamente desaprovado. Porém, no caso em apreço, os conhecimentos especiais do agente são irrelevantes, posto que inaplicáveis, em função da imposição legislativa de comunicar movimentações atípicas.

²⁵⁹ Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem implementar políticas, procedimentos e controles internos, de forma compatível com seu porte e volume de operações, destinados a prevenir sua utilização na prática dos crimes de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

(...)

Art. 6º As instituições de que trata o art. 1º devem manter registros de todos os serviços financeiros prestados e de todas as operações financeiras realizadas com os clientes ou em seu nome.

(...)

I - das operações que, realizadas com uma mesma pessoa, conglomerado financeiro ou grupo, em um mesmo mês calendário, superem, por instituição ou entidade, em seu conjunto, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais);

II - das operações que, por sua habitualidade, valor ou forma, configurem artifício que objetive burlar os mecanismos de identificação, controle e registro.

Em um segundo momento, a idoneidade da proibição da ação é significativamente relevante para assegurar o bem jurídico tutelado, em razão, fundamentalmente, do aspecto ubíquo da conduta delineada. Quer dizer, o autor principal não conseguiria entrar em conluio com outro agente financeiro de modo tão fácil. Ou seja, é uma conduta não tão usual, não obstante, ainda sim, ter aspectos atinentes às ações neutras.

Com amparo nesses dois critérios, ambos de viés objetivo, teríamos a punibilidade, de tal arte, tanto do agente que sequer conhece o autor delitivo, como daquele que o conhece e que, além disso, ajusta previamente a prática delitiva com esse, combinando com o criminoso de que fará “vista grossa” em relação às suas movimentações bancárias. Evidentemente, a primeira conduta se revela absolutamente inócua, ao passo que a segunda possui severos visos de crime. Não há como ter certeza, destarte, acerca da tipicidade da conduta.

À luz desses motivos é que se percebe que para uma adequada análise da tipicidade, no que toca ao exemplo telado, a solução não se projeta unicamente no tipo objetivo, sendo indispensável a análise do sentido delitivo da ação, se incursionando nos meandros volitivos da conduta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por último, chega-se a fase final da exposição, na qual transcreveremos a nossa compreensão acerca da temática abordada no curso desse trabalho.

1. A participação criminal, em nossa exposição, guarda relação direta com a prestação de auxílio físico ou psíquico material para a consecução do ilícito criminal. Ou seja, em matéria de condutas procedidas por intermédio de interveniente neutro, a modalidade que mais se adequa – sem se olvidar, contudo, que poderão haver ações neutras através de outros tipos de participação criminal – é a cumplicidade. Essa compreensão se dá em razão do fato de que a intervenção do cúmplice em ações neutras ocorre em momento posterior à realização do crime antecedente e, igualmente, após o início do *iter criminis*. Quer dizer, não é atribuído ao interveniente neutro a modalidade de instigação, posto que não faz nascer no autor delitivo o intento de realizar o ilícito típico.

2. Dentro do limite demarcado, destarte, a doutrina clássica trabalha com a teoria da acessoriedade mínima, cujas premissas indicam que será cúmplice aquele que auxilia ou contribui para a realização do crime pelo terceiro, sugerindo que toda a participação criminal requer uma conduta típica e antijurídica levada a cabo pelo autor principal.

3. Em face de diversos problemas levantados na teoria tradicional da cumplicidade, alguns autores propuseram-se a transmutar os preceitos advindos da teoria da imputação objetiva para amparar as condutas dos cúmplices. Isso porque a teoria clássica é insuficiente no plano objetivo. Assim, para esta corrente doutrinária, a cumplicidade vincula-se ao fato de que o auxílio ao autor principal realiza um aumento juridicamente desaprovado do risco que se realiza no resultado delitivo.

4. Por trazer questões de grande valia dentro do tipo objetivo, a teoria da imputação objetiva mostra-se como uma significativa alternativa para propor soluções para a problemática das ações neutras.

5. Ações neutras, nesse sentido, são as condutas que, *ab initio*, se mostram completamente inócuas, normais e cotidianas, que incorrem em fato típico alheio, não sendo manifestamente puníveis.

6. As indigitadas ações possuem um aspecto ubíquo, posto que podem ser realizadas em qualquer lugar e em qualquer circunstância. São situações

perfeitamente comuns, profissionais e, aparentemente inócuas, como vender um alimento, desenvolver uma atividade de prestação de serviços absolutamente corriqueira, comercializar uma ferramenta, etc.

7. De um lado externo, as ações neutras possuem um aspecto de perfeita licitude, ao passo que, no campo interno, se revestem de ilicitude. Os exemplos que são utilizados no presente trabalho são o do advogado – recebedor de honorários advindos de crime – e do *compliance officer* de instituição financeira, o qual deixa de reportar comunicações obrigatórias de movimentações atípicas, ambos como possíveis sujeitos ativos do crime de lavagem de dinheiro.

8. Existem três correntes doutrinárias que se dispuseram a dar uma resposta adequada para os casos envolvendo a participação criminal por intermédio das ações neutras. A primeira segue à risca o disposto no art. 29 do Código Penal, expondo a ausência de exceções para hipóteses de ações neutras. A segunda de que os agentes neutros sempre estarão abarcados pelas causas de justificação. A terceira, por último, incursiona-se nos meandros da tipicidade.

9. Em face da vaguidão e conveniência repressiva da primeira corrente doutrinária, entendemos que não há como ser utilizada para solver a problemática ora abordada. No que tange à segunda, a genericidade de sua afirmação sugere uma indesejada insegurança jurídica, posto que não há como criar condutas estereotipadas que sempre estarão sujeitos às excludentes penais.

10. As soluções dogmáticas propostas para o problema da punibilidade dos intervenientes neutros transpassa, portanto, eminentemente, pela tipicidade. A doutrina, nesse sentido, se divide. Alguns autores compreendem que a análise das aludidas ações perpassa, unicamente, pela tipicidade objetiva, outros pela subjetiva, e, também, alguns juristas entendem que a questão deva circundar tanto elementos advindos do tipo objetivo, como do subjetivo.

11. No Brasil, alguns juristas propuseram-se a desenvolver suas teorias dentro desse cenário, destacando-se as proposições de Luís Greco, para quem as ações neutras serão puníveis (e se transformarão, por via de consequência, em participação criminal punível) se, porventura, a proibição dessa conduta mostrar-se idônea para a salvaguarda do bem jurídico tutelado, assim como a ação do interveniente transpassar o risco permitido. Noutro turno, Lobato, amparado em preceitos advindos de outros ramos da Ciência do Direito, alude que a questão afeta a profissionalidade da conduta

deverá ser analisada sob o manto do instituto do abuso de direito. De tal arte, se determinado profissional abusa do seu direito ao trabalho e acaba por irromper o limite entre o seu direito e o ilícito criminal, será responsabilizado.

12. Os critérios mais adequados, em nossa compreensão, para lidar com a problemática da intervenção do cúmplice por intermédio de ações neutras em crimes de lavagem de dinheiro devem convergir tanto elementos objetivos como subjetivos. Isso porque a análise somente no plano objetivo pode ensejar tratamentos jurídicos idênticos para condutas essencialmente diferentes. Ainda, o ordenamento jurídico brasileiro exige o dolo, como se percebe pela inteligência do art. 18, inc. I, do Código Penal. Também, é preciso ter em tela que a análise objetiva deverá anteceder a subjetiva.

13. Nessa senda, a ação deixará de ser neutra e ingressará na esfera da cumplicidade se o agente exceder a um risco juridicamente proibido que se realiza no resultado, se a proibição da conduta for idônea para proteger o bem jurídico tutelado pela norma e, por último, se a conduta tiver uma clara referência a um sentido delitivo.

14. Os *cases* específicos do trabalho se referem a profissionais que, desempenhando a sua atividade, concorrem para fato típico alheio. Primeiro, o advogado que é remunerado com dinheiro sujo e o segundo, o *compliance officer* de instituição financeira, que deixa de observar normas de *compliance*. Em um primeiro momento, se reproduz dois problemas atinentes aos dois ramos de profissão que geram tensionamento na doutrina atual e estão umbilicalmente relacionados com a problemática ora abordada.

15. Desta feita, se conclui que o advogado, fundamentalmente aquele que atua em contendas judiciais, não possui deveres de reportar movimentações atípicas aos órgãos de controle. Essas obrigações, portanto, não se projetam para os advogados que exercem atividades privativas da advocacia. Ao revés, se, ocasionalmente, o causídico atua em outro segmento cujas pessoas físicas e jurídicas, indiscutivelmente, possuem os aludidos deveres de cooperação normativa, fazendo, assim, as vezes de um corretor de imóveis, por exemplo, por certo absorverá a necessidade de informação de eventuais movimentações atípicas que possam dar causa ao ilícito de lavagem de dinheiro aos órgãos de controle.

16. A profissão, contudo, não é uma blindagem para assegurar a impunidade de eventuais condutas criminosas, de modo que será responsável criminalmente o

causídico que simular contrato de honorários, ao escopo de auxiliar o autor principal na consecução de lavagem de dinheiro. Dentro desse cenário, o elemento subjetivo dolo também se revela bastante importante para aferição da responsabilidade penal, posto que o crime de lavagem de capitais não prevê forma culposa e, por conseguinte, não poderá haver participação. Se, ao revés, tivesse o advogado a obrigação normativa de cooperação, a análise jurídica do exemplo seria totalmente diversa, posto que, nessa hipótese, estaria o advogado excedendo a um risco permitido, em face da inobservância de regras estritas de cumprimento.

17. As teorias propostas no tipo objetivo se revelam suficientes para lidar com o exemplo do advogado. Assim, o aludido profissional está inserido dentro de um risco permitido se, porventura, presta os seus serviços corretamente, cobra por eles e emite a competente nota fiscal. De igual maneira, a proibição da ação não se mostrará idônea para a salvaguarda do bem jurídico, na medida em que é bastante usual, sendo que qualquer advogado irá prestar serviços, cobrar por estes e receber os valores devidos.

18. Não há necessidade de se incursionar por elementos subjetivos no caso do causídico, especialmente pela ubiquidade da conduta e também pela ausência de obrigação de conhecimento, pelo advogado, acerca do patrimônio – se é lícito ou não – de seu cliente, sendo que, nessa hipótese, presume-se pela sua licitude, com fulcro no princípio da confiança.

19. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo legal que transmita a responsabilidade penal do *compliance officer* como garantidor, nos termos do art. 13, §2.º, do Código Penal. Assim, tem-se que os elementos normativos existentes no Direito Positivo Brasileiro são insuficientes para postar o aludido profissional na condição de garante do bem jurídico, fundamentalmente na hipótese de ausência de reporte de informações acerca de possíveis delitos praticados no seio empresarial a alta cúpula da corporação.

20. Por outro lado, o enfrentamento do problema somente no tipo objetivo não se revela suficiente no exemplo do *compliance officer* de instituição financeira, fundamentalmente pelo conhecimento perceptível que este possui em relação à consecução do ilícito criminal pelo autor. E não só isso: analisar a conduta somente pela óptica objetiva pode ensejar um tratamento igual para casos alheios, tanto para aquele profissional que comete um equívoco laboral, como para aquele que tem um

ajuste prévio com o autor delitivo. Desse modo, é indispensável a análise do caso na via do elemento subjetivo, ao escopo de dar uma resposta mais adequada para o problema.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. **La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales**. Más Derecho?: Revista de ciências jurídicas. Buenos Aires, n.3, p.107-121, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei n.º 9.613/98 com as alterações da Lei n.º 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes** - uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 1979. 206p.
- BENITO SANCHEZ, C. Demelsa. **Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario**. El desafio de la criminalidad organizada. Granada, 2006, p. 97-128.
- BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La intervención delictiva del compliance officer**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1640p.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica**. Eguzkilore, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales**. Barcelona: ADCP, vol. I, p. 263-291.
- BOSCH, Gerard. **Conductas neutrales: estado de la cuestión**. Disponível em <www.ciidpe.com.ar>. Acesso em: 29.07.2016.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, vol. 67, jan/mar. 2015, p. 163-195.
- BOTTKE, Wilfried. **Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania**. Revista Penal, n.º 2, Salamanca, Espanha, 1998, p. 1-17.

CALLEGARI, André Luís. **A ação penal 470 e os limites da responsabilidade penal dos agentes financeiros**. Boletim IBCCRim. Ano 21, n.º 242. São Paulo: IBCCRIM, jan/2013.

CALLEGARI, André Luís. **Código penal comentado**: doutrina e jurisprudência – coordenadores Maurício Schaun Jalil e Vicente Greco Filho – Barueri: Manole, 2016.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal. 2.ª ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 204p.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2.ª ed., rev., ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, 237p.

CARO JOHN, Jose Antonio. **La impunidad de las conductas neutrales**: a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, B, p. 421-450, 2005.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, José Fernando da. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. 1370p.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o julgamento da APn 470**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106, São Paulo, 2014, p. 215-230.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1. 147p.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro**. Campinas: Millennium Editora, 2008.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto e; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo, Saraiva, 2014, 1367p.

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação**: análise sob a perspectiva das ações neutras. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**: leis penais especiais I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 677-711.

DIAS, Leandro. **Los comportamientos neutrales en el derecho internacional penal**: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Revista de derecho penal y procesal penal. n. 3, 2013, p. 492-505.

DOTTI, René Ariel, **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora; 1061p.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lavagem de dinheiro e advocacia**: uma problemática das ações neutras. Boletim IBCCRim. Ano 20, n.º 237. São Paulo: IBCCRIM, ago/2012.

GARCÍA, Maria José Cuenca. Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva (comentario a la SAP Barcelona, Sección 2ª, 728/2002, de 25 de Julio). Revista Penal, n.º 32, Barcelona, Espanha: julho/2013.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. In: Boletim IBCCRim n.º 237, ago/2012.

GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, 214p.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 95p.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes federais**. 9.º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Vinicius Melo de. **As ações neutras na estrutura do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 134, ano 25, p. 291-320, ago/2017.

LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. 174p.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras** – algumas notas corretivas para o debate brasileiro. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 216. São Paulo: IBCCRIM, nov/2010.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito**: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, vol. 11, nov/dez 2014, p. 113-155.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras** – uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. **Considerações preliminares sobre a responsabilidade criminal do compliance officer**. Boletim IBCCRim. Ano 24, n.º 284. São Paulo: IBCCRIM, jul/2016.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MANZANO, Mercedes Pérez. Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutras”. La sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: p. 789-935.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva**. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2002.

PLANAS, Ricardo Robles. **El responsable de cumplimiento (“compliance officer) ante el derecho penal**. In: SANCHEZ, Jesus-Maria Silva (Dir); FERNANDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**, Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 319-331.

PLANAS, Ricardo Robles. **Las “conductas neutras” en derecho penal**. La discusión sobre los límites de la complicidad punible. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 70, ano 16, p. 190-228, jun/2008.

PRADO, Geraldo. **Ações neutras e a incriminação da advocacia**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 12/10/2017.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: teoria jurídica do delito**, volume 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 620p.

PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**, Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2014.

RIDER, Barry. **The crusade against money laundering – time to think**. Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI, volume em homenagem ao Professor Pedro R. David. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 681-713.

RIOS, Rodrigo Sánchez. A temática da lavagem de capitais e o recebimento dos honorários por parte do advogado criminalista. Boletim IBCCRim. Ano 18, n.º 214. São Paulo: IBCCRIM, set/2010.

RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114, São Paulo, mai/jun. 2015, p. 341-375.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2.^a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. 1. Ed. Espanha: Civitas, 2006, 1043p.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2.^a ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 232p.

ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal** / Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann: tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Coord. e Supervisor Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 258p.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Compliance e prevenção à lei de lavagem de dinheiro**: sobre os reflexos da Lei n.º 12.683/2012 no mercado de seguros. Revista de Estudos Criminais, vol. 54, São Paulo, jul/set 2014, p. 156-180.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 236p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHORSCHER, Vivian Cristina; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia**: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**: leis penais especiais I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 493-523.

SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41, 1988, p. 529-558.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Tranchesí. **A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 54, São Paulo, out/2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, 357p.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, vol. 54, p. 91-121, jul/set 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VILA, Ivó Coca. **La posición jurídica del abogado**: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SANCHEZ, Jesus-Maria Silva (Dir) e FERNANDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 287-318.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. 1.^a ed. Campinas: Romana, 2003, 376p.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br