

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Paula Rocha Gouvêa Brener

AÇÕES NEUTRAS E LIMITES DA INTERVENÇÃO PUNÍVEL:
sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice

BELO HORIZONTE

2021

Paula Rocha Gouvêa Brener

AÇÕES NEUTRAS E LIMITES DA INTERVENÇÃO PUNÍVEL:
sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice

Dissertação desenvolvida na Área de Estudo Direito penal Contemporâneo, inserida na Linha de Pesquisa Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, sob orientação do Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, apresentada por Paula Rocha Gouvêa Brener ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre.

BELO HORIZONTE

2021

Brener, Paula Rocha Gouvêa
B837a Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice / Paula Rocha Gouvêa Brener. – 2021.

Orientador: Frederico Gomes de Almeida Horta.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Autor (Direito penal) – Teses 3. Imputação (Direito penal) – Teses 4. Tipicidade – Teses I. Título

CDU 343.22

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

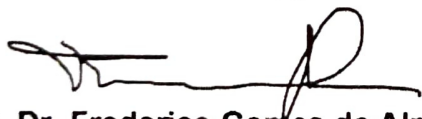
DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. PAULA ROCHA GOUVEA BRENER

Aos dois dias do mês de fevereiro de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a banca examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador da candidata/UFMG); Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG) e Profa. Dra. Beatriz Correa Camargo (UFU), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito da Bel^a. **PAULA ROCHA GOUVEA BRENER**, matrícula nº **2019652468**, intitulada: "**AÇÕES NEUTRAS E LIMITES DA INTERVENÇÃO PUNÍVEL: SENTIDO DELITIVO E DESVALOR DO COMPORTAMENTO TÍPICO DO CÚMPLICE**". Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando à mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

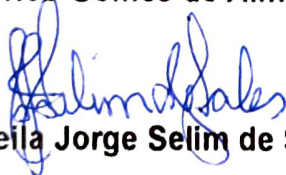
Nota: 100 **Conceito:** *aprovada, com louvor e recomendação de publicação*

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela banca examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador da candidata/UFMG)



Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG)



Profa. Dra. Beatriz Correa Camargo (UFU)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Paula Rocha Gouvea Brener
- **CIENTE:** Paula Rocha Gouvea Brener (Mestranda)

Ao querido Henry por toda a cumplicidade

Agradecimentos

O presente trabalho se iniciou entre as estantes da biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG, quando, passeando entre os seus corredores, encontrei um singelo livrinho que muito me instigou. Tratava-se da obra “Cumplicidade através de ações neutras”, de autoria do professor Luís Greco. Apaixonei-me pelo tema da cumplicidade desde a sua provocativa leitura, e assim me decidi pelo objeto de meus estudos de mestrado.

Tive o prazer e a sorte de ser orientada pelo professor Frederico Gomes de Almeida Horta e a ele direciono meu agradecimento inicial. Professor, confiança e liberdade são verdadeiros princípios sob a sua orientação, marcada por um diálogo sempre sincero, aberto e minucioso. Nossas conversas me permitiram reflexões mais ousadas e aprofundadas. Aprendi com o senhor o valor de uma dogmática transparente e rigorosa, atenta a problemas concretos e reais.

Merecem um agradecimento especial as professoras Sheila Jorge Selim de Sales e Beatriz Corrêa Camargo, integrantes de minha banca, pelas quais nutro grande admiração. A cuidadosa avaliação durante a qualificação e apoio ao longo do desenvolvimento do trabalho permitiram seu aprofundamento. Agradeço pelas contribuições e apontamentos críticos, os quais permitiram um aprimoramento único do trabalho.

Ao professor Luís Greco, o qual, além de ter me motivado, por seus escritos, a dedicar-me ao tema, teve a generosidade de me conceder a oportunidade única de dialogar sobre as instigações que surgiram no percurso, agradeço por ter me ofertando um espaço em sua atribulada agenda. Sua obra se tornou um livro de cabeceira e me guiou por todo o percurso, nossa conversa me estimulou a novos aprofundamentos e indagações.

Não poderia deixar de registrar meus agradecimentos aos professores Adriano Teixeira, Heloisa Estellita e José Danilo Tavares Lobato, os quais viabilizaram o acesso a textos centrais para a o desenvolvimento do trabalho. Também ao prof. José Cirilo de Vargas pelas preciosas glosas deixadas em seus livros, tão generosamente doados à biblioteca da UFMG.

Durante esse período de aprendizado tive a oportunidade de lecionar como estagiária docente e professora voluntária na Faculdade de Direito da UFMG, momento em que refleti sobre a relevância do ensino jurídico e de um desenvolvimento teórico mais atento e acessível. Registro aqui os agradecimentos pelo imensurável aprendizado aos

Professores Hermes Vilchez Guerrero e Sheila Jorge Selim de Sales, os quais, desde a graduação, me estimularam e encorajaram a enfrentar os caminhos do Direito Penal, em todas as suas dimensões.

Ao Prof. Felipe Martins Pinto, pelo enérgico incentivo ao presente trabalho, por suas provocações e *insights*, bem como pela paciência nos momentos em que precisei me ausentar dos afazeres do escritório para dedicar-me à academia. Aos colegas Rafael Santos Soares e Arnaldo Lares Campagnani, que compartilharam comigo livros e provocações, bem como me apoiaram nas revisões. Atuar lado a lado com essa equipe é motivo de contínua evolução e aprendizado, tornando mais alegre e animador o enfrentamento das trincheiras da advocacia.

Aos amigos da pós-graduação, Fabio, Gabriel, Matheus, Mathias, Nathália, Regina e Vitor, pela companhia na jornada e pelos profícuos diálogos sobre o tema.

Aos amigos do Instituto de Ciências Penais – Presidente Gustavo Silva, Amanda Batista, Ana Bueno, Daniela Barreiros, Felipe Miranda, Fernanda Pereira, Ícaro Leon, Júlia Camargo, Leo Ribeiro, Marcela Bessa e Pedro Figueiredo –, pela jornada e projetos que juntos realizamos e que muito me transformaram e sensibilizaram.

Aos amigos da Vetusta Casa de Afonso Pena – Giovani, Gustavo, Marcel, Rogério e Thais – agradeço pelo companheirismo a cada passo dessa jornada. Foram muitos textos revisados, discussões acaloradas e compartilhamento de ideias, opiniões e conceitos. Foi tudo mais leve com a amizade de vocês.

Aos meus pais, Lili e Serguei, os quais nunca mediram esforços em garantir minha sólida formação, fomentando minha paixão pela leitura e pelo estudo, além de representarem para mim exemplos de retidão e compromisso. Aos meus avós, Lulu e Memel, Zilda e Edson, à minha madrinha Sylvie e ao meu irmão Marcos por toda a torcida e energia ao longo do percurso.

E, por fim, ao companheiro e amigo Henry Colombi, que pacientemente escuta aos meus rompantes acadêmicos e me ajuda a aperfeiçoar ideias, sempre me incentivando a sonhar e me fornecendo um porto seguro para buscar ir sempre além. O percurso ao seu lado é já uma realização.

“A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes”. (KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. *par.* Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2017. p.54)

Resumo

O concurso de pessoas é tema árido que inspira amplos debates doutrinários. Essas discussões são levadas ao extremo quando se analisam as ações neutras, grupo de casos em que os limites de punibilidade adentram uma zona gris, colocando-se em questão o fundamento de punição da participação e os seus limites. Tratam-se de casos limítrofes de intervenção no injusto, caracterizados por condutas que possibilitam ou favorecem um delito desde uma perspectiva causal, as quais, no entanto, por seu caráter cotidiano e inerente às relações sociais, apresentam imprecisos e questionáveis limites de punibilidade. Em última análise, o centro das discussões se encontra na separação precisa entre as ações neutras e a participação. Diante desse problema, buscou-se contribuir para o desenvolvimento de pressupostos objetivos para a imputação de responsabilidades na participação. A partir de uma metodologia de pensamento orientado a problemas, com a fixação de um grupo de casos para testagem das propostas, foram analisadas as soluções doutrinárias, enfrentando seus fundamentos e seu rendimento no enfrentamento ao problema. Durante esse percurso, identifica-se na proposta de Wolfgang Frisch um interessante ponto de partida para um aprofundamento. Assim, adotando-se sua proposta como marco teórico, divide-se a análise do comportamento de intervenção em dois momentos: o questionamento acerca da idoneidade da proibição do comportamento em questão, seguida da verificação do sentido delitivo da conduta do próprio interveniente. Partindo desses preceitos, adota-se a proposta de Greco, que densifica o que se compreende por idoneidade das proibições para a proteção de bens jurídicos, como um primeiro desenvolvimento do processo de imputação objetiva da participação. Busca-se, então, precisar o sentido delitivo da participação, recorrendo aos estudos de filosofia analítica de Urs Kindhäuser. Conclui-se que o sentido delitivo da participação está presente quando a intervenção do agente se integra com o injusto, conformando uma relação de sentido de concurso para o crime (art. 29 do CP), precisamente de auxílio ou ajuda (art. 31 do CP). Essa identificação do sentido do comportamento como auxílio pode ser verificada com base no critério da utilidade. Assim, haverá participação quando a conduta apresentar uma utilidade unicamente delitiva, de modo a ser compreendida como auxílio para o injusto. *Contrario sensu*, será neutra a conduta que apresentar uma utilidade legal, sendo apenas convertida delitivamente por um terceiro.

Palavras-chave: Ações Neutras; Concurso de pessoas; Auxílio; Tipicidade; Imputação objetiva.

Abstract

The collective criminal wrongdoing is an arid topic, that inspires broad doctrinal debates. These discussions are taken to the extreme when neutral actions are analysed, a group of cases in which the limits of punishment become blurry, calling into question the complicity punishment foundation and limits. These are borderline cases of participation, characterized by behaviours that enable or support an offense from a causal perspective, which, however, due to their routine character, other their available nature among social relations, present imprecise and questionable limits for assigning criminal liability. Ultimately, the focus of the discussions is on the precise separation between neutral actions and complicity. In view of this problem, we sought to contribute to the development of more precise criteria for the attribution of criminal liability due to complicity. From a problem-oriented thinking methodology, with the fixation of a group of cases to test the proposals, the main theoretical solutions were analysed, facing their fundamentals and their potential for solving the problem. Throughout this theoretical undertaking, Wolfgang Frisch's proposal proved to be fruitful as a first step towards further densification. Thus, adopting its proposal as a theoretical framework, the analysis of the intervention behavior is divided into two moments: first questioning about the suitability of the prohibition of the behavior in question, followed by the verification of the criminal meaning of the conduct of the intervener. Based on these precepts, Greco's proposal, which densifies what is understood by the suitability of the prohibitions for the protection of legal assets, is adopted as a first development of the imputation process. Therefore, we seek to clarify the criminal sense of complicity, using Urs Kindhäuser's studies of analytical philosophy. It is concluded that the criminal meaning of complicity is presented when the intervention of the agent is integrated with the authors offense, creating a relation of support for the crime (art. 29 of the CP), precisely of aid or help (art. 31 of CP). This understanding can be better clarified through the criterion of utility. Thus, there will be participation when the conduct can only be of criminal use, in order to be understood as aid to the offense. *Contrario sensu*, the conduct that has a legal utility will be neutral, being only subject of criminal conversion by a third party.

Keywords: Neutral actions; collective wrongdoing; Complicity; Actus reus; Objective imputation.

SUMÁRIO

CASOS.....	8
INTRODUÇÃO	12
1. NOÇÕES PRELIMINARES: INTERVENÇÃO NA ATIVIDADE DELITIVA E AÇÕES NEUTRAS.....	17
1.1. AÇÕES NEUTRAS: PRECISÕES CONCEITUAIS	17
1.2. CONCEITO E FORMAS DE INTERVENÇÃO NA ATIVIDADE DELITIVA	22
2. CONTORNOS PROBLEMÁTICOS DA IMPUTAÇÃO POR AÇÕES NEUTRAS.....	29
2.1. TEORIAS CLÁSSICAS OU PRINCIPIOLÓGICAS.....	30
2.1.1. <i>Princípio da Adequação Social</i>	30
2.1.2. <i>Princípio da Confiança</i>	33
2.2. TEORIAS OBJETIVAS	36
2.2.1. <i>Teoria da proibição de regresso</i>	36
2.2.2. <i>Teoria da adequação profissional de Winfried Hassemer</i>	40
2.2.3. <i>Teoria dos papéis e a proibição de regresso na doutrina de Günther Jakobs</i>	45
2.2.4. <i>Teoria quantitativa de Thomas Weigend</i>	59
2.2.5. <i>Teoria do abuso de direito de José Danilo Tavares Lobato</i>	60
2.2.6. <i>Teoria da solidariedade de João Daniel Rassi</i>	62
2.3. TEORIAS SUBJETIVAS	64
2.3.1. <i>A solidarização com o injusto do autor: a proposta de Heribert Schumann</i>	65
2.3.2. <i>A restrição da punibilidade nos casos de dolo eventual: a proposta de Harro Otto</i>	71
2.4. TEORIAS MISTAS.....	74
2.4.1. <i>Teoria de Claus Roxin</i>	74
2.4.2. <i>A teoria de Wolfgang Frisch</i>	77
2.4.2.1. Desenvolvimento teórico de Luís Greco: adoção e precisão do critério da idoneidade como solução ao problema das ações neutras.....	82
2.5. CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS	98
3. LIMITES DA INTERVENÇÃO DELITIVA E CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO NAS AÇÕES NEUTRAS	99
3.1. ALOCAÇÃO DA SOLUÇÃO NO TIPO OBJETIVO DE PARTICIPAÇÃO.....	102
3.2. O DESVALOR DO RISCO NA IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO DA PARTICIPAÇÃO	108
3.3. IDONEIDADE DA PROIBIÇÃO COMO CRITÉRIO NEGATIVO QUE CONSOLIDA O RISCO PERMITIDO.....	111
3.4. O CONTEÚDO DO RISCO PROIBIDO: SENTIDO DELITIVO DO COMPORTAMENTO DE CUMPLICIDADE	117
3.4.1. <i>Sentido delitivo em Jakobs</i>	118
3.4.2. <i>Sentido delitivo em Roxin</i>	121
3.4.3. <i>Finalidade delitiva em Lopez Peregrin</i>	124
3.4.4. <i>Sentido delitivo em Frisch</i>	126
3.5. DENSIFICANDO O SENTIDO DELITIVO DA PARTICIPAÇÃO: A UTILIDADE COMO CRITÉRIO NORMATIVO DETERMINANTE DO CONCURSO	129
3.5.1. <i>Compreensão analítica de auxílio: diálogo com as contribuições teóricas de Urs Kindhäuser</i>	136
3.6. CONSOLIDAÇÃO DA TOMADA DE POSIÇÃO	141
3.6.1. <i>Alcance da proposta para além da cumplicidade: breves apontamentos sobre a autoria de crimes de auxílio e sobre a instigação</i>	143
3.6.2. <i>Antecipando possíveis objeções à proposta</i>	147
3.6.2.1. Contingência da linguagem na construção do critério da utilidade?.....	147

3.6.2.2. Crítica em considerar neutra conduta que proporcione piora na situação do bem jurídico?..... 148

4. RESOLUÇÃO DOS CASOS	150
CONCLUSÕES.....	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

CASOS

CASO 1 (adaptação do caso e variantes de Greco¹) – A quer matar sua esposa. Na calada da noite, vai até seu amigo B, conta-lhe seus planos e pede a este que lhe empreste sua eficiente faca de churrascos. O amigo aquiesce. Na mesma noite, A assassina a sua esposa com a faca. Punibilidade de B?

Variante 1 – A quer matar sua esposa. Vai até a loja de utensílios domésticos, conta ao vendedor V seus planos e compra a mais cara e eficiente faca de churrascos. Na mesma noite, A assassina a sua esposa com a faca. Punibilidade de V?

Variante 2 – A quer matar sua esposa. Vai até a loja de utensílios domésticos e conta ao vendedor V seus planos. V, se solidariza aos desígnios de A, cuja esposa é compradora na loja e trata aos vendedores com extrema arrogância. Aconselha-o então a obter o mais tecnológico modelo, com o melhor e mais eficiente aço. A aceita os conselhos e compra a mais cara e eficiente faca de churrascos. Na mesma noite, A assassina a sua esposa com a faca. Punibilidade de V?

Variante 3 – Inicia-se uma violenta rixa na frente de uma loja de utensílios domésticos. R entra sujo, amarrotado e bufando, solicita uma faca de churrascos, sendo prontamente atendido pelo vendedor V, o qual, interessado em bater sua meta de vendas, diz para si mesmo “não é problema meu”. Na sequência, R assassina dois indivíduos que participavam da rixa. Punibilidade de V?

CASO 2 (dramatização por Greco de um caso de Jakobs²) – A paga sua dívida a B, o qual não dispõe de qualquer outra fonte de recursos, sabendo que este usará o dinheiro para comprar uma arma e matar C. É o que efetivamente ocorre. Punibilidade de A?

CASO 3 – A Empresa Sondas Ltda. tem por finalidade o fornecimento de maquinário especializado utilizado para sondagens do solo para que se ateste a estabilidade de barragens. S, sócio-gerente da Sondas Ltda tomou conhecimento pela televisão³ sobre o rompimento de uma barragem de rejeitos de uma de suas principais clientes, a Mineradora M. A mesma reportagem indicava fraude nos relatórios de estabilidade de barragens,

¹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

² GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³ Sobre os conhecimentos especiais obtidos por televisão, a decisão na ação penal de n.º 5083258-29.2014.4.04.7000/PR no âmbito da Operação Lava Jato. BRASIL. Seção judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação penal n.º 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Juiz federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 20 de julho de 2015.

indicando para o risco de rompimento de todo o complexo de barragens de M. Não obstante as reportagens televisivas, o Sócio-Gerente de S decide renovar o contrato com os Diretores de M, dizendo para si mesmo “não é problema meu”. Alguns meses depois, ocorreu novo rompimento de barragem de rejeitos, novamente constatando-se dados irregulares nos relatórios de estabilidade. Os Diretores de M foram denunciados pelo cometimento do crime de desmoroamento qualificado pelo resultado morte (art. 256 c/c art. 258 do CP). Punibilidade de S, Sócio-Gerente da Sondas Ltda?

CASO 4⁴ – Um advogado A foi contratado por uma Empresa E para acompanhamento de um processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, tendo elaborado petições, pareceres, despachado e realizado sustentação oral no caso. Durante o curso do processo, entretanto, diretores da Empresa E realizavam atos de corrupção para obter decisão favorável no julgamento, tendo sido contratados antigos conselheiros do órgão para exercerem sobre ele influencia, bem como teria sido realizado pagamento de propina a conselheiros responsáveis pelo julgamento, restando configurado o crime de corrupção ativa perante o órgão (art. 333 do Código Penal). Essas informações eram conhecidas pelo Advogado A, presente em reuniões em que fora comentado o plano delitivo dos diretores com os ex-conselheiros responsáveis por exercerem sua influência em despacho. O Advogado A deve responder como partícipe no delito de corrupção ativa perante o órgão (art. 333 do Código Penal)?

⁴ De forma similar ao caso hipotético, pode-se mencionar o Habeas Corpus 0056868-71.2016.4.01.0000 julgado pelo TRF1 no âmbito da Operação Zelotes. O acórdão se debruça sobre suposto crime de contratação de ex-conselheiros do CARF para influenciar de forma ilícita em um julgamento de um contribuinte no órgão. No bojo da denúncia, foi incluído, como suposto partícipe, o advogado G.M.S. o qual havia sido constituído previamente pelo contribuinte e desempenhado uma atuação técnica na elaboração de petições e demais serviços jurídicos. O denunciado havia subscrito o contrato desses advogados, substabelecendo-lhes poderes para tanto. A decisão que indeferiu o pedido de trancamento da ação apresentou por fundamento a importância de apurar a sua eventual responsabilidade a título de participação do advogado G.M.S., a qual dependeria da demonstração de seu conhecimento acerca da finalidade delitiva da contratação dos ex-conselheiros do CARF para influenciar no julgamento por meio de despacho frente ao órgão. A decisão considerou sua atuação técnica como advogado como contribuição ao delito, conforme excerto: “7. De se ver, ademais, que o paciente também atuou de forma direta e efetiva no processo administrativo em testilha, fosse realizando a sustentação oral em favor do contribuinte, fosse requerendo o adiamento do julgamento, fato este que, segundo a denúncia, faria parte da urdidura perpetrada com o intuito de lesar o fisco”. É negado provimento ao Habeas Corpus para trancamento de ação, afirmando-se a importância de se verificar se o advogado teria ou não aderido subjetivamente às condutas delitivas dos corréus: “Necessário aferir se ele - paciente - teria ou não aderido à urdidura encetada para a consecução da finalidade ilícita a que se refere a denúncia, se teve ou não participação no esquema e, ainda, a relevância causal - se de maior ou menor importância - de eventual participação no iter criminis delineado na inicial acusatória”. (BRASIL. TRF1, Quarta Turma. HC nº 0056868-71.2016.4.01.0000. Brasília, julgado em: 12/12/2016. e-DJF1 20/01/2017).

CASO 5⁵ – P, o único procurador do município de Distante, emite parecer opinando pela dispensa de licitação para a contratação de uma Empreiteira para a realização de obras no município após período de fortes chuvas. O parecer de P embasou a determinação do Prefeito do município de contratar uma Empreiteira sem que fosse realizada licitação, serviço que acabou por custar um valor acima do usual no mercado. Não obstante a tecnicidade do parecer de P, este possuía conhecimentos acerca de relações pessoais e familiares entre o Prefeito do município e os profissionais da empresa indicada na sequência para a prestação dos serviços. P pode ser responsabilizado como partícipe no delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993?

CASO 6⁶ – O Deputado Federal X, integrante da cúpula do “Partido Partícipe”, atuou de forma decisiva na tomada de decisão pelo chefe do executivo determinando a indicação de Y para compor os quadros de uma empresa estatal de economia mista como diretor,

⁵ De forma similar ao caso hipotético, foi julgado no Superior Tribunal de Justiça caso em que foi denunciado um assessor jurídico em função da emissão de pareceres favoráveis a dispensa de licitações cuja finalidade se dirigiria exclusivamente a conferir aparência de legalidade a atos ilícitos do prefeito da municipalidade. Fez-se uma análise de sentido delitivo sobre os pareceres, apontando-se que estes não estariam consubstanciados no exercício de atividade profissional, mas conformavam-se como simples convalidações de ilegalidades em procedimentos licitatórios, uma vez que estavam dissociados de seu contexto fático e não apresentavam análise dos procedimentos autorizados pelo Prefeito. (BRASIL. STJ, Quinta Turma. RHC 81323/SP. Brasília. Data do Julgamento: 15/05/2018. DJe 23/05/2018). Em contrapartida, no HC 369019/AP, foi realizado o trancamento do processo penal em face de uma subprocuradora da assembleia do estado que teria concedido parecer favorável à contratação direta de locação de imóvel, tendo em vista a não demonstração de dolo específico de causar prejuízos ao município por parte da acusada como partícipe (BRASIL. STJ, Quinta Turma. HC 369019 /AP. Brasília. Data do Julgamento: 13/12/2016. DJe 19/12/2016). Em outro julgamento também pelo STJ acerca da atuação de procurador que emite parecer jurídico opinando ela aprovação de edital de licitação e da modalidade de certame escolhido, considerou-se atípico o comportamento, com o trancamento da ação penal, sob o fundamento de que a emissão de pareceres “circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado” (BRASIL. STJ, Sexta Turma. HC 461468/SP. Data do julgamento: 09/10/2018. DJe 30/10/2018). Note-se ainda o caso trazido por João Daniel Rassi em sua obra (STJ, Quinta Turma. HC nº 39.644-RJ. Brasília. Julgado em: 17/10/2013, DJ 29/10/2013). RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014.

⁶ A Ação Penal 996 julgada em 29/05/2018 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu caso similar. O acórdão analisa a conduta de N.M., Deputado Federal denunciado, a título de participação, em crimes de corrupção passiva realizados por P.R.C., diretor de uma Estatal brasileira. O comportamento imputado a N.M. como participação foi justamente a indicação e apoio político envidados a P.R.C.. O Deputado foi absolvido das acusações de participação nos crimes de corrupção passiva praticados no âmbito da Diretoria da Estatal. Conforme a decisão, embora tenha sido constatado que o deputado se beneficiou da sustentação política envidada, bem como sobre a sua provável ciência dos fatos (conhecimentos especiais), não restou provada a sua adesão subjetiva sobre à forma ilícita dos contratos celebrados no âmbito da estatal. (STF, Segunda Turma. AP nº 996. Brasília. Julgado em 29/05/2018, DJe-025 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019). Embora o fundamento da decisão tenha se concentrado no plano da tipicidade subjetiva, parece que a sua solução se daria perfeitamente pela análise de sentido delitivo. O que não restou provado foi a relação de sentido delitivo entre a conduta de apoio à indicação e manutenção do agente público pelo parlamentar e os crimes de corrupção. O comportamento de apoio político na indicação e manutenção de agentes, no parlamentarismo de coalização, é uma ação relacionada à função parlamentar e representa uma utilidade, permitindo a tomada de decisões mais plurais pelo executivo. A punição da conduta, já no plano objetivo do tipo, exigiria que se demonstrasse a integração delitiva do comportamento de apoio aos atos de corrupção, de modo que essa utilidade legítima se perdesse, para tornar-se mercantilização da função pública.

tendo lhe indicado para o cargo e apoiado politicamente de forma decisiva ao longo dos cinco anos em que Y foi diretor da empresa. Durante esse período, Y se envolveu em diversas licitações cartelizadas nas quais foram firmados contratos superfaturados entre a estatal e empreiteiras, fatos esses objeto dos conhecimentos especiais de X, que tinha dúvidas sobre o envolvimento de Y. Constatou-se ainda que X realizara relevantes doações eleitorais para o “Partido Partícipe” nesse período. O Ministério Público apresentou denúncia contra Y pelo delito de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), tendo imputado o delito também ao Deputado Federal X a título de cumplicidade, considerando como favorecimento aos delitos de corrupção passiva o apoio político envidado na indicação e sustentação de Y no cargo público. Punibilidade do Deputado Federal X?

INTRODUÇÃO

Um dos mais intrincados problemas enfrentados pela dogmática penal ao longo dos anos é a definição dos limites da cumplicidade. Esse problema se torna especialmente evidente diante do grupo de casos denominado pela doutrina como “ações neutras”. Compreendidas como comportamentos que, em uma perspectiva causal, possibilitam ou favorecem um delito, as ações neutras, por seu caráter cotidiano, ubíquo ou inerente às relações sociais, colocam-se em uma zona gris quanto à definição de sua punibilidade.⁷ Tratam-se de casos limítrofes de intervenção no delito, os quais lançam luz sobre os desafios da teoria do concurso de pessoas no que concerne à participação: a dificuldade em delinear os limites de imputação de responsabilidade em um contexto de divisão de tarefas entre sujeitos autorresponsáveis, cujo comportamento não se subsume diretamente aos tipos penais da parte especial do Código Penal.

São diversas as condutas que possibilitam ou favorecem fatos ilícitos, as quais não são, em si, inequivocamente delitivas. Ações ubíquas que, embora aproveitadas por um terceiro em seu plano delitivo, não ultrapassam, aprioristicamente, a esfera da normalidade, isto é, da neutralidade. A título de exemplo, pergunta-se: um vendedor pode ser responsabilizado como cúmplice em um homicídio que eventualmente ocorra a partir do uso de uma das centenas de facas que vende rotineiramente em sua loja? Irregularidades na contratação de serviços por um chefe do Poder Executivo podem ser imputadas ao procurador que lhe fornece um parecer técnico contendo opinião juridicamente válida?

Essas perguntas indicam algumas das hipóteses abarcadas sob o grupo de casos das ações neutras, que tornam o processo de imputação de responsabilidades complexo. A pura e simples responsabilização causal de toda conduta que possa possibilitar, favorecer ou ocasionar o fato delitivo alheio representaria uma insuportável restrição à liberdade de ação dos indivíduos, impossibilitando o seu desenvolvimento pessoal e a persecução de seus legítimos fins. Afinal, em uma sociedade marcada por contatos anônimos e massificados, quase todo ato poderia se converter delitivamente, a ponto de que, caso se buscasse impedir todo e qualquer aporte causal a injustos penais, seria

⁷ Conforme Yacobucci, “*Las conductas “neutrales”, si bien se presentan empíricamente como una aportación causal a la realización del ilícito ejecutado por otro, desde un punto de vista normativo pueden ser irrelevantes.*”. YACOBUCCI, Guillermo J. Intervención en el delito y conducta neutral. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 615-627. p. 615.

necessário engessar gravemente as formas de contato social, bem como as liberdades profissional e negocial dos indivíduos.

Não obstante, a ausência de parâmetros dogmáticos a definir os limites da configuração típica da cumplicidade acaba por conferir margem para uma atuação jurisprudencial controversa e até mesmo contraditória.⁸ O que se percebe é que a grande parte dos julgados sobre a participação no delito resolve as questões com base nos elementos subjetivos do agente, sem que se analise o tipo penal da participação ou que se identifique o desvalor do comportamento do interveniente.

As ainda incipientes discussões sobre o tema no país costumam se debruçar sobre problemas clássicos, sem que se enfrente o escopo onde as ações neutras se tornam uma questão particularmente problemática: o direito penal econômico. É no âmbito do direito penal econômico que se manifesta com maior expressão a complexidade das relações interpessoais e negociais na sociedade contemporânea. Relações estas que se caracterizam por sua natureza massificada e envolvem a atuação de sociedades empresárias, organizadas em estruturas verticalizadas, marcadas pela hierarquização e pela divisão de trabalho e inseridas em uma longa cadeia de fornecimento. Os delitos cometidos nesse contexto, em grande parte, recebem em seu *iter* o aporte de sujeitos, prestadores de bens e serviços, em uma relação cotidiana e horizontal de troca.⁹

Nesse contexto, surgem os seguintes questionamentos, os quais motivam o presente trabalho: quais os requisitos dogmáticos para que ações neutras sejam consideradas intervenções dotadas de sentido delitivo e, portanto, puníveis a título de cumplicidade? Em outras palavras, quais os pressupostos necessários para a configuração típica da cumplicidade através de ações neutras?

Diante de tais indagações, é oportuno retomar o debate em torno da cumplicidade por meio de ações neutras, em uma realidade complexa de direito penal econômico, buscando, nesse sentido, uma delimitação mais precisa dos seus limites objetivos de punibilidade, como forma de delimitação dos espaços legítimos de intervenção penal.

⁸ Vide notas 2 a 6.

⁹ Hans Kudlich revisita o tema das ações neutras, objeto de sua habilitação, em um texto recente no qual apresenta justamente a relevância contemporânea do problema para “além da venda de chaves de fenda”, apresentando casos da vida real. Seu texto, na verdade, apresenta uma série de casos de direito penal econômico concernentes à crimes tributários, provedores de serviço de iniciação de pagamento em internet banking dentre outros. KUDLICH, Hans. Jenseits des Schraubendreher-Handels– neutrale Beihilfe in Fällen des „richtigen Lebens“. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 231-243. De modo similar, FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva**. Trad. par. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012.

Assim, o trabalho propõe-se a contribuir para o amadurecimento da questão, desenvolvendo uma análise crítica sobre as orientações doutrinárias acerca do tema e adotando uma posição que possa ser compatibilizada com a sistemática do direito penal brasileiro. Noutros termos, busca-se precisar critérios delimitadores da intervenção punível na cumplicidade, tomando o grupo de casos das ações neutras, que se coloca nos limites entre a punibilidade e a neutralidade propriamente dita, como ponto de partida para a análise do tipo objetivo da cumplicidade, do desvalor da conduta e do sentido delitivo da participação, sob a ótica da idoneidade de proibições.

Para a compreensão dos intrincados contornos da questão, bem como para a testagem do rendimento da proposta elaborada, o trabalho apresenta casos-problema, construídos para orientarem o trabalho, os quais serão tomados como seu ponto de partida. O método de pensamento sobre problemas permite aproximar a teoria da prática, evidenciando a relevância concreta do estudo e evitando o excesso de abstração do trabalho acadêmico, especialmente diante de uma problemática tão complexa como a das ações neutras. Ademais, possibilita-se, assim, testar o rendimento das construções propostas, observando-se também suas implicações práticas.¹⁰ Não obstante a orientação do trabalho pelo pensamento problemático, não se olvidou do cuidado com a sistematicidade das propostas, sua adequação e coerência com ordenamento jurídico-penal brasileiro e a referência das soluções às normas.¹¹

Os casos que orientam o presente estudo foram elaborados como elemento pré-textual de forma a facilitar ao leitor o retorno a eles durante a análise das teorias e propostas que se apresentam. Note-se que os dois primeiros casos são adaptações de formulações selecionadas dentre aquelas mais recorrentes nas discussões clássicas, como representativos da doutrina tradicional das ações neutras. São, portanto, adaptações de casos constantes das obras mais representativas sobre o tema e trazidos ao presente trabalho como grupo de controle da proposta oferecida. Os quatro casos subsequentes trabalham com a participação em um cenário mais complexo de direito penal econômico, permitindo aprofundar as discussões sob uma perspectiva aprofundada.

¹⁰ VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofía del derecho**. Trad. par. Jorge M. Seña. 2.ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, pp.196-201; ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211 *et seq.*; e HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal: parte geral**. Trad. par. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pp. 69-84.

¹¹ Para um maior detalhamento sobre a fecundidade dessa síntese e das vantagens e perigos do pensamento sistemático e problemático, *cf.*: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 211-229.

O trabalho se divide em quatro partes, que revelam o caminho percorrido para a construção das suas conclusões. Inicialmente, apresentam-se noções preliminares e esclarecimentos terminológicos imprescindíveis para o avanço da argumentação. Nesse ponto, discute-se o que se entende por ações neutras, bem como apresenta-se uma breve exposição acerca das formas de participação no Brasil, com destaque para o conceito e estrutura da cumplicidade, buscando evidenciar as premissas conceituais adotadas no trabalho.

O segundo capítulo do texto busca apresentar um panorama das construções doutrinárias sobre o problema das ações neutras, apresentando de forma crítica seus principais acertos e problemas. Parte-se do pressuposto de que o diálogo sobre as diversas soluções para os problemas da dogmática penal tem o condão de proporcionar o aprimoramento científico contínuo dos institutos do sistema de imputação. Afinal, conforme Luís Greco, a “crítica é o *modus operandi* da ciência”.¹²

No terceiro capítulo será apresentada a posição adotada no presente trabalho em face as discussões sobre os limites de punibilidade da cumplicidade. Conforme será demonstrado, adota-se como marco teórico a proposta de Wolfgang Frisch, dividindo-se a análise da intervenção em dois momentos: o questionamento acerca da idoneidade da proibição do comportamento em questão, seguida da verificação do sentido delitivo da conduta do próprio interveniente. Partindo desses preceitos, adota-se a proposta de Greco, o qual densifica o que se compreende por idoneidade das proibições.

Busca-se, então, precisar o sentido delitivo da participação, recorrendo aos estudos de filosofia analítica de Urs Kindhäuser. Conclui-se que o sentido delitivo da participação está presente quando a intervenção do agente se integrar com o injusto, conformando uma relação de sentido de concurso para o crime (art. 29 do CP), precisamente de auxílio ou ajuda (art. 31 do CP). Para a identificação do sentido do comportamento como auxílio, analisa-se a sua utilidade, de forma que haverá participação quando a conduta apresentar uma utilidade unicamente delitiva, de modo a ser compreendida como auxílio para o injusto. *Contrario sensu*, será neutra a conduta que apresentar uma utilidade legal, sendo apenas convertida delitivamente por um terceiro.

O quarto capítulo é dedicado à resolução dos casos-problema apresentados, como forma de testagem da hipótese. Adota-se o método estrutural para a sua resolução,

¹² GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 11.

concentrando-se no tipo objetivo da participação. Assim, a análise se iniciará pela compreensão dos pressupostos fáticos do caso, seguida da avaliação jurídica da tipicidade objetiva do comportamento do interveniente, em cada um dos seus estratos e pressupostos, até que se alcance a solução para a questão.¹³

Por fim, serão apresentadas as conclusões.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; BALDÓ LAVILLA, Francisco. **Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996. pp. 29-39; e WESSELS, Johannes. **Direito Penal: parte geral (aspectos fundamentais)**. Trad. *par.* Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. pp. 184-196; HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal: parte geral**. Trad. *par.* Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pp. 69-84.

1. NOÇÕES PRELIMINARES: INTERVENÇÃO NA ATIVIDADE DELITIVA E AÇÕES NEUTRAS

Antes de se proceder ao enfrentamento dos problemas que inspiram o trabalho, é imprescindível que se apresentem alguns conceitos essenciais, precisado a terminologia necessária para a compreensão do estudo e do posicionamento adotado. É pertinente indicar que se expõem aqui apenas noções preliminares, ou seja, não se pretende desenvolver uma análise sobre a teoria do concurso de pessoas no Brasil, tampouco trazer aqui conceitos inovadores. O intuito é o de situar o leitor com os marcos teóricos e bases doutrinárias que orientam o trabalho.

1.1. Ações neutras: precisões conceituais

O que a doutrina convencionou chamar de ações neutras ou “condutas cotidianas”¹⁴ nada mais é que um grupo de casos compostos por comportamentos que, de uma perspectiva causal, possibilitam ou favorecem a realização de um fato ilícito por um terceiro autorresponsável. Essas condutas, por seu caráter socialmente ubíquo, disponível e inerente às relações sociais, apresentam margens tênues e pouco definidas quanto à sua punibilidade. Casos como a venda de uma faca, de um fármaco com potencial abortivo ou até mesmo de um parecer jurídico, se tornam objeto de análise do Direito Penal quando vinculados ao um injusto penal por um agente que deles se aproveita para o cometimento de crimes. Assim, pode-se indagar se o vendedor de uma loja de utensílios domésticos é cúmplice de um homicídio que com uma de suas facas vendidas venha a ser realizado; se o farmacêutico que vende ou prescreve o medicamento com potencial abortivo pode ser responsabilizado no caso de seu aproveitamento para a prática abortiva; se o advogado que elabora um parecer jurídico sobre riscos penais pode ser responsabilizado pelo crime que o cliente venha a cometer por decisão própria e autônoma futura.

Todos esses casos evidenciam comportamentos rotineiros – que compõem as trocas sociais e relações negociais e profissionais cotidianas –, os quais, a princípio, não

¹⁴ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n.6, v.3, 1997. pp. 19-44.

são “manifestamente puníveis”¹⁵ ou “inequivocamente delitivos”.¹⁶ Noutros termos, tratam-se justamente de comportamentos que, de uma perspectiva causal, ocasionam ou contribuem para a realização de um injusto penal por um terceiro autorresponsável, os quais se encontram em uma zona de difícil precisão entre a cumplicidade punível e o aporte causal atípico.

Em uma sociedade complexa e marcada por um intenso fluxo de trocas, é comum que um fato delitivo receba contribuições não manifestamente puníveis. Essas intervenções, por seu caráter cotidiano, representam um desafio para a dogmática penal no que concerne à teoria da participação. Existem inúmeras dificuldades para a definição precisa das hipóteses de punibilidade e dos fundamentos para tanto, razão pela qual a doutrina vem há anos desenvolvendo o debate sobre o tema¹⁷, buscando determinar os critérios sob os quais tais comportamentos adquirem sentido delitivo e tornam-se, portanto, puníveis.

Os desafios começam já na definição do que se compreende por ações neutras. Alguns autores buscam uma definição de natureza mais prescritiva ou axiológica, como Ricardo Robles Planas ao considerar que sob tal nomenclatura tem lugar uma conduta “[...] em si não inequivocamente delitiva, que acaba favorecendo conscientemente um delito, mediante aportes social ou profissionalmente adequados, *standard*, ou, enfim, conforme o desempenho de atividades ou negócios normais da vida cotidiana”.¹⁸

¹⁵ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110.

¹⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 15.

¹⁷ As discussões sobre as ações neutras como um grupo de casos se iniciam em meados dos anos 80 na Alemanha, conforme identifica Marcus Wohlleben em seu trabalho sobre o tema (WOHLLEBEN, Marcus. **Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen**. München: Beck, 1996.). A questão inspirou calorosos debates no país, tendo se alongado de forma intensa por décadas, sem que se lograsse um consenso doutrinário. Embora incipientes no Brasil, os debates sobre as ações neutras começam a se intensificar, com a percepção de sua relevância para a atribuição de responsabilidades em contextos complexos de Direito Penal Econômico. (GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras**: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2010; BUSATO, Paulo César. O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva. **Revista Duc In Altum**. Caderno de Direito, vol. 5, nº 8, jul-dez. 2013; RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014; LIMA, Vinicius de Melo. **Lavagem de dinheiro e ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014. Atualmente começa a ganhar espaço também nos manuais de direito penal, com MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de Direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 709-711.).

¹⁸ Tradução do excerto original: “[...] *en sí no inequívocamente delictiva, que acaba favoreciendo conscientemente un delito, mediante aportaciones social o profesionalmente adecuadas, estándar, o en fin, conforme al desempeño de actividades o negocios normales de la vida cotidiana*”. ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 15.

Por outro lado, Greco desenvolve um conceito descritivo de ações neutras, como aquelas “contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”¹⁹ ou “todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”.²⁰ Trata-se de um conceito desprendido da punibilidade ou não das condutas, o qual busca descrever o problema sem a atribuição de valor, de forma intencionalmente aberta e imprecisa. Segundo o próprio teórico, seu objetivo no estabelecimento de tal conceito é evitar, com sua definição nominal, prejudicar o fenômeno que define, fornecendo, ao mesmo tempo, uma imagem dos casos que abordará.²¹

Ambas as conceituações, contudo, são problemáticas, por partirem de uma premissa que, em si, parece ser equivocada: considerar as ações neutras uma específica categoria jurídico-penal, a qual justifique uma abordagem especialmente restritiva. Na medida em que se considera o grupo de casos das “ações neutras” como hipóteses passíveis ou não de punição conforme o contexto, incorre-se na incoerência em tratar como neutra a participação punível. Em outros termos, é problemático tratar como neutras condutas que podem ou não ser penalmente relevantes. Não há condutas puníveis neutras, ou a conduta é neutra ou é punível, não há como se pensar em uma conduta neutra proibida, sob pena de se adotar uma categoria penal caracterizada já de início por uma *contraditio in terminis*.

A análise dos casos que compõem o grupo das ações neutras permite perceber que, em verdade, o problema se encontra na determinação dos limites de punibilidade da própria participação. Ele decorre das dificuldades da teoria da intervenção delitiva em responder às manifestações resultantes da interação entre indivíduos autorresponsáveis. Embora tenha-se cunhado o termo “ações neutras” como se fosse uma categoria dogmática específica, o que se percebe no trabalho de relevantes expoentes que se dedicaram ao problema é a abordagem da participação como um todo. Assim, Wolfgang Frisch trabalha com “condutas que possibilitam, favorecem, ou ocasionam o comportamento de terceiros que menoscaba bens jurídicos”, buscando delimitar quais delas apresentam sentido delitivo, sendo, portanto, puníveis, e quais não apresentam

¹⁹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110.

²⁰ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110

²¹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 112

qualquer relação de sentido delitivo, não sendo passíveis de punição.²² Também Robles Planas acaba por reconhecer que, o que se busca ao estudar as ações neutras é a compreensão sobre o fundamento e os limites da participação como um todo.²³

Com efeito, o que a doutrina usualmente trata como ações neutras consiste em um grupo de casos limítrofes de participação, que, por essa razão, evidenciam as dificuldades na definição de seus limites de punibilidade. A primeira dessas dificuldades consiste na definição do tipo penal da participação e do que se compreende por cumplicidade. Isso porque o comportamento de cumplicidade não se amolda pura e simplesmente aos tipos penais da parte especial do Código Penal. Além disso, a problemática revela a dificuldade da doutrina em conciliar a ideia de responsabilidade pelas consequências das próprias condutas e ideias de autonomia da vontade com casos nos quais se encontra um comportamento de um terceiro autorresponsável entre o aporte e o resultado.

"Ações neutras" são cada vez mais comuns, especialmente em uma sociedade pós-industrial na qual a interação social alcança uma complexidade muito elevada, baseada na divisão do trabalho, mediada por tecnologias de ponta e contatos anônimos. Na sociedade contemporânea, tem-se uma economia organizada em uma cadeia de trocas intermediadas por sujeitos distintos, porém em contínua interação com os demais. Nesse contexto, multiplicam-se fenômenos associativos de sujeitos que atuam em um mesmo nível, ou seja, de forma horizontal, diferentemente dos casos de imputação de responsabilidade vertical, muito estudados pelos teóricos do direito penal econômico.²⁴

A intervenção no delito é justamente a situação onde todos esses fenômenos de complexificação se manifestam, ou seja, conforma-se situação em que convergem aportes

²² FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

²³ ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

²⁴ Nesse sentido, os seguintes trabalhos: BARROS, José Ourismar. **Criminalidade de empresa: a responsabilidade penal dos diretores empresariais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017; GRECO, Luís; *et alia*. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014; LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição? Autoria e participação no direito penal brasileiro**. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016; RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. **A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada**. **Revista Magister de Direito penal e Processual Penal**, n. 69, v. 12, pp. 70-100, 2016; SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no Direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

causais de sujeitos autorresponsáveis, em uma sociedade estruturada sobre uma base de interação entre indivíduos em uma conformação horizontal de fornecimento e troca. Aliás, quanto mais ampla a divisão de tarefas no concurso de agentes, mais intrincado se torna estabelecer os fundamentos e limites de responsabilidade. Nessas hipóteses, a dogmática penal encontra dificuldades para fundamentar a responsabilidade dos concorrentes de modo compatível aos princípios jurídico-penais liberais da legalidade e da autorresponsabilidade.

Isto posto, o estudo sobre a participação através de ações neutras é antes a escolha por partir de casos especialmente intrincados em busca dos fundamentos e limites de punibilidade da participação. Ou seja, trata-se de estabelecer os limites mínimos da intervenção punível, sendo neutras as intervenções não puníveis, que não apresentam relevância jurídico-penal, em contraposição aos comportamentos de cumplicidade, puníveis em função de sua relevância jurídico-penal. Dessa forma, entende-se por mais correto um conceito como o estabelecido por José Antonio Caro John, no sentido de que o termo “conduta neutra”: “[...] expressa o sentido jurídico válido que reúne uma conduta que não alcança o nível de uma intervenção punível. O caráter neutro da conduta indica ter sido praticada dentro das margens da adequação social reconhecida pelo Direito, ou dentro do risco permitido, de tal maneira que a possibilidade de uma imputação por intervenção delictiva resta excluída de plano”.²⁵

Note-se que as ações neutras conformam, portanto, um problema de imputação objetiva do comportamento, relevante nos casos de intervenção no delito. O desafio é determinar os limites da participação punível, identificando os critérios de imputação da intervenção no fato delitivo. Assim, o trabalho se concentra na necessária restrição do âmbito de ações desaprovadas àquelas que excedem a esfera do permitido, adquirindo sentido delitivo.

Vale pontuar que se trata de um problema preponderantemente comissivo de participação, tendo em vista que a solução dos casos omissivos se realizará a partir da verificação ou não de deveres especiais e posição de garantidor, determinantes para a

²⁵ Tradução livre do excerto: “*Un concepto propio de “conducta neutral” expresa el sentido jurídico válido que reúne una conducta que no alcanza el nivel de una intervención punible. El carácter neutro de la conducta indica que se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el Derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano.*”. CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; CARO JOHN, José Antonio (eds.). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.285-305, p. 293.

responsabilização do agente, problema este que demanda uma análise própria em um trabalho específico. Observa-se, ainda, que, partindo das ações neutras como grupo de casos, o presente estudo se concentra na análise da cumplicidade. Isso porque a instigação, como se verá à frente, é entendida como o ato de determinar ou fazer nascer no autor a decisão de cometer o delito.²⁶ Dessarte, não se enquadra na compreensão doutrinária sobre o grupo de casos das ações neutras.

1.2. Conceito e formas de intervenção na atividade delitiva

Antes de avançar na investigação sobre os problemáticos limites das ações neutras, é necessário apresentar, ainda, mais alguns esclarecimentos preliminares e noções essenciais acerca da diferenciação entre autoria e participação no concurso de pessoas e das formas de participação no delito, especialmente em razão da ausência de uma consistência terminológica na sua abordagem no Brasil. Importante ressaltar, contudo, que o objeto do presente trabalho não está em estabelecer critérios de diferenciação entre autoria e participação, tampouco o enfrentamento dos problemas concernentes aos sistemas unitário e diferenciador. O trabalho se propõe a enfrentar objetivos mais modestos, concentrando-se em um problema de imputação próprio da participação em suas margens mais sutis e limítrofes entre a tipicidade e a neutralidade. Nesses termos, tratam-se dos problemas referentes às hipóteses de participação mais distantes da figura da autoria.

Diante disso, a compreensão dos sistemas do concurso de pessoas – unitário e diferenciador – e a opção que se faça por um ou por outro deles se coloca em segundo plano, prescindindo-se aqui de maior aprofundamento na análise.²⁷ Com isso, quer-se dizer que as propostas aqui apresentadas para o problema da intervenção no delito possuem aplicação tanto no bojo de sistemas unitários quanto diferenciadores, desde que se possam identificar grupos de caso em que a intervenção no delito se coloca numa zona gris para a determinação de sua tipicidade. Como se verá, o tema é objeto de estudo por doutrinadores das mais diversas correntes, desde entusiásticos defensores de uma

²⁶ A questão será objeto de um enfrentamento mais aprofundado no capítulo 3.6.1 do trabalho.

²⁷ Para um maior aprofundamento, confira-se: CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018 e GRECO, Luís; *et alia*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

diferenciação qualitativa entre autoria e participação²⁸, a adeptos a teorias monistas²⁹ e defensores de conceitos extensivos de autor, com diferenciações meramente quantitativas entre as formas de intervenção.³⁰

A exposição e crítica desses sistemas excederia os limites estreitos estipulados para o presente trabalho, razão pela qual, faz-se a opção metodológica de apontar aqui apenas para uma apresentação conceitual simplificada desses modelos, indicando, na sequência, as premissas adotadas no trabalho.³¹ Nos sistemas unitários (ou monistas) são punidos da mesma forma e pela mesma razão aqueles que realizam a conduta principal ou acessória. Noutros termos, adotam-se os mesmos marcos penais para todas as formas de intervenção no delito. Assim, a diferenciação entre autores e partícipes é prescindível, sendo o fundamento de punição de todos os concorrentes unitário, decorrente da ocorrência do injusto.³² Em contraposição ao sistema unitário, o sistema diferenciador (ou dualista) é caracterizado pela distinção qualitativa entre autores e partícipes, obedecendo a diferentes critérios e modelos conforme a teoria adotada.³³

²⁸ Por todos: ROXIN, Claus. Las formas de intervención em el delito: estado de la cuestión. Trad. par. María Teresa Castiñera Palou. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito** (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pp. 155-178.

²⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15 *et seq.*

³⁰ Por todos: JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³¹ Para um maior aprofundamento crítico, confira-se: CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Código penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp. 153-192; GRECO, Luís; *et alia*. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014; LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967; ROTSCH, Thomas. Autoría y participación: una diferenciación superflua. In: COUSO, Jaime; WERLE, Gerhard (dir). **Intervención delictiva em contextos organizados**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp.51-70.

³² Não obstante o tratamento unitário na atribuição de responsabilidades, usualmente admite-se a diferenciação de penas. No Brasil, esse sistema encontrou em Nelson Hungria um de seus maiores defensores (*HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v. 1. tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. p. 398 et seq.*). Importante apontar que há diferentes matizes na adoção de sistemas unitários pela doutrina. Lesch e Jakobs, por exemplo, relevantes expoentes do sistema unitário, embora refutem uma diferenciação qualitativa entre os concorrentes, defendem uma diferenciação quantitativa entre autores e partícipes. Cf. JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos**. Trad. par. Mauricio Antônio ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003; LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

³³ Segundo Beatriz Camargo: “Um sistema dualista – também conhecido como “sistema de participação” ou “diferenciador” – se caracteriza por distinguir entre formas de autoria e tipos de participação” (CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 67).

De um modo geral, atualmente prevalece entre a doutrina moderna a tendência à adoção de um sistema diferenciador entre autoria e participação, defendendo-se um conceito restritivo de autor.³⁴ Nesse contexto, a compreensão da participação resulta da construção doutrinária, que, de modo majoritário, a entende como uma forma assessoria do delito, em contraposição à autoria, a qual é forma principal.³⁵ Enquanto intervenção no fato delitivo, a participação é conduta que possui um desvalor jurídico penal próprio. Ela converge cooperativamente para o resultado, embora não se subsuma diretamente aos tipos penais da parte especial. Dessa forma, enquanto o autor realiza o tipo definido na parte especial, aprioristicamente a participação seria atípica.³⁶

É, portanto, necessária uma norma constitutiva da punibilidade da participação, que estabeleça seus fundamentos para além da simples causalidade. Assim, à causalidade do comportamento (artigo 13 do Código Penal)³⁷ se soma a norma constitutiva da punibilidade da participação disposta no artigo 29 do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Diante disso, o tipo penal da participação resulta de uma compreensão sistemática, resultante da articulação entre o artigo 29 do Código Penal, norma extensiva constitutiva da punibilidade participação, e os tipos penais da parte especial do Código.

³⁴ Baseiam-se nessa premissa: BARROS, José Ourismar. **Criminalidade de empresa**: a responsabilidade penal dos diretores empresariais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018; GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO, Luís; *et alia*. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 50; MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990, p. 255; RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014. Vale notar que na prática judicial o que se verifica é uma abordagem da autoria e participação pouco consistente, usualmente unitária, realizando uma equiparação daqueles cujo comportamento se amolda aos requisitos de causalidade e imputação, os quais são tratados igualmente como autores do delito, sem que se diferencie o grau de sua responsabilidade pelos fatos, seja por uma incompreensão das teorias até então elaboradas, seja buscando a justiça no caso concreto. Assim: BRASIL. TRF-4, SJPR, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Curitiba, 20/07/15; BRASIL. TRF-1, SJMG, 1ª Vara Federal de Ponte Nova. Ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822/MG. Ponte Nova, 20/09/19.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 252. Trabalha-se também com a diferenciação entre intervenção de maior importância e intervenção de menor importância. Assim, por exemplo: “Como intervenção de menor relevância é que será usada agora a expressão participação, bem como partícipe em referência ao concorrente que atue de maneira menos importante que o autor”. GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 7ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 599.

³⁶ RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 62; GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 7ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. pp. 599-601.

³⁷ “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

À norma extensiva do artigo 29, soma-se o artigo 31 do Código Penal, o qual estabelece uma delimitação à tipologia das formas de concurso de pessoas, restringindo-as ao “ajuste”, à “determinação” ou “instigação” e ao “auxílio”.³⁸ Dessa forma, autor e partícipe são destinatários de normas distintas, o primeiro como destinatário dos tipos penais da parte especial, enquanto ao último se destina a proibição de concorrer, na forma do ajuste, da instigação ou do auxílio, para o injusto principal.³⁹ Nesse sentido, é o tipo penal da participação, resultado sistemático dos artigos 29 e 31 do Código Penal e dos tipos da parte especial, proíbe, ou seja, torna penalmente desvalorado, o concurso para tipos penais.⁴⁰ Dessa forma, não se pode pura e simplesmente estender para o partícipe o injusto do autor.

Em que pese ambos autor e partícipe se encontrarem vinculados ao fato objetivado por uma relação de pertencimento, o comportamento de cada um deles deve ser observado de forma individualizada, conforme o próprio teor de injusto.⁴¹⁻⁴² Noutros termos, a atribuição de responsabilidade ao partícipe deve partir de seu próprio comportamento, observando a cada um dos estratos analíticos do crime, atentando-se, ainda, aos limites impostos pelo artigo 29 do Código Penal. Observe-se que, da mesma forma que na autoria, ao tipo penal da participação se aplicam os critérios de imputação objetiva, agregando critérios normativos que possam conferir segurança e coerência às soluções jurídico-penais.

Como visto, a participação se manifesta sob diferentes formas, cuja estrutura peculiar tem relevante repercussão na determinação da responsabilidade no caso

³⁸ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Código penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. pp. 153-192

³⁹ RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos improprios de omisión. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, p. 209-238, 2017. p. 215; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios sobre los delitos de omisión**. Lima: Grijley, 2004. p. 123.

⁴⁰ “Dessa forma, o fundamento de punição do partícipe é que ele viola a proibição típica. Emprestando contribuição relevante para a realização do fato típico, satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos, a conduta do partícipe é, por extensão, uma conduta típica”. GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 7ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 601.

⁴¹ Ao trabalhar em torno do pertencimento ao fato delitivo, não se pode deixar de lembrar a indicação de Francesco Carrara acerca do desenvolvimento etimológico no emprego da palavra “cumplicidade”. Conforme o teórico, em suas origens o termo abarcava a todos os delinquentes acessórios e não apenas às hipóteses de auxílio. Por “*Complex*”, expressão de baixa latinidade como aponta Carrara, buscava-se nomear ao complicado ou implicado no delito consumado por outro. CARRARA, Francisco. **Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado en la fuerza física del delito**. Trad. *par.* D. Vicente Romero Giron. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1877.

⁴² Nesse sentido, após relevantes críticas, Roxin modificou seu entendimento, deixando de defender que o conteúdo do injusto do partícipe decorra do fato do autor, para lhe atribuir relevância própria como um ataque autônomo ao bem jurídico. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. *par.* Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 65.

concreto. As formas de participação, entretanto, recebem um tratamento pouco uniforme na doutrina nacional. Perpassando os trabalhos doutrinários brasileiros identifica-se uma miríade de distintas formas de participação. Não obstante a diversidade de abordagens, de um modo geral, é possível identificar os mais recorrentes agrupamentos das formas de participação conforme duas correntes.

Uma primeira corrente da doutrina brasileira entende haver três formas de participação: o induzimento, a instigação e o auxílio.⁴³ As duas primeiras seriam formas de participação moral e a última uma forma de participação material. Essa abordagem é fundamentada especialmente na interpretação do artigo 122 do Código Penal, o qual tipifica a conduta de induzir, instigar ou auxiliar o suicídio.⁴⁴ Para os adeptos dessa construção, a indução ou determinação é compreendida como o comportamento que faz nascer a ideia delituosa no autor.⁴⁵ A instigação é a conduta de reforçar ou incitar no autor decisão já existente de cometimento do delito.⁴⁶ Por fim, o auxílio é entendido como a prestação de ajuda material.⁴⁷

Um outro segmento da dogmática penal, pela qual o presente trabalho se orientará, entende serem duas as formas de participação: a instigação e a cumplicidade

⁴³ Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. p. 412; RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 75; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de Direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 704.

⁴⁴ “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.”

⁴⁵ Beatriz Ramos entende indução como “é persuasão, convencimento. Induz ou determina, aquele que faz nascer no autor uma vontade delituosa antes inexistente”. RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 75. No mesmo sentido, Martinelli e Bem entendem que “[o] induzimento acontece quando o autor não tem a ideia de praticar o crime e o partícipe faz nascer a ideia em sua cabeça. [...]”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de Direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 704.

⁴⁶ Nesse sentido, Beatriz Ramos compreende o comportamento de instigar como: “o incitamento, estímulo. Instiga aquele que reforça, que desenvolve no autor uma decisão, neste já existente, embora oscilante ou não concretizada, em favor da prática do crime”. RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 74. Assim, também, para Martinelli e Bem: “a instigação é a fomentação de uma ideia que já existe na cabeça do autor, que se sente motivado a praticar o crime”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de Direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 704.

⁴⁷ Assim: “O auxílio é a forma de atuação material do partícipe, já o induzimento e a instigação são formas de participação moral. Presta auxílio quem fornece condições materiais para o autor [...]”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de Direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 704.

(ou auxílio).⁴⁸ Essa compreensão resulta de uma interpretação do artigo 31 do Código Penal o qual apresenta como figuras delitivas o “ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio”.⁴⁹ Aproximando-se da dogmática alemã, define-se a instigação como a determinação ou criação da resolução criminosa no autor⁵⁰, ou como uma prática que interfere na decisão do autor em favor do crime.⁵¹ Em contrapartida, a cumplicidade (ou auxílio) é a prestação de ajuda ou contribuição para o cometimento do fato principal, ou seja, é o comportamento que possibilita, facilita ou ocasiona o fato principal.⁵² O auxílio pode ser material – físico – conformando-se com o fornecimento de meios, instrumentos e demais aportes corporais para o injusto, ou psíquico, com o aporte moral, espiritual ou intelectual para o injusto, influenciando na psique do autor e no próprio fato por meio do oferecimento de conselhos e instruções sobre o modo de realização do delito, bem como em reforço à resolução ao feito.⁵³

A cumplicidade, na medida em que abarca comportamentos de possibilitam ou favorecem o injusto, se coloca em relação ao fato de modo mais sutil que a instigação, o que torna a responsabilização do cúmplice um problema profundamente intrincado, haja

⁴⁸ SANTOS, Juez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 254; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2008. p. 157.

⁴⁹ “Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”

⁵⁰ Nesse sentido: “Instigar é determinar a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente. O instigador faz nascer a decisão de praticar o crime [...]” FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993. p. 256; “[...] provocação no autor principal da decisão de praticar o fato” GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 06.; “[...] provocar (de forma, pelo menos, cocausal) a resolução para o fato.” HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal: parte geral**. Trad. par. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 263. No mesmo sentido: MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal: parte geral**. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990. pp. 256-257.

⁵¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. pp. 290-305.

⁵² Nesse sentido, “Por cumplicidade entender-se-á o auxílio, a contribuição, para que um terceiro cometa um fato típico e antijurídico” GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.07. Ainda, “Auxílio finalmente, é a prestação de serviço, ministração de instruções ou fornecimento de meios para a execução do crime, mas sem participação direta ou imediata nesta.” HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. V. 1. Tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. p. 142. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993. p. 256. Em sentido similar: MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal: parte geral**. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990. pp. 256-257; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. V. 1. Parte geral. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 576.

⁵³ Na corrente dogmática anterior, o aporte moral ou espiritual é tratado de modo autônomo como instigação. Aqui, como indicado, preferiu-se adotar a divisão das formas de participação em duas manifestações: o auxílio – reunindo sua forma material e moral – e a instigação, como o comportamento de criar a resolução criminosa do autor.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. par. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. pp. 281 *et. ss.*

vista a dificuldade, em inúmeros casos, de identificar o seu desvalor próprio para além da simples causalidade. Diante disso, o trabalho aqui desenvolvido se concentra justamente na cumplicidade, tomando as ações neutras como ponto de partida para o estudo. Assim, delimita-se essa análise ao auxílio, tomando por referência situações que se colocam nos limites entre a punibilidade e a neutralidade, em busca dos critérios para a determinação desses limites, identificando os fundamentos e os contornos da cumplicidade.

2. CONTORNOS PROBLEMÁTICOS DA IMPUTAÇÃO POR AÇÕES NEUTRAS

A relevância penal do grupo de casos das ações neutras e os critérios para a sua punibilidade é objeto de amplas discussões doutrinárias, embora ainda incipientes no Brasil. O problema conta com uma vasta bibliografia composta principalmente por estudos desenvolvidos pela doutrina alemã e espanhola no final dos anos 1990 e início dos anos 2000, apresentando abordagens que transitam nos diferentes níveis da teoria do delito. Não obstante a pluralidade de soluções, percebe-se uma tendência entre os teóricos a conferir um tratamento restritivo da punibilidade da intervenção que possibilite ou facilite um fato delitivo executado por um indivíduo autorresponsável quando a contribuição se caracteriza como um aporte a princípio neutro. Embora se verifique um relevante consenso em torno da necessidade de se determinarem limites restritivos à punibilidade da participação⁵⁴, é controversa a questão de quais devem ser os requisitos a delimitar a configuração típica dessas condutas.

Assim, tomando o problema das ações neutras como centro da discussão, expõe-se, adiante, um panorama das proposições doutrinárias já oferecidas para a solução da problemática, identificando seus fundamentos e premissas, seguindo-se à análise crítica e verificação de seu rendimento como pontos de vista direcionados à a solução dos casos indicados no início do trabalho.

Observe-se que, embora as soluções apresentadas na doutrina se localizem, de forma geral, no âmbito de teorias mais amplas, o presente trabalho não pretende abordar a essas teorias enquanto sistema adotado por diferentes correntes dogmáticas, mas se concentra nas propostas elaboradas para o específico objeto deste trabalho, qual seja, as ações neutras. Aponte-se que o debate a seguir não tem como pretensão refutar as

⁵⁴ Vale notar como contraponto a teoria de Gimbernat Ordeig. O autor constrói sua teoria dos bens escassos como forma de diferenciar a participação simples da cumplicidade necessária. Segundo Gimbernat, o favorecimento relevante à conduta delitiva de um terceiro é punível ainda que consista em uma conduta cotidiana, não cabendo afastar sua configuração típica. A verificação desse favorecimento como baseada em um bem ou serviço escasso a tornaria cumplicidade necessária (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.). Conforme Nilo Batista, no Brasil, essa diferenciação corresponderia à possibilidade ou não de minoração da penal baseada no artigo 29, §1º do CP: condutas caracterizadas pela escassez não poderiam ser consideradas de menor potencial ofensivo (BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2008. p.188). Em 2014 renomeia a sua teoria para “teoria dos comportamentos neutros”, afirmando que a classificação de uma conduta como neutra ou cotidiana indicaria simples participação, enquanto a conduta não neutra configuraria participação necessária (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. **Nuevo Foro Penal**, v. 10, n. 82, pp. 81-131, jun. 2014).

propostas apresentadas, mas lançar luz sobre suas vantagens e críticas, extraindo conclusões que permitam seguir com os avanços no tema para solucionar os problemas apresentados, considerando os novos desenvolvimentos da sociedade e sua repercussão sobre o tema das ações neutras.

2.1. Teorias clássicas ou principiológicas

Inicialmente, apresentam-se as teorias de ordem principiológica, nomeadamente, as teorias da adequação social e do princípio da confiança. Vale observar preliminarmente que, em sua obra, Luís Greco opta por classificar essas teorias como “clássicas”, justificando essa opção por considerá-las teorias que tratavam do problema das ações neutras apenas *an passant*, antes que este fosse considerado um dos grandes desafios da dogmática jurídico-penal.⁵⁵ Aqui, optou-se por classificá-las como principiológicas, uma vez que, não obstante suas raízes clássicas, tais teorias foram retomadas, aprimoradas e rediscutidas ao longo dos anos, sendo propostas que apresentam feição ainda atual para diversos autores no enfrentamento do problema.

2.1.1. Princípio da Adequação Social

A teoria da adequação social, segundo Hans Welzel, propunha em suas origens a exclusão da tipicidade das condutas que se “mantém dentro dos limites da liberdade da atuação social”.⁵⁶ Para Welzel, o tipo penal não é apenas uma descrição avalorada, mas sim uma “amostra” das formas de condutas proibidas, ou seja, aquelas que violam de forma grave a ordem ética-social da comunidade. Todos os elementos do tipo encontrariam sua definição a partir de seu significado e função sociais, compreendendo-se a ação como um significativo fenômeno social.⁵⁷

Utilizado na própria interpretação dos tipos, o princípio da adequação social dispõe que a conduta conforme à ordem ético-social normal da comunidade em dado momento histórico não poderia ser típica. Não se exige a adoção de um comportamento exemplar, basta, apenas, que ele seja conforme à ordem social vigente. Trata-se, portanto,

⁵⁵ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.20

⁵⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. par. Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 74.

⁵⁷ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. par. Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

de uma das figuras mais exemplares do acentuado ontologismo do finalismo welzeniano, o qual destaca a realidade social, o mundo da vida social, na construção do direito.

Enquanto critério de solução para o problema das ações neutras, o princípio da adequação social operaria determinando a atipicidade daquelas condutas conforme o espectro de liberdade normal de atuação social, sendo, em contraposição, típicas aquelas condutas que representassem uma transgressão aos limites do socialmente adequado. Assim, ainda que o comportamento final do partícipe pudesse ensejar uma lesão a um bem jurídico, em razão de seu caráter de normalidade, conformidade aos limites de uma “gestão ordenada”, o princípio determinaria a exclusão de sua tipicidade.⁵⁸

Durante o período de ontologismo social do finalismo de Welzel, a adequação social foi construída como uma excludente de tipicidade, tendo sido posteriormente considerada uma causa de exclusão da ilicitude nas edições subsequentes, período em que o autor seguiu uma fase de uma ontologia neutra, livre de valores. Nesse momento, o tipo penal deixa de ser compreendido a partir de seu significado social, para ser compreendido a partir de estruturas lógico-objetivas. Anos depois, Welzel retoma a teoria da adequação social como uma causa de exclusão da tipicidade na nona edição da obra *Novos Estudos de Direito Penal*.⁵⁹ Entretanto, a conceituação do problema deixa em aberto se o princípio teria por função auxiliar na interpretação dos tipos penais ou se seria operado como uma genuína excludente de tipicidade, aplicando-se ora uma dessas funções, ora a outra.

O critério da adequação social vem sendo objeto de consistentes críticas pela doutrina. Dentre os problemas que lhe são atribuídos, inicialmente, aponta-se para o fato de que sua densificação depende de decisões jurídico-valorativas demasiado amplas, carentes de um critério orientador para a determinação do que seja um comportamento conforme à ordem social de uma comunidade. Assim, o critério acaba por se conformar como um “slogan vazio”⁶⁰, à mercê de juízos de valoração subjetivos e contingentes, orientados por um sentimento de direito próprio e subjetivo. A imprecisão da teoria da adequação social leva diversos setores da doutrina a considerá-la insatisfatória.

⁵⁸ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. par. Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.74-75. Destaca-se: “A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito “normal” da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada tacitamente) por eles. Por isso, ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo o seu conteúdo literal”.

⁵⁹ Um maior aprofundamento na análise sobre a evolução do pensamento finalista de Welzel pode ser encontrada em: ROXIN. Claus. **Novos estudos de direito penal**. Trad. par. Luís Greco [et. alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. pp.116-151.

⁶⁰ ROXIN. Claus. **Novos estudos de direito penal**. Trad. par. Luis Greco [et. alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.121.

Questiona-se especialmente o que se deve entender por uma conduta adequada, sendo incerto se o princípio consubstanciar-se-ia como um critério sociológico-descritivo ou ético-normativo.⁶¹

Se considerarmos o princípio como sociológico-descritivo, o hábito e o costume tornariam adequadas condutas claramente repudiadas pelo direito – pense-se a prática comum de compras de DVDs pirateados em camelôs, a qual não parece ser capaz de elidir o desvalor da falsificação de filmes e a violação de direitos autorais.

A adoção de uma ótica normativa tampouco torna menos problemática a aplicação do princípio. Isso porque, ainda que se considere que o princípio da adequação social espelhe um dever ser, restam em aberto inúmeros questionamentos acerca dos critérios e parâmetros que lhe confeririam substância. Afinal, se o princípio expressa o dever ser, qual deveria ser o critério de substanciação? Qual o parâmetro definidor do que se considera correto e adequado em uma comunidade? O retorno a um conceito formal de garantidor? A relevância prática desses apontamentos pode ser observada na análise do caso 6, cuja resolução levaria o intérprete a uma série de problemas para encontrar normas legais capazes de orientar ou regulamentar a indicação e sustentação política de agentes públicos do Poder Executivo por deputados no presidencialismo de coalizão. Embora a formação de coalizões para assegurar a governabilidade do país seja um fenômeno sócio-político estudado pelas ciências políticas, seus influxos e sua dinâmica não encontram referência normativa no Brasil.

Além do problema da imprecisão, a solução pelo princípio da adequação social enfrenta, ainda, um problema no que concerne à sua própria natureza e eficácia como uma causa de exclusão da tipicidade ou como causa de exclusão da ilicitude. O próprio Welzel reconhece a “insuficiente distinção” com as causas de justificação.⁶² Como visto, inicialmente o teórico tratava do princípio no âmbito da tipicidade, contudo, ao retomar a teoria na nona edição da obra *Novos Estudos de Direito Penal*, a adequação social parece ser considerada não uma causa de exclusão da tipicidade, mas sim um princípio interpretativo do tipo. Na obra, quando apresenta a diferenciação entre a adequação social e as causas de exclusão da ilicitude, Welzel destaca que as justificantes conferem apenas uma especial permissão para a realização de condutas que, de fato, são socialmente

⁶¹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.23

⁶² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. par. Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 74 e 76.

inadequadas e, portanto, típicas, enquanto o princípio da adequação social refere-se à interpretação e significação social do tipo. Embora estabeleça a diferença em relação às causas de justificação, o critério acaba por tratar o princípio ora como uma excludente de tipicidade, ora como um simples princípio interpretativo do tipo penal.

2.1.2. *Princípio da Confiança*

Dentre os princípios limitadores da responsabilidade em razão do concurso de pessoas para o resultado, não se pode deixar de analisar o princípio da confiança, o qual pode ser apresentado a partir da seguinte fórmula: “toda pessoa pode confiar, no caso normal, que os outros não cometerão fatos puníveis dolosos”.⁶³ Parte-se da premissa de que o sujeito, ao desenvolver atividades lícitas em sociedade, não precisa contar com o comportamento antijurídico de terceiros, tampouco assumir que as suas atividades serão utilizadas para o cometimento de delitos. Assim, o sujeito não precisa se preocupar o tempo todo com a conduta não permitida de terceiros, podendo confiar que se adotará uma postura em conformidade às normas, ou seja, “se parte como princípio de que os outros respeitarão as normas que regulam os contatos sociais”.⁶⁴ O princípio se fundamenta na ideia de que a confiança de que os demais intervenientes ou participantes em atividades coletivas e interações sociais é imprescindível para que essas atividades sejam possíveis. Uma sociedade orientada pela desconfiança sobre o comportamento dos demais encontraria fortes e indesejáveis entraves à divisão de trabalho e às interações sociais.

Referido princípio possui suas origens na jurisprudência alemã para a resolução de problemas concernentes aos deveres concretos de cuidado em delitos culposos de trânsito na Alemanha, hipóteses sobre as quais os tribunais passaram a aplicá-lo para reconhecer a “possibilidade de um motorista confiar, como regra geral, que os demais condutores de veículos também seguirão as regras de trânsito, limitando assim o alcance excessivo do critério da previsibilidade”.⁶⁵ Embora cunhado para a resolução de

⁶³ Tradução livre do original: “*toda persona puede confiar, en el caso normal, en que los otros no cometerán hechos punibles dolosos*”. ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n.6, v.3, 1997. p.30.

⁶⁴ Tradução livre do excerto original “*se parte como principio de que los otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales*”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. **Revista de derecho penal y criminología**: Espanha. 1 extraordinario, 2º época, pp. 93-138, 2000. p.94.

⁶⁵ PEREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 23, v. 13, p. 47-100, 2014. p. 84. No

problemas concernentes aos deveres objetivos de cuidado no tráfego viário, o âmbito de aplicação do princípio da confiança foi gradualmente expandido, tornando-se um critério normativo delimitador do risco permitido na imputação objetiva aplicável de forma mais ampla às diversas situações envolvendo a intervenção de diversos agentes e a repartição de funções, em que a conduta incorreta de um terceiro influencia o resultado lesivo.⁶⁶

Vale observar que, a depender da linha dogmática em análise, o princípio da confiança apresenta diferentes abrangências. Assim, enquanto para o funcionalismo teleológico o princípio é trabalhado como um critério limitador do risco permitido no plano da imputação objetiva, no funcionalismo sistêmico de Jakobs o princípio da confiança é elevado a verdadeiro princípio geral de imputação, que torna possível a divisão de trabalho.⁶⁷ Feijóo Sanchez vai além e defende se tratar de princípio geral do ordenamento jurídico.⁶⁸ Ademais, crescentemente se reconhece seu potencial como critério orientador de âmbitos de responsabilidade.⁶⁹

mesmo sentido: GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 27-30; SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, *passim*; ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n.6, v.3, 1997. p. 30-44.

⁶⁶ O princípio é reconhecido na jurisprudência brasileira em diferentes casos, como se percebe dos seguintes excertos: “De acordo com o princípio da confiança, que delimita o âmbito dos deveres objetivos de cuidado dirigidos indistintamente a todos, não age com culpa o acusado que, na posição de gerente de supermercado, deixa de recolher produtos expirados na véspera, cuja fiscalização competia, contratualmente, a funcionários os quais, por sua vez, agiram com negligência.” (BRASIL. TJMG. 7ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 1.0105.06.186935-7/001. Belo Horizonte. Julgamento em 03/02/2011); “Não há falar em negligência na conduta de quem deixa de fiscalizar serviço alheio, desde que executado por profissional qualificado e especificamente contratado para tal fim, tendo em vista que, nessa hipótese, aplica-se o princípio da confiança.” (BRASIL. TJMG. 7ª Câmara Criminal. Apelação Criminal n.º 1.0701.04.070527-2/001 0705272-89.2004.8.13.0701. Julgamento em 12/06/2007).

O princípio foi também aplicado em 2017 pelo Min. Marco Aurélio em decisão monocrática no âmbito do Supremo Tribunal Federal (HC 138.637/SP). No caso, havia sido imputado o crime de homicídio culposo ao Presidente e Administrador do Complexo Hopi Hari em função de sua posição como “*Chief Executive Officer*” da empresa. A decisão reconheceu e aplicou o princípio da confiança, ao conceder Habeas Corpus cassando acórdão proferido pelo TJSP, restabelecendo a decisão anterior, do mesmo tribunal, que determinava o trancamento da ação penal. Vale apresentar o seguinte excerto da ementa do caso: “O princípio da confiança, tratando-se de atividade em que haja divisão de encargos ou de atribuições, atua como fator de limitação do dever concreto de cuidado nos crimes culposos.” (BRASIL. STF. HC 138.637/SP, Brasília. Julgamento: 18/05/2017, DJe-105 DIVULG 19/05/2017 PUBLIC 22/05/2017). O caso foi objeto de análise mais pormenorizada em SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos delituosos ou “impróprios para o consumo”. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS. Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. pp.211-237.

⁶⁷ JAKOBS, Günther. **Imputação objetiva no Direito Penal**. 4ª ed. Trad. par. André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 26-27.

⁶⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. **Revista de derecho penal y criminología**: Espanha. 1 extraordinario, 2º época, pp. 93-138, 2000.

⁶⁹ SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos delituosos ou “impróprios para o consumo”. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS. Humberto

Entretanto, a possibilidade de confiar não é irrestrita e encontra inúmeros limites dogmáticos. De forma geral, a doutrina estabelece como limites à confiança: a) a existência de circunstâncias que evidenciam a impossibilidade de confiar; b) a existência de determinada circunstância cuja frequência torne impossível confiar em sua não ocorrência, dado usualmente percebido de forma probabilística ou estatística; c) existência de condições específicas de terceiros que fazem com que dele se espere a atitude incorreta, ou nos quais o sujeito não se mostre digno de confiança; d) a existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta de terceiros (deveres de coordenação ou de controle). Há ainda um quinto limite, objeto de conflito na doutrina da confiança⁷⁰, o qual dispõe que aquele que se comporta de maneira contrária ao dever destrói as bases da confiança e, dessa forma, não pode confiar. Assim, unindo essas limitações em uma fórmula simplificada, tem-se que aqueles que cumprem com os seus deveres, em circunstâncias que não evidenciam uma provável violação da confiança e ausentes conhecimentos especiais, não precisam contar com o comportamento antijurídico de terceiros antes de realizar suas ações.⁷¹

Independentemente das críticas que podem ser apresentadas à própria teoria do princípio da confiança⁷², ainda que se concorde com seus fundamentos e premissas, referido princípio não representa uma solução adequada à problemática das ações neutras. Como bem pontua Greco, os casos juridicamente relevantes de ações neutras usualmente se enquadram justamente em uma das limitações à aplicação desse princípio: a presença de conhecimentos especiais ou indícios concretos de que o delito será concretizado⁷³ – todos os casos problema apresentados de partida nesse trabalho questionam a punibilidade justamente de sujeitos cujo aporte é realizado com conhecimentos especiais, variando apenas o grau do dolo. Dessa forma, a aplicação do princípio deixaria grande

Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp.211-237, *passim*.

⁷⁰ SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. pp. 113-141.

⁷¹ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 85-86; e SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

⁷² Nesse sentido, a título de curiosidade, a crítica de Frisch: FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 208 e ss.

⁷³ GRECO, Luís. *Op.cit.*, p. 29. Apesar da crítica, a teoria é ainda parcialmente adotada na resolução do problema das ações neutras por alguns autores, como Claus Roxin, como se verá mais a frente (ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n.6, v.3, 1997. pp. 30-44).

parte dos casos de ações neutras excluídos de sua abrangência, sem que se apresente a devida fundamentação para a sua punibilidade.

2.2. Teorias objetivas

A busca por critérios mais sólidos levou a doutrina a buscar soluções no tipo penal.⁷⁴ A análise crítica dessas propostas será realizada separadamente para as teorias cujas soluções se localizam no tipo objetivo, de um lado, e para aquelas que as alocam no tipo subjetivo, de forma a seguirmos uma sequência de raciocínio mais clara e conforme à sequência analítica da imputação. Dessa forma, passa-se, inicialmente, à análise das teorias objetivas.

2.2.1. Teoria da proibição de regresso

O princípio da proibição de regresso, embora aparentemente não encontrar defensores de sua forma clássica na doutrina atual, é a base lógica que influencia diversas outras teorias. Esse princípio propõe que a intervenção culposa sobre a realização dolosa de um terceiro autorresponsável não seria punível, uma vez que a ação do terceiro interromperia a causalidade frente ao primeiro indivíduo, iniciando uma nova cadeia causal própria.⁷⁵ Como exceção à teoria da equivalência, proíbe-se que se recorra às condições prévias ao ato doloso do agente, considerando que o primeiro atuante não causa o resultado produzido pelo terceiro.⁷⁶

Wolfgang Naucke elenca os diversos argumentos de política criminal que fundamentariam a relevância da proibição de regresso. Inicialmente, o princípio tornaria

⁷⁴ Talvez o leitor se questione nesse ponto acerca da escolha em separar as soluções anteriores como soluções principiológicas em lugar de abordá-las aqui, como soluções localizadas no tipo objetivo, especialmente na medida em que a maior parte da doutrina moderna aplique atualmente o princípio da adequação social e o princípio da confiança enquanto critérios integrantes da imputação objetiva. Essa deliberada opção é um cuidado adotado tendo em vista as próprias divergências e imprecisões que tocam as teorias retromencionadas. Como visto, a adequação social é nem sempre é aplicada como elemento do tipo, mas muitas vezes mais se aproxima a um princípio interpretativo que orienta o processo de imputação. Também no que concerne ao princípio da confiança, alocado na imputação objetiva por alguns teóricos, mas adotada como um princípio geral do direito por outros.

⁷⁵ Para maiores detalhes sobre essa formulação clássica, recomenda-se a exposição crítica de Claus Roxin publicada na obra: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. pp. 149-189.

⁷⁶ NAUCKE, Wolfgang. Sobre la prohibición de regreso en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.15-63. p. 37.

viável a aplicação da lei penal na medida em que limita o espectro de investigações imposto ao Estado. Afinal, a punição de todo aquele que, por seu comportamento imprudente, cria condições para o cometimento de delitos geraria uma amplitude de investigações insuportável e até mesmo interminável.⁷⁷ Além disso, em termos de culpabilidade, os comportamentos meramente imprudentes estariam localizados nos confins extremos da responsabilidade, de modo que sua punição exige uma real e intensa necessidade, excluindo-se, assim, a maior parte dos casos. Por fim, a punição da conduta imprudente nessas hipóteses careceria de um fim de prevenção geral, em função da distância entre o primeiro atuante e os fatos cometidos dolosamente pelo terceiro.⁷⁸

Apesar das vantagens político-criminais identificadas por Naucke, a teoria da proibição de regresso clássica é fortemente criticada por se basear na ideia de interrupção do nexo causal, razão pela qual Claus Roxin considera “totalmente obsoletos”⁷⁹ os seus fundamentos originários, bem como incompatíveis com a teoria da equivalência das condições.⁸⁰ Defende-se na doutrina moderna, de um modo geral, que não há que se falar em interrupção do nexo de causalidade, pois sua verificação decorre de um juízo tudo ou nada: ou está presente a relação causal ou não está.⁸¹ Assim, considera-se inconcebível afirmar a interrupção⁸² desse nexo quando a ação do primeiro agente, seja ela imprudente ou não, possibilitou ou favoreceu o fato doloso do terceiro.

Diante desses problemas, vale abordar brevemente as teorias de Harro Otto e de Jürgen Welp, os quais buscaram desenvolver e melhor densificar a teoria da proibição de regresso. Na formulação de Otto, a proibição de regresso orienta-se a partir do *topos* de

⁷⁷ NAUCKE, Wolfgang. Sobre la prohibición de regreso en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.15-63. p. 40.

⁷⁸ NAUCKE, Wolfgang. Sobre la prohibición de regreso en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.15-63. pp. 42-43.

⁷⁹ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.149-189. p. 152.

⁸⁰ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n.6, v.3, 1997. p. 20.

⁸¹ Nesse sentido: GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25; e ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n.6, v.3, 1997, p.19-44. p. 20.

⁸² Entende a doutrina moderna que o curso causal que não se realiza é, em verdade, um curso causal hipotético, o qual não possuiria relevância penal, restando como uma espécie de risco de reserva. Nesse sentido: SANCINETTI, Marcelo A.. La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal. **Revista de derecho penal y procesal penal**, n. 4, pp. 583-605, 2010. p. 584.

dirigibilidade.⁸³ Para o autor, os cursos causais ensejados pela conduta imprudente do primeiro indivíduo seriam imprevisíveis, de modo que estariam à margem da experiência cotidiana e fora da sua esfera de dirigibilidade. Esse posicionamento é, contudo, considerado demasiado amplo, uma vez que em quase toda hipótese de participação já não mais se verificaria a dirigibilidade. Conforme aponta Roxin, mesmo em casos de autoria poderia se verificar um defeito de dirigibilidade quando, entre a ação que cria uma causa e o resultado, intercedesse uma causa natural.⁸⁴

A construção de Welp se fundamenta sobre uma leitura forte do princípio da autorresponsabilidade. Segundo a leitura de Welp sobre esse princípio, de forma simplificada, a atuação dolosa de um indivíduo plenamente responsável conformaria um âmbito de responsabilidade individual, alheio àqueles externos a ele.⁸⁵ Assim, a atuação dolosa do terceiro vedaria o acesso à responsabilidade do primeiro agente pelo resultado. Embora, em última análise, o autor trabalhe justamente com o fechamento do acesso à responsabilidade, ou seja, com uma espécie de negação de causalidade, Welp busca fundamentar a não punibilidade do primeiro agente considerando socialmente adequado o aporte imprudente a fatos dolosos, dando um primeiro passo para a melhor alocação sistemática da teoria.

Ricardo Robles Planas empreende um interessante esforço de buscar as premissas e origens da proibição de regresso e, assim, melhor compreender seu significado. Voltando à formulação originária da teoria conforme a proposta de Reinhard Frank, Robles Planas descortina uma diferente finalidade para a proibição de regresso, distante de uma restrição da punibilidade na participação ou de seus fundamentos.⁸⁶

⁸³ Para um aprofundamento, ver: OTTO, Harro. *Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal*. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. pp. 65-91.

⁸⁴ Destaca-se o seguinte excerto: “*Y existe con frecuencia un defecto de conducibilidad, en este sentido, incluso cuando entre la primera causa y el resultado no interceda ninguna otra conducta humana*”. ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso*. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.149-189. p. 158.

⁸⁵ Nesse sentido a descrição de Roxin: “*Welp opina que el autor doloso que actúa directamente le “cierra” el “acceso” a una responsabilidad del tercero por el resultado. [...] La autorresponsabilidad del autor doloso configura un “ámbito de responsabilidad” que les sería “ajeno” a todos los que se hallan fuera de él*”. Excerto original extraído de: ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso*. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.149-189. p. 155.

⁸⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p.81.

Embora atualmente a teoria seja percebida como uma restrição à punibilidade do favorecimento culposo a um comportamento doloso, em suas raízes, a proibição de regresso teria por função fundamentar o dogma causal do favorecimento doloso ao fato – entendido como a extensão da punibilidade a qualquer aporte doloso e causal para o resultado. Nesse sentido, originalmente, a proibição de regresso operaria no plano da causalidade, contribuindo para a restrição aos intoleráveis resultados que a teoria da equivalência proporcionava, promovendo o castigo de qualquer aporte causal ao delito.⁸⁷ Conforme identifica Robles Planas, Frank construiu uma distinção entre condições causais e precondições, defendendo que, quem realiza uma precondição apenas pode ser castigado como partícipe. Dessa forma, o que buscava afastar era a punibilidade a título de autoria do interveniente que apenas favorece o fato principal com o seu aporte, identificando-a, para tanto, a uma contribuição meramente culposa. A partir disso, a restrição de punibilidade do partícipe por culpa decorreria dos próprios requisitos legais positivados no Código alemão, que vedam expressamente a punição da participação culposa. Assim, a não punibilidade da participação, na formulação original de Frank nada teria com uma formulação doutrinária indicativa de uma proibição de uma análise em regresso sobre as condições do aporte, mas sim da simples identificação da conduta como participação culposa, cuja punibilidade era restringida em Lei.⁸⁸

Embora os autores tenham avançado na densificação da proibição de regresso, não lograram desvincular completamente a teoria de sua original formulação no sentido de interromper ou negar a causalidade. Resta ainda pouco claro o fundamento jurídico para isentar-se atualmente a punibilidade unicamente da conduta culposa, restando a dolosa punível – em alguma medida, todas as condutas discutidas nos casos de partida desse trabalho. Permaneceram, portanto, as críticas à teoria.

Entretanto, como reconhece o próprio Roxin, essas objeções doutrinárias podem ser facilmente resolvidas, deixando de lado a ideia de negação da causalidade, com a transposição da proibição de regresso para o âmbito da imputação.⁸⁹ É justamente esta a

⁸⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p.81.

⁸⁸ Para um maior aprofundamento sobre esses apontamentos e sobre a análise da teoria da proibição de regresso em seu histórico: ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 80-87.

⁸⁹ Destaca-se em nota: “*Las objeciones contra una interrupción del nexo causal pueden ser fácilmente asumidas, negando no la causalidad sino sólo la relación de imputación*”. ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp.149-189. p.154.

ressignificação empreendida por Günther Jakobs em sua teoria da imputação objetiva na participação, a qual será analisada mais à frente.

2.2.2. Teoria da adequação profissional de Winfried Hassemer

Os contornos problemáticos das ações neutras foram objeto da análise de Winfried Hassemer em um artigo dedicado à análise do auxílio à evasão fiscal e a tipicidade de comportamentos de profissionais que trabalham em instituições financeiras. Diante da problemática, o teórico identifica um grande potencial no princípio da adequação social para a solução da questão, mas reconhece que a amplitude da sua formulação original desafia o seu rendimento prático, sendo necessário conferir melhor precisão ao princípio. Compreende então que, enquanto a alusão ao “social” é demasiadamente ampla, amparada por normas legais gerais e onipresentes, a referência ao “profissional” permite identificar regras de ação orientadas a grupos organizados em uma sociedade e reconhecidos pelo direito a partir da compatibilidade de suas respectivas regulamentações à ordem jurídica. Assim, o teórico formula o critério da “adequação profissional”, propondo que se utilizem para a análise de imputação penal “normas de grupos de referência segmentares”, específicas sobre o campo de ação a que se dirigem, o que aprimoraria a aplicabilidade do critério.⁹⁰

Tratam-se de regras que regulamentam um “campo de ação que é socialmente pré-estruturado, como uma organização social ou uma área profissional”⁹¹ e funcionam num sentido de complementariedade às normas penais para a análise de situações concretas. Essas regras comportamentais de grupos de profissões possuem origem na prática, e não no direito, ou ao menos não no Direito penal. Elas tampouco contradizem ou negam as

⁹⁰ Nas palavras do autor: “Isso ocorre porque "a" área do social não existe normativamente, mas Colômbia é muito mais assimilada pelos juristas marginalmente - normas sociais e áreas normativas apenas em sua relação a situações concretas, campos de ação e grupos; trata-se aqui, em contraste com as normas legais onipresentes e vigentes, fala-se em "normas de grupo de referência" segmentares e significa que as normas sociais são específicas da situação e específicas do grupo e se aplicam”. Tradução livre do original: “*Das liegt daran, daß gibt es „den“ Bereich des Sozialen normativ nicht gibt, Vielmehr den Juristen aber nur marginal rezipiert – soziale Normen und Normbereiche nur in ihrem Bezug auf konkrete Situationen Handlungsfelder und Gruppen; man spricht hier – im Gegensatz zu den ubiquitär geltenden juristischen Normen – von segmentären oder „Bezugsgruppennormen“ und meint damit, daß soziale Normen situations – und gruppenspezifisch sind und gelten*”. HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Parte II.* **Wistra** – Ano 14, Caderno 3, pp. 81-87, mar. 1995. p. 81.

⁹¹ Excerto completo original: “*sie bestehen aus einem Handlungsfeld, das sozial vorstrukturiert ist, wie etwa eine gesellschaftliche Organisation oder ein professioneller Bereich*”. HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Parte II.* **Wistra** – Ano 14, Caderno 3, pp. 81-87, mar. 1995. p. 82, tradução livre.

normas penais. Hassemer pontua que essa pré-estruturação não é de ordem apenas fática, naturalista, mas também possui um componente normativo, tanto em função da previsão de sanções no âmbito do grupo em função de seu desvio, como em função da identificação e reconhecimento da regulamentação sobre os comportamentos profissionais pelo ordenamento.

Hassemer ressalta que, na realidade, a sociedade não é uma unidade singular, mas compõe-se de diversos agrupamentos sociais organizados, cuja regulamentação permite melhor precisar os limites do desvalor do comportamento. Trata-se, portanto, de uma proposta localizada no plano do tipo objetivo, a partir da sua complementação por meio de normas e regulamentações vigentes em determinados grupos profissionais. Assim, a atuação profissional, conforme as regulamentações de determinado grupo social reconhecido pelo direito, seria neutra e, portanto, objetivamente atípica. Conforme o teórico, a adequação profissional “descreve o agir profissional normal, neutro, aceito socialmente e regulamentado profissionalmente, que não precisa se esconder da análise e avaliação penal, porque [...] concretiza e aborda determinados campos de ação social, sem contradizer as proibições criminais”.⁹²

A verificação da adequação profissional é realizada em dois momentos. Inicialmente verifica-se em que medida determinada conduta é regulamentada em um âmbito social. Em seguida, analisa-se a compatibilidade dessa regulamentação ao ordenamento jurídico. Interessante apontar que, para Hassemer, o costume, a orientação reiterada e transparente de determinadas práticas dentro de um grupo indica o seu reconhecimento pelo ordenamento, de forma que, para considerá-las proibidas seria necessária uma especial fundamentação. Essa especial fundamentação decorreria de indícios da ilicitude, que favoreceriam a proibição do comportamento a princípio profissionalmente adequado. Para a verificação desses indícios sob um ponto de vista jurídico, enumera os métodos gramatical, subjetivo-histórico, objetivo-teleológico, consequencialista ou baseado na orientação jurisprudencial. Além disso, afirma que

⁹² Excerto completo: “adequação profissional [...] descreve o agir profissional normal, neutro, aceito socialmente e regulamentado profissionalmente, que não precisa se esconder da análise e avaliação penal, porque ele não neutraliza as normas do direito penal, mas sim as complementam, definem contornos, concretizam e abordam determinados campos de ação social, sem contradizer as proibições criminais”. Tradução livre do original: “*Professionelle Adäquanz [...] beschreibt normales, neutrales, sozial azepiertes und regelgeleitetes berufliches Handeln, welches sich vor strafrechtlicher Analyse und Beurteilung nicht zu verstecken braucht, weil es Strafrechtsnormen nicht neutralisiert, sondern ergänzt, konturiert, konkretisiert und auf bestimmte soziale Handlungsfelder bezieht, ohne dabei strafrechtlichen Verboten zu widersprechen*”. HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*. Parte II. **Wistra** – Ano 14, Caderno 3, pp. 81-87, mar. 1995. p. 85.

devem ser considerados indícios referidos ao comportamento concreto do sujeito em relação ao grupo social de referência em questão, verificando elementos que indiquem que a ação deixou de ser adequada, como a adaptação do comportamento ao plano delitivo, a alteração suspeita de comportamento, a construção de um sistema cuja finalidade não mais possa ser considerada neutra, dentre outros.⁹³ Ou seja, uma violação da regra regulamentadora do segmento ou uma mudança do comportamento em relação a ela, com a finalidade de alcançar fins contrários ao direito.

Interessante observar que o estudo do problema das ações neutras a partir da identificação das características dessas ações e sua relação com a liberdade profissional, levou diversos autores ao desenvolvimento de critérios de alguma forma relacionados à ideia de profissão. Assim, como se verá mais à frente, a consideração a esse elemento aparece nas teorias de Otto e Schumann.

Em relação ao princípio da adequação social, a proposta de Hassemer apresenta avanços, com uma maior especificidade e determinação. Ainda assim apresenta diversos problemas. Inicialmente, quanto ao próprio critério proposto, encontra-se alguma dificuldade em determinar de que forma a prática reiterada de determinadas condutas as tornaria reconhecidas pelo ordenamento. Resta pouco claro se o critério teria por fundamento uma análise sociológica, estatística ou normativa. Como apontado, Hassemer admite que o costume reiterado e transparente de determinadas práticas dentro de um grupo indica o seu reconhecimento pelo ordenamento. O problema nessa conclusão está em tornar o critério legitimante de injustos penais cuja prática seja comum a determinados grupos.

De tal sorte, o costume reiterado e transparente em determinados locais de violação de normas que regulamentam a prática de pesca⁹⁴ e caça⁹⁵ proibidas poderia

⁹³ HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*. Parte II. **Wistra** – Ano 14, Caderno 3, pp. 81-87, mar. 1995. p. 86.

⁹⁴ Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.”

⁹⁵ Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.”

legitimar-se sob a aplicação de tal princípio. Também a prática de atear fogo em vegetação para o plantio de pastagem, ação reiterada e comum por proprietários rurais no desempenho de sua atividade profissional de criação de gado – prática essa que gera reiterados debates midiáticos todo ano no país e que vem causando crescente comoção nacional – seria inteiramente adequada, dada sua recorrência.

Embora Hassemer tente afastar a crítica de que o critério não seria apenas fático-naturalista, há que se chamar atenção para os problemas sobre o conteúdo normativo das normas segmentares profissionais indicado pelo teórico. Para Hassemer, a normatividade dessas regras estaria na previsão e aplicação de sanções pelas organizações sociais referentes a determinada profissão. De fato, há ramos profissionais densamente regulados, submetidos a órgãos normativos e regulamentares (*e.g.* normas expedidas pelo Banco Central sobre a atividade empreendida no âmbito de instituições financeiras; regras impostas pelos conselhos profissionais, como o conselho federal de engenharia e a ordem dos advogados, etc.), mas também há profissões cujo segmento apresenta menor organização e regulamentação, casos em que surgem graves problemas não apenas para identificar o caráter normativo de suas regras, mas até mesmo para que se identifiquem regras positivadas para além dos usos e costumes.

O fundamento que concretiza o princípio é especialmente problemático se tentarmos aplicá-lo ao caso 6. Embora a indicação política para o cargo de diretor de Estatal seja função do Poder Executivo, no presidencialismo de coalizção o apoio político de Deputados e Senadores é crucial para a determinação das indicações. Assim, embora do ponto de vista das regulamentações legais a indicação ao cargo nada tenha a ver com a profissão de um Deputado Federal, a realidade da prática política no país mostra um cenário totalmente diferente. Se o critério da adequação profissional seguisse parâmetros exclusivamente normativos, não teria qualquer aplicação ao caso 6, pois o aporte do Deputado Federal X não seria um ato “profissional”, mas mero fato da vida. Do contrário, admitindo-se uma concretização do princípio naturalista, a partir do mundo do ser, esse ato apresentaria natureza profissional e, portanto, o princípio seria a ele aplicável. Nesse caso, embora aplicável, a análise da punibilidade de X com base no critério de Hassemer não oferece resposta no que se refere à imputação de X. Embora, o apoio político na determinação de indicações políticas integre a função do parlamentar, pergunta-se: quais as regras profissionais positivadas no presidencialismo de coalizção brasileiro regulam a neutralidade apoio político envidado à indicação política por X,

Deputado Federal cujo comportamento é analisado no caso 6? A pergunta, por esse critério, segue sem resposta.

De modo semelhante, a tentativa de aplicação do critério às variantes do caso 1 e ao caso 3 não apresenta melhores resultados. . Quais normas descrevem o agir profissional neutro e regulamentado profissionalmente de V, vendedor de utensílios domésticos cuja punibilidade é analisada nas variantes do caso 1 apresentado na abertura desse trabalho? Da mesma forma, tomando-se o caso 3 como exemplo: de que forma a adequação profissional permitiria responder ao questionamento sobre a punibilidade do sócio-gerente da empresa Sondas Ltda? Como saber o costume difundido entre os sócios-gerentes de empresas no fornecimento de maquinário? O critério é especialmente impreciso na medida em que considera a adoção de práticas muito diversificadas entre empresas como um diferencial competitivo. Dentro de um mesmo grupo profissional há profissionais que se dedicam a um tratamento mais próximo ao cliente como forma de conquistá-los, enquanto outros preferem um modelo de negócios em que a rapidez do atendimento seja uma prioridade.

É também questionável a aplicabilidade do critério a setores em que a ideia de grupo se torna mais escassa, como segmentos monopolizados ou caracterizados pela inovação e tecnologia de ponta. Quanto tempo um novo ramo profissional precisa para que se consolide um costume reconhecido na sua prática? E na ausência de pluralidade de agentes, ainda poderia se falar em grupo?

Por fim, a concretização do critério da adequação profissional por meio da identificação de indícios que fundamentariam a especial punição de determinada conduta mostra-se problemática. O teórico apresenta uma série de métodos interpretativos, aplicáveis a um sem número de indícios, sem que estabeleça de que forma devem se articular esses métodos, qual a sua relevância para a interpretação ou como solucionam-se conflitos entre os métodos. Os esforços doutrinários em torno das ações neutras buscam justamente delimitar de forma objetiva os limites de punibilidade dessas condutas, os quais permanecem sem definição diante da abertura interpretativa a depender da situação fática específica.

2.2.3. Teoria dos papéis e a proibição de regresso na doutrina de Günther Jakobs

Günther Jakobs propõe uma solução para o problema das ações neutras no âmbito de sua teoria geral da imputação ao tipo objetivo, desenvolvendo a antiga teoria da proibição de regresso para determinar a punibilidade decorrente da violação de expectativas dirigidas ao partícipe em função de seu papel. Partindo da ideia de que a finalidade do Direito penal se encontra em assegurar a identidade normativa da sociedade, o autor defende que as normas se projetariam “sobre os diversos indivíduos, membros da sociedade, constituindo diferentes papéis”.⁹⁶ Nesse sentido, a natureza delitiva da participação decorreria de uma quebra do papel do indivíduo na sociedade. Em suas palavras, a “responsabilidade jurídico-penal sempre tem como fundamento a violação de um papel”.⁹⁷ Enquanto o primeiro indivíduo atuar objetivamente conforme o seu papel, independentemente das circunstâncias subjetivas, não deverá responder pelos feitos do autor. Nesses casos, Jakobs aplica a proibição de regresso, orientada pela regra dos papéis, para afirmar que a imputação não regressará para atingir o primeiro indivíduo. A complexidade da teoria e sua relevância para a presente problemática demanda um aprofundamento em seus fundamentos, a seguir analisados.

Jakobs entende ser essencial a adoção do princípio da proibição de regresso como forma de garantir a liberdade dos indivíduos, especialmente em sociedades que admitem os contatos anônimos e as prestações em massa. Nesse contexto, é comum que condutas cotidianas assumam contornos delitivos conforme a atuação de um terceiro por elas favorecidas, casos em que, embora se verifique a relação de causalidade tem-se a criação de condições consideradas de “comportamento social” ou neutras.⁹⁸ Diante dessas questões, o esquema causalidade e evitabilidade se mostra insuficiente, momento em que a proibição de regresso atua limitando a teoria da equivalência de condições.⁹⁹

⁹⁶ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 34.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

⁹⁸ Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto: “Entretanto, este princípio deve ser aceito por quem pretenda seguir garantindo que a liberdade de perseguir os respectivos fins próprios não se afogue na massa dos possíveis contatos sociais. Uma sociedade que está necessitada de que se ofereçam prestações em massa, mais ainda, que requer em geral a existência de condições invariavelmente consideradas de comportamento social, não pode renunciar a uma proibição de regresso”. JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013, p. 29.

⁹⁹ Além da proibição de regresso, Jakobs adota ainda ao princípio da confiança e à teoria do fim da norma. Entretanto, para o autor essas outras soluções são decorrências da proibição de regresso e, de certa forma, possuem em si a sua lógica (JAKOBS, Günther. *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*. In:

Frente às críticas apresentadas à proibição de regresso, Jakobs argumenta que o que a utilização da expressão “interrupção do nexa causal” seria, na verdade, uma metáfora indicativa da não verificação de requisitos do tipo objetivo nas condições criadas pelo agente, faltando assim os pressupostos para a imputação. A proibição de regresso não seria incompatível com a teoria da equivalência, mas sim buscaria limitá-la sob a ótica da imputação, na medida em que “pretende recortar já no tipo objetivo (de autoria) as ampliações que a teoria da equivalência de condições introduziu no tipo objetivo e nos delitos de resultado”.¹⁰⁰

Jakobs estrutura sua concepção da proibição de regresso a partir da lógica aplicada aos delitos de omissão imprópria. O teórico identifica nas tradicionais teorias do delito uma hipertrofia de imputação nos delitos comissivos de resultado, na medida em que a causação evitável tendencialmente levaria à responsabilização do indivíduo. Assim, como resultado de um preconceito naturalista, haveria uma dificuldade em negar a imputação quando verificada a causação evitável que, pela teoria da equivalência de condições levaria necessariamente à imputação.

Essa mesma hipertrofia não ocorre nos delitos de omissão imprópria, cujo equivalente à causalidade evitável dos delitos comissivos é a ideia de capacidade de evitação. Embora essa capacidade seja necessária para a sua configuração, não é suficiente para definir como garante ao agente. Desse modo, no âmbito dos delitos de omissão haveria maior facilidade em “fundamentar de maneira aceitável que o conflito possa resolver-se sem contar com o sujeito capaz de evitar, do que sustentar no âmbito da comissão que se possa alcançar solução deixando de lado ao causante da lesão evitável”.¹⁰¹

Identifica-se, então, que nos delitos de omissão imprópria é preciso mais que a mera capacidade de evitação para que se atribua sentido delitivo a uma ação, exige-se a

NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140, p. 100).

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140, p. 102.

¹⁰¹ Excerto extraído do original: “Esta “generosidad” se puede soportar en el ámbito de la omisión porque en las situaciones que allí se dan es más fácil fundamentar de manera aceptable que el conflicto pueda resolverse sin contar con el sujeto capaz de evitar, que sostener en el ámbito de la comisión que se pueda alcanzar la solución dejando de lado al causante de la lesión evitable”. JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140, p. 97, tradução livre.

verificação da específica relação entre o sujeito e o sucesso. Assim, nos delitos omissivos, é relevante a análise de plausibilidade da solução, ou seja, a finalidade da imputação é capaz de “determinar o conteúdo da imputação, enquanto na comissão esse conteúdo restou petrificado”.¹⁰² Jakobs busca então transpor também para os delitos comissivos a exigência da análise da finalidade da imputação jurídico penal, buscando corrigir a hipertrofia resultante de uma engessada limitação à ideia de causalidade e evitabilidade. A forma encontrada pelo autor de consolidar essa ideia é pela exigência adicional de um elemento normativo, a atribuição da causação ao âmbito de responsabilidade do causante.¹⁰³

Conforme Jakobs, as condutas humanas são reguladas por deveres negativos e deveres positivos. Quanto aos deveres negativos ou de organização, tem-se que eles são inerentes a todas as pessoas que vivem em sociedade, as quais tem de se organizar de maneira a não prejudicar os demais.¹⁰⁴ Parte-se da ideia de que está assentada na sociedade uma relação sinalagmática entre a “liberdade de comportamento e a responsabilidade pelas consequências”, de modo a conformar uma instituição social que abarca a todos os indivíduos.¹⁰⁵ Nesse contexto, os indivíduos possuem liberdade para configurar a realidade, limitados, contudo, pela responsabilidade de cumprir com as

¹⁰² Destaca-se o seguinte excerto: “*En la comisión, por regla general, ya no se investigan ni la plausibilidad de la solución ni la posibilidad de solucionar el conflicto y otra manera. Dicho de otro modo: en el ámbito de la omisión, la finalidad de la imputación jurídico-penal puede determinar el contenido de la imputación, mientras que en la comisión este contenido se halla petrificado*”. JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140, p. 98.

¹⁰³ Destaca-se: “Atuar em último lugar, comissão própria, comissão de mão própria, todos estes conceitos, por tanto, não coincidem com a causação direta, tampouco quando esta é consciente, mas sim requer de maneira adicional a atribuição da causação ao âmbito de responsabilidade do causante, isto é, um elemento normativo”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33, p. 05, tradução livre.

¹⁰⁴ Nas palavras de Jakobs: “deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia” JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33, p. 31.

¹⁰⁵ Nas palavras do autor: “*Se trata, por lo tanto, del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a todas las personas y, en este sentido, una institución social que incluye a todos*”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33, p. 03.

competências e atribuições de seu papel.¹⁰⁶ A imputação resultaria do descumprimento de uma dessas competências, pela configuração de uma organização estranha ou que avance sobre um âmbito em que a configuração está autorizada a outros. Assim, não se permite o regresso às condições criadas pelas condutas de um primeiro agente no exercício de sua competência, situado no âmbito regular de um papel, ainda que essas condições sejam aproveitadas delitivamente por um terceiro.

Os deveres positivos ou de instituição, referem-se aos crimes de infração de dever. Também denominados deveres especiais, verificam-se nos casos em que o agente se compromete a dar uma assistência a outro em função de existir entre ambos uma comunidade de interesses, ou seja, existem “para a melhora da situação de outras pessoas ou para a realização de instituições estatais”.¹⁰⁷ Em função dessa comunhão, o indivíduo passa a ostentar um modelo ou papel determinado, de modo que o abandono desse rol levaria à responsabilidade por lesão de instituição.¹⁰⁸

É interessante observar, ainda, a relação estabelecida por Jakobs entre os conhecimentos especiais e a ideia de papel. Somente são considerados relevantes para a verificação da imputação pela prognose póstuma objetiva os conhecimentos especiais contidos no papel exercido por aquele indivíduo e naquele momento. Assim, ainda que possua conhecimentos especiais que poderiam fundamentar o dever de evitabilidade, estes não serão relevantes para a imputação objetiva caso não estejam abarcados pelo papel do sujeito naquele momento. O relevante para o teórico é o sentido objetivo da conduta da pessoa, o sentido socialmente válido do contato.

Enquanto o critério da evitabilidade é puramente cognitivo, carecendo de sentido social, a ideia de atribuição da causação ao âmbito de responsabilidade do causante, traduzido no conceito de competência, é critério normativo.¹⁰⁹ Por sua adoção, a responsabilidade pessoal restaria limitada ao âmbito do papel do indivíduo que atua em primeiro lugar, de modo que, apesar da não evitação, sem que o indivíduo viole o seu papel de cidadão não se verificará a imputação. O sentido subjetivo, os objetivos pessoais

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33, pp. 31-32.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013, pp. 62-63.

perseguidos por um indivíduo, não implica aos demais, mas sim o aspecto objetivo do comportamento, conforme se adequa ou não ao papel exercido pelo indivíduo naquele momento.

O fundamento especial para essa construção se encontra novamente na finalidade da imputação jurídico penal. A proibição de comportamentos causais ou evitáveis, orientada por um conhecimento especial de uma pessoa que, objetivamente, atuou em conformidade com seu papel, somente possuiria uma eficácia casual, fruto de um conhecimento obtido de modo fortuito. Desse modo, a proibição do comportamento não seria eficaz para a finalidade, seja de assegurar a vigência da norma, seja para a proteção de bens jurídicos, mas tão somente apresentaria resultados casuais.

Para a melhor compreensão do raciocínio desenvolvido, Jakobs apresenta como exemplo o caso de um trabalhador encarregado por anos do transporte e despejo de material em um rio. Eventualmente, escuta uma conversa entre os engenheiros da empresa e vem a saber que o conteúdo do tanque possuía produtos poluentes das águas. Embora tenha adquirido esse conhecimento eventual, sua responsabilidade não se ampliou em relação aos demais encarregados pelo despejo de materiais. Sua responsabilidade permanece restrita ao âmbito de seu papel, não podendo ser imputado pelo crime de poluição hídrica, artigo 54 da Lei nº 9.605/1998, em adaptação à legislação brasileira. Embora possua uma evitabilidade pontual, a ele não incumbe esse dever, mas sim aos engenheiros para quem a redução do perigo está abarcada pelo papel que exercem.¹¹⁰ Há uma violação da competência dos engenheiros no caso¹¹¹, cujas condições de evitação e redução de perigo não são meramente casuais, resultantes de um conhecimento eventual,

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. *In*: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp.03-33, p.06.

¹¹¹ O caso é também abordado de passagem por Bernardo Feijoo Sanchez, o qual adere a uma ideia de competência, propondo para a atribuição de responsabilidades no âmbito empresarial a substituição do critério do domínio do fato pelo critério da competência, haja vista o fato de que “cada nível da empresa possui competências diferentes que geram fundamentos distintos da responsabilidade penal” (*FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Revista Liberdades, n. 9, p.26-57, 2012. p. 33*). O teórico elabora um critério de imputação de responsabilidade na empresa que exige a superação de três etapas. Inicialmente, é preciso que se verifique se o crime é objetivamente imputável ao âmbito de organização da empresa. Em caso positivo, passa-se à análise das pessoas físicas competentes pelo fato – seja a título de autoria ou participação – analisando-se aqui a divisão de funções adotada na empresa. Por fim, dentre os competentes, deve-se identificar aqueles que violaram seus deveres de forma individualizada e levando em conta a estrutura organizacional da empresa. *Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Revista Liberdades, n. 9, p.26-57, 2012.*

especial. Estão abarcadas pelo próprio rol em que se inserem, integram a configuração de sua realidade e o âmbito de seu papel.

O raciocínio pode ser facilmente transposto para o caso 1 apresentado ao início desse trabalho. Em uma loja de utensílios domésticos com uma dúzia de vendedores bem dispostos a baterem sua meta vendendo o caríssimo novo modelo de facas de churrasco, a eventualidade de que um deles, V, acabe por adquirir conhecimentos especiais, oriundos do desabafo de A sobre a intencionalidade de uma posterior utilização delitiva do produto não o torna responsável por esse fato. A obtenção desse conhecimento não torna esse específico vendedor um garantidor, responsável por evitar a conduta delitiva de seu cliente.

No contexto da sociedade contemporânea, organizada em um modelo de economia de escala, tem-se uma forte divisão de tarefas, prestadas por empresas complexas e verticalizadas. Além disso, as negociações se desenvolvem em massa e por meio de contatos anônimos, circunstâncias em que se mostra especialmente relevante a objetivação do sentido da conduta¹¹², afinal, nem tudo compete a todos. A separação de papéis é considerada por Jakobs um pressuposto para a liberdade nesse modelo de sociedade, em que, não obstante o intenso intercâmbio de prestações, as pessoas estão isoladas umas às outras. Sua repercussão para o direito penal econômico, possui importante potencial de balizar o sistema punitivo e a responsabilização criminal, assegurando uma liberdade que, sem a proibição de regresso, seria sufocada por um “controle asfixiante e pela vigilância mútua”.¹¹³

Importante chamar atenção para o fato de que, ao adotar a proibição e regresso como critério de imputação, Jakobs enfatiza a necessidade de ampliação do princípio também ao aporte doloso e não ao meramente culposos, como na teoria clássica. Se nas origens a teoria se orientava por finalidades político-criminais sobre o aporte culposos, na imputação objetiva jakobesiana sua razão é a liberdade e a organização da sociedade com uma divisão de papéis. O fundamento está no fato de que o fim da pena se satisfaz pela punição exclusiva do agente que planifica o delito, sem que seja necessário alcançar ao indivíduo que apenas possibilita ou favorece o fato com sua intervenção, distanciado das

¹¹² JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013, p.64.

¹¹³ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp.03-33, p.09.

consequências do fato.¹¹⁴ Essa responsabilização já permitiria a estabilização de expectativas, reafirmando a vigência da norma. A estabilização da ordem não exige que sejam punidos todos aqueles dotados de capacidade de evitação. Na verdade, satisfaz-se pela punição daqueles que configuram seu mundo e sua realidade delitivamente.

Além disso, como visto, a proibição de regresso na teoria de Jakobs centraliza-se na competência, de modo que os conhecimentos especiais perdem a sua relevância. Mas não somente os conhecimentos especiais, como também o próprio elemento subjetivo deixa de ser um critério de aplicação da teoria. Localizada no tipo objetivo, a proibição de regresso incide antes que seja analisado o tipo subjetivo, ampliando-se de modo a abarcar também ao aporte doloso. Assim, estendendo-se a aplicação da proibição de regresso, o princípio deixa de ser uma mera “generosidade”, para assumir verdadeira posição como critério geral de imputação.

Embora a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs tenha por critério central de imputação a atribuição normativa ou a competência, o conceito de domínio é também relevante em sua teoria, determinando a intensidade da intervenção delitiva.¹¹⁵ Enquanto para Claus Roxin a diferenciação entre autor e partícipe é qualitativa, servindo para indicar quem responde e se responde como autor ou partícipe – aquele que possui domínio do fato é autor, aquele que não o possui e contribui para o fato delitivo é partícipe –,¹¹⁶ na teoria jakobesiana o domínio serve a uma distinção meramente quantitativa.

¹¹⁴ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140, p. 106-107.

¹¹⁵ Vale destacar aos seguintes excertos: “[...] *la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva*” (p. 03); e, ainda: “[...] *lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que – desde luego – abarca el empeoramiento)*”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 03 e 32.

¹¹⁶ A abordagem feita aqui da teoria de Roxin é apenas tangencial e simplificada, com o objetivo de estabelecer uma comparação com a teoria de Jakobs que é o objeto do presente trabalho. Nota-se brevemente que a diferenciação entre autoria e participação pelo critério do domínio do fato, conforme a teoria de Roxin, restringe-se ao âmbito dos crimes comissivos de resultado, não se aplicando aos delitos culposos, omissivos, especiais e de mão própria (ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Tradução da 9ª ed. alemã. Madrid: Marcial Pons, 2016). Uma das vantagens, portanto, da teoria jakobesiana encontra-se justamente em sua unificação, uma vez que a teoria dos papéis, centrada no critério da competência, serviria para compreender a todos esses delitos. Nas palavras do autor: “[...] *a cualquier interviniente le incumbe en cuanto miembro del colectivo la ejecución en el marco configurado para ella. Que cometa u omite es indiferente: en todo caso la ejecución infringe su deber, aunque sea por mano ajena*”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther;

Para Jakobs o critério de imputação é a competência, sem a qual o domínio pouco importa. Apenas quando o indivíduo possui o dever de ocupar-se das consequências de determinados comportamentos é que poderá responder. Afinal, o “domínio sem competência não é de interesse nem jurídico-penalmente e nem nos demais aspectos da vida social”.¹¹⁷ Verificada a competência, o domínio apenas permite que se verifique se a pessoa é autor ou partícipe. Ambos, autor e partícipe possuem domínio sobre a obra, é a intensidade do domínio que permitiria diferenciar essas figuras. Quem possui maior quantidade de domínio é autor, quem possui menor quantidade de domínio é partícipe.

Dessa forma, Jakobs atribui novo conteúdo à acessoriedade, afirmando que “quem participa da fase prévia não responde jurídico-penalmente por coproduzir a ação do outro, mas porque a ação resultante também é sua própria”.¹¹⁸ O partícipe responde pelo fato também como obra sua e não por fato alheio, sua responsabilidade é calculada sobre o plano do progresso do empreendimento comum com base na quantidade de domínio que possui. Denomina-se essa relação de pertencimento ao empreendimento coletivo de acessoriedade quantitativa.¹¹⁹

Destaca o autor que essa avaliação não é estática, mas sim uma quantificação indicativa de qual dos intervenientes “melhor configura o característico e a quem configura melhor o acessório”.¹²⁰ Propõe-se que seja deixada de lado a compreensão do domínio do fato como um domínio da causalidade natural, para que se adote uma concepção normativista, entendendo-o como uma quantificação do aporte dos intervenientes. O fundamento para a responsabilização de todos é o mesmo, conforme a obra lhes seja também atribuível, contudo, o grau de responsabilização dependerá justamente desse *quantum* do aporte de cada um para o sucesso.

SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 20.

¹¹⁷ Tradução livre do excerto: “*El dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social*”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 05.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013. p. 60.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 17.

¹²⁰ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 16.

Assim, na teoria desenvolvida por Jakobs, a competência é o critério central de imputação que orienta a proibição de regresso. O domínio assume uma função de diferenciação dos responsáveis entre autores e partícipes, conforme mais seu aporte se aproxime do característico ou acessório ao sucesso.

Toda a construção teórica de Jakobs é desenvolvida sobre o conteúdo comunicativo de condutas. É justamente sobre essa ideia de comunicação emanada de comportamentos que se estabelece a ideia de modelos de conduta conforme as expectativas da sociedade sobre as ações de determinado indivíduo, os chamados papéis. Esses papéis, contudo, não se encontram completamente engessados. Seu fundamento no princípio da autorresponsabilidade não significa uma absolutização de modelos na sociedade, mas sim que cada um responde pelo contexto e significado de seu comportamento.¹²¹

A teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs é comumente interpretada de forma rígida e absoluta, centralizada na ideia dos papéis. Entretanto, o próprio teórico destaca o erro em uma leitura estática da imputação e apresenta os limites à proibição de regresso, exigindo que se verifique a vinculação ao plano delitivo a partir da proximidade do agente ao plano. A esse critério delimitador Jakobs denomina “distanciamento do plano delitivo”.

Como primeira limitação orientada pela ideia do distanciamento ao plano delitivo, destaca-se a conduta realizada dentro de um contexto evidentemente caótico. Nesse caso, a conduta do interveniente adquire um sentido objetivo de favorecimento delitivo, não mais estando acobertada por um papel legítimo de cidadão. O distanciamento do comportamento em relação ao plano delitivo do terceiro, exige a verificação de condições habituais, dentro de um espectro de normalidade, para que se limite a responsabilidade do interveniente ao seu papel¹²². Em circunstâncias de contornos caóticos, a organização do interveniente se desenvolve de modo que o resultado delitivo

¹²¹ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 08.

¹²² Nesse sentido: “*Que pueda producirse un distanciamiento frente al contexto delictivo tiene como presupuesto que concurren condiciones más o menos habituales para el propio contexto de actuación, dicho de otro modo, que exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo. Si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas*”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 11.

é parte do sentido de seu comportamento, vinculando o sujeito ao delito. Nesse cenário, a expectativa da sociedade face ao indivíduo seria mais ampla que os limites estritos do papel.

Para melhor esclarecer esse limite à teoria, Jakobs apresenta o exemplo de um comerciante que vende uma faca quando ocorre nos arredores de sua loja uma manifestação não pacífica – exemplo similar ao caso 1, variante 3 apresentados no início do trabalho. Nesse caso, Jakobs afirma que as circunstâncias devem se somar a uma análise também do aspecto dos compradores. Se esse aspecto fosse considerado “pouco recomendável”¹²³, não mais se verificariam as condições de separação de papéis e de distanciamento ao plano delitivo – assemelhando-se aqui à variante 3 do caso 1, ou até mesmo, a depender de como se compreenda o aspecto nepotista do prefeito no caso 5. O comprador não mais assumiria esse rol, mas sim o papel de participante de uma futura rixa. Da mesma forma se desfiguraria o papel de vendedor do comerciante, sobre o qual a sociedade colocaria expectativas no sentido de não favorecimento de um eventual delito cometido empregando a faca fornecida.

O contorno emergencial das circunstâncias, portanto, afastaria o distanciamento do interveniente, cuja conduta aparentemente neutra assumiria contornos delitivos. A obra do terceiro torna-se também sua, tomando parte no injusto como próprio¹²⁴. Assim, aponta que “uma contribuição prestada durante a execução praticamente nunca poderá ser distanciada do contexto delitivo”¹²⁵, pois as circunstâncias nesse caso já não mais podem ser interpretadas como habituais e cotidianas.

Além dos contextos caóticos, Jakobs excepciona sua teoria trabalhando a ideia de distanciamento em relação ao plano delitivo pela de ideia de mundo dos indivíduos. A imputação deveria levar em consideração a forma como os indivíduos organizam e

¹²³ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 11.

¹²⁴ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 12.

¹²⁵ Tradução livre de trecho do seguinte excerto: “una contribución prestada durante la ejecución prácticamente nunca podrá ser distanciada del contexto delictivo, mientras que idéntica prestación, llevada a cabo con anterioridad, puede considerarse una prestación neutral”. JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 03-33. p. 12.

configuram seu mundo, buscando determinar se o comportamento se distanciava do plano delitivo do autor ou se a ela estaria adstrito, incorporando a planificação delitiva em sua configuração de mundo. No caso de indivíduos garantes, basta a incorporação delitiva em sua organização, respondendo assim pelo setor do mundo em que estão inseridos. No que concerne aos demais sujeitos, deve, contudo, ser demonstrado que os resultados delitivos pertenciam de fato à sua interpretação de mundo, uma vez que o sentido delitivo, especialmente no caso de ações neutras, encontra-se na esfera de organização de terceiros.¹²⁶ Nessas hipóteses, a responsabilização do indivíduo não seria meramente casual, mas se encontraria na raiz do comportamento desviado, caracterizando a violação de expectativas da sociedade. Seria então necessária a responsabilização de todos para assegurar a finalidade da pena de proteção da vigência da norma.

Em uma sociedade que assegure a liberdade, não se pode proibir todo e qualquer comportamento que ofereça a outro a possibilidade de desviar seus efeitos delitivamente. Comportamentos que, embora causem em um sentido naturalista, não possuem o sentido de causar.¹²⁷ Tratam-se de comportamentos que integram um mundo no qual lesões são inevitáveis e cuja proibição imporá um limite insuportável à liberdade dos cidadãos. Contudo, se as consequências delitivas integram o sentido do comportamento, incorporando o indivíduo o plano delitivo do terceiro em sua configuração de mundo, torna-se também responsável pela obra como sua.

A partir dessas limitações à teoria da proibição de regresso, para conferir maior segurança à sua teoria, Jakobs estabelece critérios de imputação. Esses critérios buscam permitir a identificação de comportamentos que incorporam ou se definem pelo plano delitivo do terceiro, vinculando o interveniente à obra. Assim, para o teórico, são três as formas em que o comportamento se define pelo plano delitivo: a) quando o interveniente define sua atuação pelo plano delitivo; b) quando altera seu comportamento, ajustando-o

¹²⁶ Destaca-se o excerto: “Aquí, el garante no tiene ninguna posibilidad de retirarse; ha de responder de la configuración de este sector del mundo, le está adscrito. La situación es distinta cuando es un no-garante quien comete; éste puede generar efectos derivados en ámbitos que le son ajenos, pero ha de poder demostrarse que estos efectos derivados pertenecen aún a su interpretación del mundo para que sea precisamente él quien haya defraudado la expectativa.” JAKOBS, Günther. La prohibición de regresso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regresso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140. p. 127.

¹²⁷ JAKOBS, Günther. La prohibición de regresso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regresso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140. p. 124 e 127.

ao plano delitivo; e c) quando o indivíduo que causa mediatamente é garante.¹²⁸ *Contrario sensu*, não são responsáveis pela obra aqueles que não são garantes e não tomam o plano delitivo de terceiros na configuração de seu mundo e na determinação de seu comportamento.¹²⁹ Os eventuais resultados delitivos, nesses casos, derivam do plano de outros, que arbitrariamente desviam o aporte do primeiro indivíduo, não podendo ser interpretados como pertencentes ao primeiro, ainda que, em um sentido naturalista, este lhe tenha dado causa.

A reformulação de Jakobs sobre a proibição de regresso possui diversos aspectos interessantes, como a unificação do tratamento dos crimes dolosos, culposos, omissivos e de mão própria. É também interessante seu potencial de limitação do sistema punitivo, impondo balizas à responsabilização meramente causal de indivíduos, especialmente em função de ações neutras ou cotidianas. Entretanto, a teoria não é isenta de críticas.

Inicialmente, sua aplicação como solução para a problemática das ações neutras tem como desafio a necessidade de uma reformulação de toda a teoria do delito. O adequado tratamento da participação em contextos cotidianos não demanda tamanha reformulação para assegurar a liberdade na sociedade contemporânea. Sem que se modifiquem as bases da atual teoria do delito predominante há diversas propostas que solucionam o problema.

Além disso, pode-se criticar o limite imposto à proibição de regresso fundamentado na ideia do contexto de contornos caóticos. Embora Jakobs busque dinamizar a aplicação de sua teoria ao propor essa ressalva, ela acaba por levar o intérprete a um subjetivismo juridicamente inseguro e potencialmente discriminatório. A definição de um comportamento como delitivo passa a depender do que o intérprete considere sobre a aparência do terceiro, rotulando-a como recomendável ou não recomendável. O critério que se propunha seguro e normativo, submete-se a uma valoração excessivamente pessoal e subjetiva pelo indivíduo, o que acaba por deixar o agente desamparado pela norma que deveria orientá-lo sobre o comportamento adequado.

¹²⁸ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. *In*: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. *par.* Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140. p. 130.

¹²⁹ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. *In*: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. *par.* Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 93-140. p. 130.

Por fim, vale apresentar a crítica de Bernd Schünemann ao próprio “*mos jakobinus*”, um normativismo que busca construir-se livre de empirismo.¹³⁰ Para Schünemann, a ideia de competência é artificial em seu conteúdo e extensão, servindo apenas como uma etiqueta vazia. O critério da competência nada mais seria que uma outra forma de se afirmar que o indivíduo é destinatário da norma¹³¹, incorrendo-se ainda no risco de representar a teoria dos papéis uma ilimitada expansão da posição de garante relativa a cada papel na sociedade.¹³²

Além disso, Schünemann considera especialmente problemática a ideia de competência institucional, a qual representaria um regresso ao obsoleto conceito formal de garante, que se ampara no direito positivo para a verificação de deveres. Somente assim Jakobs poderia assegurar seu normativismo livre de empirismo. Do contrário, precisaria recorrer à sociologia e à empiria para densificar o conceito dos papéis e alcançar suas consequências jurídicas, incorrendo em contradição com a própria ideia de normativismo.¹³³ Para Schünemann, o melhor seria buscar um equilíbrio entre ontologismo e normativismo, evitando-se os problemas de uma posição radical de cada uma dessas teorias.¹³⁴ É justamente sobre esse ponto da teoria dos papéis que se dirige a crítica de Greco, o qual aponta para a indefinição de Jakobs sobre a natureza desses papéis: ora sociológica, ora normativa.¹³⁵

¹³⁰ SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 35-62. p. 36.

¹³¹ Nas palavras do autor: “*La competencia es sólo una formulación diferente para decir que se es destinatario de la norma. Es decir, que no puede aclarar el contenido de la norma, sino que remite a la norma*”. SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 35-62. p. 44.

¹³² SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 35-62. p. 45.

¹³³ SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 35-62. pp. 45-46.

¹³⁴ SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp. 35-62. p. 50.

¹³⁵ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 40-41.

As formulações teóricas de Jakobs são muitas vezes pouco estudadas e antecipadamente rejeitadas, talvez como resultado de uma consolidada aversão ao funcionalismo sistêmico, considerado radical e antidemocrático. Talvez em razão de sua teoria do direito penal do inimigo, talvez em função de sua teoria da culpabilidade, estabeleceu-se um preconceito em relação às ideias jakobesianas que ficam muitas vezes relegadas a um segundo plano. Entretanto, diversos pontos de sua teoria possuem relevante valor dogmático e político-criminal, limitando a expansão punitiva do Estado com a colocação de novos requisitos e barreiras à imputação. Ainda que não venha a ser adotada, a formulação de Jakobs chama a atenção para os problemas complexos a serem enfrentados pelo direito penal na contemporaneidade. Apesar de todas as críticas, a teoria de Jakobs tem muito a contribuir, ampliando a reflexão e incrementando os debates.¹³⁶

Especificamente para o problema das ações neutras, a proposta apresenta dificuldades tendo em vista que seu rendimento prático depende da aceitabilidade do sistema de Jakobs na sua integralidade. A ideia de competências, na específica formulação do teórico, implica em todo um novo sistema conceitual no que concerne ao tipo penal, não se restringindo ao adstrito grupo de casos das ações neutras. Como se verá na tomada de posição, diversos pontos da teoria de Jakobs serão levados em consideração, como sua abordagem sobre o sentido delitivo da participação e a alteração do comportamento para adaptação ao plano delitivo – elementos constantes de diversas outras propostas como em Frisch, Robles Planas e Roxin, embora cada um apresente diferenças relevantes em suas abordagens –, embora refutando-se a ideia de vincular esses conceitos a uma quebra em relação ao papel profissional ou de bom cidadão, conforme defende Jakobs.

¹³⁶ Relevante inclusive que se conheça melhor a teoria em função de sua aplicação prática em caso de grande repercussão no cenário nacional Brasileiro: a teoria dos papéis foi aplicada na denúncia apresentada pelo Ministério Público na Ação Penal de autos nº 0002725-15.2016.4.01.3822 (IPL nº 1843/2015) que tramita perante a 1ª Vara de Ponte Nova – JFMG, recebida em 17/11/2016. No caso, o rompimento de uma barragem teria ocasionado o extravasamento de milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica. Em sede de denúncia, o Ministério Público Federal imputou a diversos diretores empresariais os crimes de homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, III e IV do CP), lesão corporal (art. 129 caput e §1º do CP), inundação (art. 254 do CP), desabamento (art. 256 do CP), bem como crimes de poluição e crimes contra a fauna, a flora (art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54 c/c § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei nº 9.605/98). Como fundamento apresentado para essa imputação foi apresentada uma análise sobre a divisão de competências expressa pelo organograma da empresa, fundamentando-se a atribuição do fato delitivo em razão do papel por eles assumido na Empresa. A correção ou não da aplicação da teoria ao caso não será aqui abordada, pois demandaria uma análise profunda e alongada sem que possa contribuir para o problema objeto desse trabalho.

2.2.4. Teoria quantitativa de Thomas Weigend

É também objetiva a proposição de critérios quantitativos de Thomas Weigend. Para o autor, o que deve reger as proibições é a necessidade político criminal. Ele entende que o efeito favorecedor da cumplicidade possuiria bases sólidas, mas contornos flexíveis, o que permitiria a adoção de um critério quantitativo para determinar a punibilidade das ações neutras. Assim, aponta que quanto menor a ofensividade da conduta principal, maior deverá ser a eficácia do aporte facilitador para que ele seja punível. O raciocínio contrário é igualmente aplicável, quanto maior for desejo político criminal pela evitação de certas contribuições, mais se reduzem os espaços de liberdade.¹³⁷

A teoria de Weigend encontra logo em uma primeira análise um problema em sua aplicabilidade na teoria do crime. Se um critério quantitativo pode funcionar bem na determinação de penas e na diferenciação das figuras de autoria e participação, enquanto critério de imputação mostra-se problemático. Nesse plano, o que se quer definir é a ocorrência ou não de um crime, a avaliação de uma conduta como punível ou impunível, o limite entre punição e liberdade. O critério quantitativo acaba por deixar tais limites constitutivos da punibilidade incertos, não resolvendo a problemática das ações neutras. Como visto, o desafio dessa problemática é justamente encontrar parâmetros que permitam melhor delimitar essas fronteiras em uma zona cinzenta de punibilidade. A proposta esboçada não apresenta resposta a essa questão.

A teoria oferece critérios de maior ou menor punição e não os limites de quando se identifica ou não uma conduta punível. Não se trata de um critério objetivo e claro sobre a configuração típica da conduta, mas sim uma orientação acerca da necessidade político criminal de sua punição. Nesse sentido, a teoria parece se dirigir antes ao legislador do que àqueles debruçados sobre um problema no caso concreto. Até porque, se dirigido ao aplicador em casos concretos a teoria encontra um problema central: quem

¹³⁷ Destaca-se o seguinte excerto: “*La definición de la complicidad que acabamos de exponer contiene, con la exigencia del <<efecto favorecedor>> del hecho principal, un elemento con una base sólida y contornos flexibles, lo cual puede ser provechoso para una separación cuantitativa de un ámbito de impunidad dentro de las acciones de favorecimiento del hecho principal. Cuando no toda solidarización simbólica con el autor ni cualquier contribución para facilitar la ejecución del delito puede ser castigada, entonces, la necesidad político-criminal de reducir el ámbito de lo punible se puede satisfacer con ayuda del criterio del <<efectivo favorecimiento>>: cuanto más se pretenda descriminalizar las contribuciones <<inocuas>> mayor medida de favorecimiento o eficiencia se podrá exigir a la contribución para castigarla*”. WEIGEND, Thomas. Los límites de la complicidad punible. **Revista de derecho penal y criminología**, 2ª Época, nº10, pp.199/213, 2002. p. 206.

possui a legitimidade para determinar a maior ou menor necessidade de criminalizar determinada questão?

Ainda, o critério quantitativo apresenta uma indefinição sobre sua própria fórmula que correlaciona a eficácia do aporte do cúmplice à ofensividade da conduta principal. Ambos os elementos correlacionados são variáveis no caso a caso, e sua definição fica aberta ao subjetivismo, na medida em que se delega a decisão político-criminal em torno da pretensão de punibilidade de condutas ao aplicador.

2.2.5. *Teoria do abuso de direito de José Danilo Tavares Lobato*

No âmbito da doutrina brasileira foi elaborada por José Danilo Tavares Lobato a interessante teoria do abuso de direito, pensada a partir das categorias do direito nacional. Tomando como premissa a inexistência de direitos absolutos, resgata do Direito Civil referido critério, lançando luz sobre a ideia da civilística de que o fato de ser o direito exercido dentro dos limites da moldura da ordem pública que o determina, por si só, não tornam seu exercício lícito.¹³⁸ O exercício do direito subjetivo deve observar ainda os *standards* de razoabilidade derivados da função social, da função econômica e da boa-fé.

Dessa forma, ainda que um comportamento seja realizado em conformidade a normas de ordem pública, a neutralidade da ação somente se sustenta se esta obedecer também ao “fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes, sob pena de haver o surgimento da figura do abuso de direito, desvelando o desamparo da conduta frente ao ordenamento jurídico”.¹³⁹ Refuta ainda os argumentos de fungibilidade subjetiva dos parceiros contratuais, argumento usualmente vinculado à ubiquidade da ação neutra, afirmando o abuso do direito de contratar daqueles dotados de conhecimentos especiais.¹⁴⁰

Defende Lobato que não se está propondo a ponderação de direitos ou princípios, mas sim a formulação de um critério orientador à solução de um conflito aparente de

¹³⁸ 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 – RBCCRIM**, n. 111, v. 22, pp. 113-156, 2014. p. 141.

¹³⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras**: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2010, p. 105.

¹⁴⁰ LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras**: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2010, p. 109.

normas. Deve-se analisar o caso concreto tomando como parâmetro o sistema jurídico como um todo, de forma a delimitar a partir da hermenêutica jurídica a norma de fato aplicável.¹⁴¹ O teórico chega mesmo a afirmar em sua obra ser a neutralidade apenas um “engodo hermenêutico”.¹⁴²

Embora a teoria possua como um de seus méritos a atenção à sistematicidade do Direito e o olhar atento ao direito nacional, sua aplicação traz consigo diversos problemas.

O abuso de direito é reconhecidamente uma cláusula geral na civilística, uma válvula de abertura do sistema. Sua repercussão no Direito Civil se encontra na limitação do exercício de direitos ou gera um dever de indenização. Trata-se de um critério casuístico, pelo qual é verificada a adequação do exercício do direito a um padrão de razoabilidade orientado pela função social, econômica e a boa-fé no caso a caso. Ou seja, para além da norma legal de ordem pública, insere no direito a ideia de ética e razoabilidade. Em outras palavras, o abuso de direito trabalha com o sistema aberto, o que é incompatível com a ideia de legalidade estrita do direito penal, especialmente em função de sua alocação como critério de definição do tipo objetivo.

Sua transposição para o plano da imputação objetiva enquanto critério que torna típica a conduta em princípio neutra é problemática, uma vez que insere parâmetros abertos e fluidos na construção do próprio tipo penal, retirando sua taxatividade e definição legal. A aplicação do abuso de direito no tipo objetivo teria por consequência a determinação da tipicidade de uma conduta que se encontra conforme a normas de ordem pública, atribuindo-lhe desvalor com fundamento em noções de ética e razoabilidade, o que confronta diretamente com o princípio da legalidade penal, a necessidade de parâmetros claros para a configuração típica de uma conduta e a segurança jurídica que esse ramo exige.

No plano do tipo objetivo, são analisados critérios restritivos como causalidade, criação de um risco e desvalor do risco. A inserção nesse plano de uma cláusula aberta, a qual levaria um comportamento conforme o risco permitido a ser considerado proibido em função da ética e boa-fé, dissolve a própria razão funcional para a análise de imputação objetiva enquanto limitadora da causalidade fundamentada na *conditio sine*

¹⁴¹ 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 – RBCCRIM**, n. 111, v. 22, pp. 113-156, 2014, pp. 142-144.

¹⁴² LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras**: uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99.

qua non. A verificação dos critérios objetivos e seguros do tipo penal se submeteria então a um juízo aberto de ponderação no plano da tipicidade.

A compatibilidade do abuso de direito à seara penal é defendida por Lobato com fundamento no fato de que esse critério já se encontra reconhecido no direito penal, sendo utilizado para a solução de problemas no plano da ilicitude. Entretanto, referido argumento de forma alguma pode conduzir a sua aceitação no plano da tipicidade. No nível da ilicitude já se encontra configurada uma conduta típica, tendo sido cumpridos os requisitos do tipo objetivo e subjetivo. De tal sorte, a aplicação do abuso de direito como referencial interpretativo na ilicitude se restringe à resolução de problemas de ponderação concernentes a permissões normativas, as quais em seu próprio texto preveem limites para seu exercício. Dessa forma, nesse ponto não se viola a legalidade penal, apenas se agrega, já superada a tipicidade, a uma disposição de ordem pública parâmetros interpretativos.

Além disso, a tentativa de aplicação do abuso do direito no plano do tipo penal revela-se imprecisa. Nos seis casos apresentados no início desse trabalho, o interveniente a princípio realiza seu aporte conforme um ou mais direitos (autonomia, liberdade, livre exercício da profissão, livre iniciativa, etc). Que elementos constantes nos casos conformariam o abuso? Ao buscar uma resposta na civilística, poder-se-ia pensar na quebra de confiança e boa-fé, orientadora da doutrina privatista majoritária. Nessa hipótese, porque não se satisfazer com o princípio da confiança, já estruturado e adequado à lógica do direito penal?

Assim, entende-se que a proposta de importação da cláusula geral do abuso de direito não se mostra adequada à resolução do problema das ações neutras, tendo em vista os diversos problemas que traria em face da legalidade penal.

2.2.6. *Teoria da solidariedade de João Daniel Rassi*

Outro trabalho desenvolvido no Brasil é o estudo de João Daniel Rassi sobre as ações neutras. A partir de uma compreensão do direito como um sistema aberto, a ter seus fundamentos aprofundados pela interface com a filosofia e sociologia, o teórico parte da solidariedade como “elemento chave” para a delimitação das ações neutras.

O raciocínio do teórico se inicia por uma análise sociológica da sociedade contemporânea, buscando pelos fundamentos de responsabilização da participação penal. A partir dos estudos de Émile Durkheim e Anthony Giddens, Rassi aponta que a organização social em sociedades complexas, caracterizadas pela divisão do trabalho e

pela elevada especialização, permite a realização de tarefas com maior eficiência e perícia, possibilitando diversos empreendimentos de interesse social, os quais, contudo, são de difícil monitoramento¹⁴³. Afinal, sistemas fundamentados na interação altamente especializada, comportam um nível maior de abstração. Cada qual compreende bem sua própria perícia, a qual é opaca para o monitoramento dos demais, exigindo uma forte relação de confiança e de solidariedade entre os agentes. Dessa forma, a integração da sociedade é assegurada na medida em que cada um nela inserido possui um dever de solidariedade, devendo agir dentro de sua perícia para que se possam evitar resultados lesivos. É somente a partir desse dever de solidariedade que se pode assegurar um vínculo jurídico-penal de integração social.

Ao transpor o dever de solidariedade para a esfera penal, Rassi chama atenção para as tendências de expansão do Direito Penal, destacando a necessidade de um cuidado em afastar tendências de generalização de deveres de vigilância e de conformação de uma cultura do controle quando da interpretação da solidariedade. Esse critério somente encontra espaço no Direito Penal na medida em que observados os requisitos dogmáticos para tanto, em especial, que sua aplicação encontre expressão na Lei.¹⁴⁴ Assim, Rassi identifica nas normas que regulam a omissão imprópria um norte para aplicação do critério. Entende então que é no artigo 13, §2º do Código Penal que o legislador abordou, ainda que de modo genérico, do princípio da solidariedade. A partir disso, defende a adoção do referido dispositivo legal como um norte interpretativo, um “critério normativo, com conteúdo principiológico”¹⁴⁵ que permitiria a imputação a ações neutras. Noutros termos, a violação aos termos do artigo 13, §2º do Código Penal seria o limite mínimo necessário para que se possa afirmar que uma contribuição neutra ultrapassa os limites do risco permitido, possibilitando a atribuição de responsabilidade penal.

Vale aqui, apenas brevemente, apresentar algumas dúvidas acerca da escolha do artigo 13, §2º como solução. Inicialmente, resta pouco claro se a proposta exigiria ou não de que os intervenientes se encontrassem de fato em uma posição de garantidor. Por um lado, na medida em que Rassi adota o dispositivo penal como horizonte interpretativo limitador principiológico, o teórico indica aplicar o critério como referência para todas as

¹⁴³ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014. p. 119 *et seq.*

¹⁴⁴ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014. p. 148 *et seq.*

¹⁴⁵ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014. p.151.

ações neutras, comissivas ou omissivas, sem que se exija a verificação de uma efetiva posição de garantidor pelo agente. Há momentos, contudo, em que essa lógica parece se inverter, apontando o teórico que a omissão penalmente relevante, mais que apenas um horizonte principiológico “é, nesses termos, o critério normativo de imputação objetiva a ser aplicado, segundo nosso entendimento, para delimitar a participação punível da impunidade das condutas cotidianas”.¹⁴⁶ Nesse caso, apenas haveria participação quando aquele que possibilita ou favorece o injusto principal possuir efetivos deveres de evitação do resultado, ocupando uma posição de garantidor.

A proposta é muito clara em seus objetivos limitadores e tem como aspecto central a preocupação com a limitação ao gerencialismo do Estado sobre a liberdade. Possui ainda relevante valor na medida em que confere destaque para os limites da legalidade na escolha de um critério de imputação, ou seja, afasta-se de abstrações principiológicas ou ponderações no estabelecimento de um critério objetivo bem fundamentado e seguro. Apesar de seu interessante potencial limitador, sua aplicabilidade talvez enfrente dificuldades diante da opção do legislador na adoção de uma norma extensiva positivada no artigo 29 do Código Penal, a qual indica a atribuição de responsabilidades àqueles que concorrem para o crime, independentemente de sua posição de garantidores.

2.3. Teorias Subjetivas

Há ainda teóricos que adotam um posicionamento que localiza a solução para a problemática em critérios subjetivos. A determinação da punibilidade ou não das ações neutras é levada a cabo no tipo subjetivo, atribuindo relevância central aos conhecimentos especiais do indivíduo como determinante do próprio risco da conduta. Nesses casos, o grau de conhecimento do interventor é determinante para a punibilidade ou não do comportamento. Passemos à sua análise.

¹⁴⁶ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014. p. 197.

2.3.1. A solidarização com o injusto do autor: a proposta de Heribert Schumann¹⁴⁷

Heribert Schumann dedicou-se ao estudo do princípio da autorresponsabilidade nos casos de intervenção no delito, enfrentando o problema do fundamento de responsabilidade na participação. Para Schumann, a divisão de trabalho e as interações sociais complexas desafiam a dogmática penal a determinar os fundamentos de responsabilidade da intervenção no delito, na qual a contribuição de um sujeito é mediada por ato de um terceiro autorresponsável. Isso porque, conforme o princípio da autorresponsabilidade, “a área de responsabilidade de cada indivíduo é fundamentalmente limitada a sua própria ação e apenas em circunstâncias especiais inclui a de outros”.¹⁴⁸ O próprio *neminem laedere* somente teria por referência o próprio agir, independentemente do agir de outrem.¹⁴⁹

Dessa forma, seria necessário identificar um fundamento autônomo para a responsabilidade do partícipe, uma razão especial que justifique a punibilidade do aporte do interveniente como penalmente relevante. Schumann aduz então que essa razão “pode estar apenas no fato de que o comportamento de participação como tal já contém um desvalor específico que a deixa transparecer como um ‘exemplo insuportável’ para a comunidade jurídica”.¹⁵⁰ Esse desvalor específico é por ele identificado na solidarização do partícipe com o injusto alheio.

¹⁴⁷ Algumas das críticas trazidas no presente tópico foram apresentadas de forma prévia, parcial e simplificada nos anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem, realizado em Belo Horizonte em 2019. A publicação consiste em uma recensão crítica a proposta subjetiva de solução para o problema das ações neutras proposta por Paulo Busato. A formulação no presente capítulo retoma algumas das críticas então discutidas, após um processo de maturação e debates. Para acesso ao texto, *c.f.*: BRENER, Paula. Ações neutras e linguagem: diálogo crítico com a proposta subjetiva centrada na adesão ao delito do autor. *In*: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César (Orgs.). **Direito Penal, neurociência e linguagem**: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 287-300.

¹⁴⁸ Tradução livre do excerto original: “*Die erste und selbstverständliche Konsequenz des Prinzips der Selbstverantwortung der anderen liegt darin, daß der Verantwortungsbereich jedes einzelnen sich grundsätzlich auf sein eigenes Handeln beschränkt und nur unter besonderen Umständen auch dasjenige anderer mitumfaßt.*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.6.

¹⁴⁹ Tradução livre do excerto original: “*Für das Verbot “neminem laede” bedeutet dies, daß es sich grundsätzlich nur auf das eigene Handeln des einzelnen bezieht;*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.6.

¹⁵⁰ Tradução livre do excerto original: “[...] *so kann der” besondere Grund, der es rechtfertigt, den Teilnehmer gleichwohl haftbar zu machen, nur darin liegen, daß die Teilnehmerehandlung als solche schon einen besonderen Aktenwert beinhaltet, der sie als ein für die Rechtsgemeinschaft „unerträgliches Beispiel” erscheinen läßt.*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.49.

O teórico analisa o comportamento da participação por etapas apontando que a relação de causalidade e a criação de um perigo para o bem jurídico não são suficientes para que se considere o aporte do interveniente socialmente prejudicial, da mesma forma que esses elementos não são suficientes para a responsabilização penal a título de autoria. Para que o aporte se configure como um exemplo insuportável capaz de abalar o sentimento de segurança jurídica da comunidade, deve ser entendido como uma dissidência dos valores jurídicos básicos de uma sociedade.¹⁵¹ É a demonstração de solidariedade pelo partícipe ao ato de outrem, por meio de sua contribuição intencional, o que torna seu comportamento socialmente intolerável. A injustiça da ajuda não está na intencionalidade da contribuição, mas na solidarização com a ação alheia. Em razão de sua solidarização, o partícipe identifica-se com o ato do terceiro¹⁵², “reconhecidamente passando para o lado do injusto”.¹⁵³ Solidariedade essa que constitui um “perigo sociopsicológico para a força de validade do Direito” e representa uma dissidência ou violação aos interesses e valores básicos da comunidade.

Assim, em contrapartida, ausente esse elemento, estaria ausente o fundamento de punição da participação. Em outras palavras, para Schumann as ações que não manifestem solidariedade com o ato do terceiro são impuníveis e, portanto, neutras.

Schumann observa que a solidarização manifesta-se pelo partícipe de forma objetiva por suas ações¹⁵⁴, apontando alguns critérios que permitiriam melhor lhe precisar. Tendo em vista que esse fundamento indica a identificação ou integração do partícipe ao ato principal, o primeiro critério indicativo de sua concretização é a proximidade do aporte com a ação principal. Aponta então que na contribuição que ocorre já na execução a identificação do desvalor da ajuda, sua integração com o fato principal,

¹⁵¹ SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. pp.49-50.

¹⁵² Em suas palavras: “Exatamente na participação, porém, pode-se ver o desvalor da ação socialmente intolerável, no fato de o participante, por meio de sua contribuição intencional, demonstrar solidariedade com a injustiça intencional alheia, se identificar com o ato de terceiro”. Tradução livre do excerto original: “*Gerade bei der Teilnahme aber wird man den sozial unerträglichen Handlungsunwert darin sehen können, daß der Teilnehmer sich durch seinen vorsätzlichen Beitrag mit fremdem vorsätzlichem Unrecht solidarisiert, sich mit der fremden Tat gemein macht.*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.51.

¹⁵³ Assim: “[...] porém pressupõe, além disso, que ele se solidarize com a ação do outro, reconhecidamente passando para o lado do injusto”. Tradução livre do excerto original: “[...] *sondern darüberhinaus voraussetzt, daß er sich dadurch mit der Tat des anderen solidarisiert, erkennbar auf die Seite des Unrechts tritt.*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.57.

¹⁵⁴ Talvez por essa razão Luís Greco considere se tratar de um critério “altamente normativo”, alocando a teoria de Schumann dentre as teorias objetivas em sua obra. GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49.

é melhor percebida, enquanto a contribuição nos atos preparatórios exige a aplicação de outros critérios como a solidarização, tendo em vista a possibilidade de conversão posterior pelo terceiro autorresponsável.¹⁵⁵

Além da proximidade da ação, considera-se relevante também a natureza profissional do comportamento. Schumann entende que aqueles que apenas desejam exercer sua profissão regularmente não possuem vontade de promover o ato delituoso, restando ausente a solidarização e, portanto, o fundamento de punibilidade do injusto. Assim, “as ações que fazem parte da vida cotidiana profissional não precisam ser omitidas em função de seus efeitos favorecedores previsíveis”.¹⁵⁶ Tampouco precisam interromper o curso de suas ações profissionais que se conformem à razoabilidade e à cotidianidade. Ressalva, contudo, que o desvio do comportamento de seus *standards* rotineiros para se adequar ao fato delitivo seria um indicativo da solidarização e, portanto, levaria à configuração do auxílio.

O trabalho de Schumann possui uma grande relevância doutrinária, especialmente por destacar a imprescindibilidade do estudo e determinação do fundamento de punibilidade da participação e sua harmonização com o princípio da autorresponsabilidade. Entretanto, sua proposta apresenta aspectos questionáveis.

Embora Schumann inicie o seu raciocínio justamente se perguntando sobre o desvalor do ato, na medida em que deposita o desvalor sobre a expressão da solidarização pelo interveniente, o teórico acaba por basear o desvalor na determinação subjetiva do interveniente, ainda que – curiosamente – adote uma série de parâmetros objetivos como indicadores da solidarização.¹⁵⁷ Na medida em que conceitua a solidarização como um

¹⁵⁵ Tradução livre do excerto original: “*Geht es nach der hier vertretenen Auffassung also darum, ob der Gehilfe sich durch seinen Beitrag mit der Haupttat „gemein gemacht“ hat, so drängt sich als ein erster bei der Beantwortung dieser Frage bedeutsamer Gesichtspunkt derjenige der „Nähe zur Tat“ auf.*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.57.

¹⁵⁶ Tradução livre do excerto original: “*Dies bedeutet, daß man Handlungen, die zum täglichen Erwerbsleben gehören, nicht um ihres vorausgesehenen Begünstigungseffekts willen zu unterlassen braucht: „Den Gang des vernünftigen und gewöhnlichen Tuns braucht niemand deshalb zu unterbrechen, weil dieses Tun einem Verbrechen in jener Beziehung förderlich sein würde”*” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p.69.

¹⁵⁷ No caso da proposta de Schumann, a necessária externalização objetiva parece mais como uma necessidade probatória do que de fato como um elemento que lhe agregue desvalor no plano do tipo objetivo. A questão da prova do dolo é, inclusive, objeto de expressas ressalvas críticas de Puppe, que identifica distorções na adoção de um dolo normativo, pela qual, cada vez mais, critérios utilizados para a demonstração e comprovação do dolo tem sido utilizados para a sua própria definição. PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. par. Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rosseto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 69.

“passar para o lado do injusto”, um “identificar-se com o ato de terceiro”, aproxima-se de um dado subjetivo emocional, referente antes a um estado e ânimo que a um ato objetivamente analisado.

Observe-se que, ao tratar do perigo sociopsicológico que a solidarização apresenta para o sentimento de paz jurídica da comunidade, manifesta-se uma tendência político criminal de responsabilização pelo favorecimento direcionada à evitação de solidarizações e não a lesões ou perigo de lesões a bem jurídicos. Com se verá, trata-se um problema que se manifesta em todas as teorias subjetivas, em maior ou menor grau, conforme sejam ou não exigidos outros requisitos para a punibilidade do partícipe para além da causalidade e do dolo.

Se tomarmos a primeira varável do caso 1 por exemplo, isso se torna mais claro. Na variável o vendedor V não expressa qualquer solidarização com o injusto. Ele apenas exerce sua profissão de forma distanciada do ato principal. Contudo, supondo que esse mesmo vendedor, habituado a atender a esposa de A em sua loja e desprezando-a por sua arrogância, solidarize-se com o plano de A e lhe deseje com todo o seu coração boa sorte em seu empreendimento. O mesmo comportamento de vender uma faca por um profissional que possui conhecimento sobre o plano do autor receberia um tratamento diferenciado como punível ou não punível a depender da manifestação de V sobre a sua opinião favorável.¹⁵⁸

Similarmente, pode-se imaginar o auxílio prestado para a sonegação fiscal por um contador no exercício de sua profissão. A questão fiscal é objeto de muitas divergências ideológicas, colocando cidadãos em lados opostos a depender de seu viés ideológico mais liberal ou mais favorável à atuação social do Estado. Nesse contexto, pela aplicação do critério de Schumann, o contador da hipótese levantada receberia ele um tratamento penal diferenciado conforme adotasse um posicionamento de repreensão ao ato principal, pensando na relevância da cooperação do contribuinte para com a sociedade em que vive, ou, pelo contrário, caso se solidarizasse com o ato principal, desejando boa sorte ao autor e êxito em sua demanda por considerar a carga tributária brasileira abusiva.

De fato, como apontado, as concretizações do critério da solidarização apresentadas por Schumann – proximidade da ação e natureza profissional do

¹⁵⁸ Note-se que não se trata aqui de auxílio psíquico, mas de pura e simples solidarização. Quando da resolução dos casos problema, ficará evidente a diferenciação entre essas distintas expressões de comportamento. Especialmente, veja-se a resolução da variante 2 do caso 1.

comportamento – são de ordem objetiva. Entretanto, embora seja exigida a exteriorização da solidarização, em última análise o critério aponta para um desvalor dependente do fato interno do partícipe, de apoiar ou passar para o lado do injusto.

Na verdade, nota-se uma crescente tendência a leituras mais objetivas e normativas do dolo. Entre os teóricos da dogmática penal, tem se difundido crescentemente teorias normativas do dolo, as quais conferem destaque a conceituações cognitivas ou atributivas do dolo, em detrimento a perspectivas psicológicas. A adoção de uma compreensão normativa do dolo, contudo, não desnatura sua alocação sistemática no plano do tipo subjetivo, tampouco faz com que deixe de ser um elemento interno. Mesmo os autores que adotam posicionamentos normativos ainda admitem que se trata de um processo mental interno objetivizado externamente, ou a sua atribuição a partir de circunstâncias fáticas ou externas amplamente aceitas.¹⁵⁹

O problema central das propostas subjetivas para a melhor delimitação dos limites de punibilidade da participação se encontra no salto à análise do desvalor objetivo dos comportamentos. Desconsiderando-se os critérios de imputação ao tipo objetivo, como a criação de um risco e seu desvalor, o critério acaba por acarretar a punibilidade de condutas inócuas, o que representa, em diversas hipóteses, uma excessiva restrição à liberdade às relações interpessoais jurídico-negociais. Assim, condutas em si permitidas e regulares juridicamente encontram sua punibilidade tão somente no fato de que o partícipe se solidarize com o feito, em outras palavras, a proposta permite a punição de condutas que em sua descrição objetiva não passam de ações neutras não puníveis, saltando a análise de seu desvalor para o aspecto subjetivo.

Como a análise se inicia dos elementos subjetivos, poder-se-ia atribuir-lhes sentido delitivo como expressão de um compromisso cognitivo sem sequer se levantar o questionamento sobre a conformação do comportamento como uma ação de “auxiliar”. Em outras palavras, não se pergunta sobre o que significa o auxílio, nem mesmo de um ponto de vista gramatical, muito menos semântico, e qual o grau de vinculação ou intensidade exigidos do comportamento para que se subsuma à compreensão de auxílio. Estaria, assim, configurada uma hipótese inaceitável de responsabilização pelo

¹⁵⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. pp. 133-148; PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Trad. par. Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pp. 65-127.

favorecimento, conformando uma política criminal endereçada a evitar solidarizações e não a lesões ou perigo de lesões a bens jurídicos.

Iniciar a imputação diretamente do elemento subjetivo, deixando de lado os elementos objetivos e descritivos, termina por resultar na punição de intenções e desejos, o que é inadmissível para o direito penal. A proibição de ações cotidianas, profissionais e ubíquas tão somente em função de elementos psíquicos¹⁶⁰, com base apenas em intenções, consiste em restrição insuportável à liberdade e representaria apenas uma proibição simbólica, afinal, diante da ubiquidade que em geral caracteriza as ações neutras, causaria apenas uma simples modificação do curso principal pelo autor em buscar o aporte de outro indivíduo, não dotado de conhecimentos especiais.¹⁶¹ A responsabilidade pelo próprio injusto exige que se verifique o desvalor também do comportamento do partícipe e não apenas o seu elemento subjetivo, ou termos de probabilidades e margens de riscos atribuídos a uma aprovação fundamentadora de um dolo normativo. Seja qual for a concepção de dolo adotada, volitivas ou cognitivas, baseadas em um conceito tipológico ou normativo, não se pode dispensar a análise de imputação objetiva.

Imagine-se no caso 6, que o Partido Partícipe se compusesse de uma dúzia de Deputados, tendo todos eles apoiado politicamente a indicação de Y para o cargo na Estatal. Todos os doze seguiram a orientação partidária, como constantemente o fazem em sua rotina profissional. Dentre eles, apenas o Deputado Federal X obteve conhecimentos especiais, uma vez que acidentalmente ouvira uma conversa entre senadores do partido ao almoçar no restaurante do Congresso. Enquanto refletia sobre a conversa terminou por concluir que os senadores faziam tais arranjos por uma boa causa, simpatizando com eles. Segundo o critério de Schumann, independente da ausência de proibição do risco criado pelo aporte de X, a eventualidade e aleatoriedade daquele almoço seria determinante da punibilidade do Deputado em apoiar Y a partir de então. Nesse caso, o problema está no fato de que o comportamento do partícipe apenas se diferencia de todos os demais em relação ao seu aspecto subjetivo, não se identificando

¹⁶⁰ Observou-se o cuidado na redação da crítica para refutar apenas a análise que atribui exclusivamente à subjetividade a determinação da punibilidade. Isso porque não se desconsidera a relevância dos conhecimentos especiais na conformação do próprio desvalor objetivo do comportamento, como elemento da prognose póstuma objetiva na imputação objetiva da ação. Da mesma forma, o aspecto subjetivo será também relevante em um segundo momento, uma vez superado o nível objetivo de análise e confirmado o desvalor do risco. Contudo, sua relevância nesse momento não mais é definidora da restrição de punibilidade nas ações neutras.

¹⁶¹ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. pp. 305-306.

ou analisando qualquer elemento objetivo na ação que fundamente seu desvalor objetivo e autônomo.

Destaca-se que o problema está em centralizar o fundamento de punibilidade a título de cumplicidade unicamente sobre o elemento subjetivo. Não se exclui a necessidade de sua verificação em um momento posterior da análise, mas não é sobre ele que se encontra o desvalor do comportamento ou seu fundamento de punibilidade. Embora o crime seja uma unidade, realiza-se a sua estratificação para a operacionalidade da análise sobre a sua imputação ao indivíduo, conforme o conceito analítico de crime. A partir dessa estratificação, devem ser verificadas e superadas cada uma das etapas de análise para que se alcance a responsabilização. O salto para os critérios subjetivos somente pode significar que, objetivamente, se consideram supridos os requisitos de punibilidade da conduta, sob pena de acarretar a punição de condutas objetivamente inócuas. Sem a realização da análise sobre esses requisitos, acaba-se por punir indiferentemente a eles, tão somente em função do dolo.

2.3.2. *A restrição da punibilidade nos casos de dolo eventual: a proposta de Harro Otto*

No âmbito das teorias que adotam um critério subjetivo de restrição da subjetividade, Harro Otto defende como critério central delimitador da liberdade profissional o conhecimento positivo - “*Die relevante Grenze setzt hier erst das positive Wissen*”.¹⁶² A partir dessa ideia, de forma simplificada, entende Otto não ser punível o dolo eventual, caso em que deveria prevalecer a liberdade profissional.

A proposição do teórico é construída sobre a premissa de que todas as profissões apresentam riscos inerentes de que suas prestações possam ser desviadas para um uso delitivo. Entretanto, a atribuição ao profissional da responsabilidade pela realização desses riscos se encontra limitada em função da garantia da liberdade profissional, assegurada constitucionalmente. O critério para a demarcação dos limites entre a liberdade profissional e a atribuição de relevância penal a comportamentos profissionais, para Harro Otto, encontra-se no tipo subjetivo. De forma simplificada, o teórico define como puníveis os comportamentos e negócios do partícipe dotados de um conhecimento

¹⁶² OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. **JuristenZeitung** - JZ, n. 9, pp. 436-444, mai. 2001.

positivo sobre a utilização delitiva de sua contribuição pelo autor, restando impuníveis aquelas condutas em que se verifique apenas a desconfiança ou identificação de indícios pelo interveniente, constituindo dolo eventual.

Otto diferencia as situações caracterizadas por a) profissões determinadas pelo legislador e marcadas por um alto grau de diligência, b) profissões regulamentadas em função de seu especial perigo e c) as profissões regulares, não proibidas e tampouco regulamentadas.¹⁶³

Para precisar seu critério para atribuição do risco nas ações neutras, o teórico parte do caso mais geral das profissões regulares, não proibidas ou regulamentadas (c). Aponta Otto que toda profissão é arriscada, podendo os aportes profissionais serem desviados em função de um plano delitivo de terceiros. Contudo, não obstante o conhecimento desses riscos profissionais pelo legislador, esse optou por não proibir ou regulamentar tais negócios. Dessa forma, a desconfiança acerca de um possível desvio na utilização da ação por terceiros nada mais seria que representação da ideia de risco constitutivo do negócio, hipótese em que seria inapropriada a punição, em face da liberdade garantida constitucionalmente. Apenas o conhecimento positivo sobre o uso delitivo do aporte por um terceiro é que levaria à punição do interveniente. Assim, o critério geral – referente às profissões regulares e comuns, que não encontram uma especial determinação do legislador – que determina a atribuição do risco é o conhecimento positivo, não sendo puníveis as ações caracterizadas por simples indícios e suspeitas, configuradores do dolo eventual¹⁶⁴.

Em complementação a esse critério geral, Otto especifica algumas exceções concernentes às demais formas de profissão (a) e (b). No que concerne às primeiras (a), profissões determinadas pelo legislador e que exigem um alto grau de diligência, cumpridas as determinações regulamentares, diante da mera desconfiança a partir de indícios de um possível uso delitivo do aporte, prevalece a liberdade profissional, não

¹⁶³ OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. **JuristenZeitung** - JZ, n. 9, pp. 436-444, mai. 2001. p. 444.

¹⁶⁴ Nas palavras de Harro Otto: “*Dabei ist zum einen davon auszugehen, daß das Strafsbarkeitsrisiko nicht dem berufstypisch oder geschäftsmäßig Tätigen zugewiesen werden kann, der die Gefahr der deliktischen Nutzung seiner Handlungen durch Dritte erkennt, aber die delitische Nutzung nicht positiv kennt, wenn die Gefahrensituation auch dem Gesetzgeber bekannt war oder ist, und er gleichwohl diese Geschäfte weder verbietet noch reglementiert. Da nämlich der berufstypischen oder geschäftsmäßig Tätige, der die Pläne und Vortaten seines Geschäftspartners nicht kennt, davon ausgehen kann, jedes Geschäft sei risikobehaftet, wird seine Vorstellung vom Strafbarkeitsrisiko zum strafbarkeitskonstituierenden Element. Das aber ist angesichts einer grundgesetzlich garantieren Freiheit der Berufsausübung, Art. 12 Abs. 1 GG, unangemessen*”. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. **JuristenZeitung** - JZ, n. 9, pp. 436-444, mai. 2001. p. 443.

sendo punível a conduta, afinal, o próprio ordenamento prevê a regularidade dessas profissões não obstante seus riscos inerentes, desde que efetivados os cuidados ordenados. Quanto às profissões especialmente perigosas (b), diante da desconfiança originada por indícios, Otto excepciona seu critério, defendendo não ser suficiente o mero cumprimento das regulamentações legais e reconhecendo a atribuição da responsabilidade pelo risco mesmo ao dolo eventual.

Analisando o rendimento da proposta de Otto para a resolução dos casos propostos nesse trabalho, percebe-se que no caso 1 o vizinho B seria punível a título de participação, tendo em vista que sua relação de vizinhança com A não é assegurada pela garantia da liberdade profissional. Essa limitação incide sobre as três variantes do caso, cuja solução depende de uma análise do dolo de V em cada hipótese. Em todas elas, o resultado seria a punibilidade de V em razão do conhecimento positivo em todas as variantes. Diferente seria o resultado caso V apresentasse dúvidas sobre os planos de A quando da venda da faca de churrascos. O critério de Otto levaria à punibilidade do interveniente também nos casos 2 a 5 trazidos de partida nesse trabalho, nos quais o conhecimento positivo por parte do agente é uma constante. Em contrapartida, determina o afastamento da punibilidade do Deputado X no caso 6, o qual apresenta dúvidas sobre o comportamento delitivo de Y, tendo diante de si apenas suspeitas ou indícios sobre o potencial desvio delitivo de seu apoio político por Y.

As mesmas críticas apresentadas às demais teorias subjetivas podem ser aplicadas à proposta de Otto. Entende-se que o critério subjetivo não é o mais adequado, porque não se discute o fundamento do desvalor do comportamento que justifique a punibilidade das ações neutras. Especialmente na teoria de Otto resta pouco claro porque isentar determinadas profissões da responsabilidade pelo dolo eventual, excluindo-se aquelas consideradas perigosas pelo teórico, não obstante o cumprimento dos deveres especiais determinados em lei. Qual o critério determinante dessas profissões alvo de um especial rigor?

Para tornar essa crítica mais clara, pode-se tomar como exemplo o caso 5. O Procurador P exerce uma função pública, sobre a qual há relevante regulamentação impondo deveres de moralidade e vinculação à legalidade administrativa. Seria essa uma profissão que se amolda entre (a) aquelas determinadas pelo legislador e marcadas por um alto grau de diligência, ou (b) aquelas especialmente regulamentadas em função de seu especial perigo? Não resta claro se o cumprimento por P de todas as diligências regulamentares o isentaria ou não da punibilidade diante de indícios ou desconfiança do

uso delitivo de seu aporte pelo Prefeito do município, o que dependeria de sua profissão se enquadrar no rol de (a) ou de (b).

Além disso, a proibição de ações normais e cotidianas tão somente em função de elementos psíquicos, especialmente aqueles obtidos fortuitamente, não encontra uma razão que o fundamente, uma vez que não possuiria eficácia para a sua finalidade, seja ela a proteção de bens jurídicos¹⁶⁵, seja de assegurar a vigência da norma. Como demonstrado, bastaria uma simples modificação do curso principal pelo autor em buscar o aporte de outro indivíduo, não dotado de conhecimentos especiais¹⁶⁶. Dessa forma, seria uma proibição que abarcaria apenas resultados casuais. Observe-se que, como apontado no tópico anterior, o problema está em centralizar o fundamento de punibilidade a título de cumplicidade unicamente sobre o elemento subjetivo. Não se exclui a necessidade de sua verificação em um momento posterior da análise, mas não é sobre ele que se encontra fundamentalmente o desvalor do comportamento ou seu fundamento de punibilidade.

2.4. Teorias mistas

2.4.1. Teoria de Claus Roxin

Entre as teorias mistas, encontra-se a proposta de Claus Roxin, a qual combina aspectos subjetivos e principiológicos na formulação de sua análise. A compreensão das ações neutras na teoria de Roxin, como se verá, possui algumas semelhanças estruturais com a proposta de Otto. Roxin diferencia dois grupos de casos: aqueles em que o partícipe conhece a resolução delitiva do autor; e aqueles em que o partícipe não possui conhecimentos especiais, mas conta com intenções delitivas do autor.¹⁶⁷

¹⁶⁵ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 65-66.

¹⁶⁶ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. pp. 305-306.

¹⁶⁷ Nos delineamentos iniciais de sua teoria das ações neutras, Roxin dividia os casos em que havia dolo direto e aqueles caracterizados pelo dolo eventual. (ROXIN, Claus. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. Trad. par. María Teresa Castiñera Palou. Em: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. pp. 155-178). A partir do segundo volume de seu manual, dedicado às especiais formas de aparição do delito, passa a abordar o tema conforme o conhecimento do partícipe sobre a resolução delitiva do autor e, ausente o conhecimento especial, conta-se com a intenção delitiva do autor (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito*. Trad. par. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 29 et seq.). Embora o termo “dolo” tenha sido excluído, a divisão segue orientada subjetivamente. Luís Greco supõe ser essa alteração um indício do reconhecimento de Roxin de que a solução se encontraria no tipo objetivo. Contudo, Roxin não apresenta essa conclusão em seu trabalho, mas

No primeiro grupo de casos, a ação que favorece ou possibilita a conduta principal, do autor, somente seria penalmente relevante se essa última apresentasse sentido delitivo. Assim, partindo de um critério subjetivo sobre a conduta do partícipe, passa-se à análise da conduta principal.¹⁶⁸ A partir desse critério, Roxin descreve não serem neutras as ações do partícipe que favorecem uma ação principal que, como tal, é delitiva, bem como aqueles que, embora favoreçam uma conduta em si legal, reconhecem que para o autor seu único fim será empreendê-la para facilitar ou possibilitar um injusto. Neutras seriam as condutas cotidianas que somente favoreceriam “uma ação lícita, que tomada em si mesma já é útil e com sentido para o autor, contudo este converte-a para além disso em pressuposto de uma conduta delitiva independente dela e baseada em uma resolução autônoma”.¹⁶⁹ Assim, o aporte do cúmplice que conhece a resolução delitiva do autor somente será neutro quando favorecer uma conduta do autor principal à primeira vista permitida, a qual é arbitrariamente convertida pelo autor em pressuposto de uma nova conduta, independente dela, de natureza delitiva.

Como se percebe, Roxin extrai da conduta do autor a ideia de sentido delitivo, que deveria ter em si natureza delitiva.¹⁷⁰ Analisa na conduta principal o seu desvalor, para posteriormente transpô-lo para o interveniente. Essa construção do sentido delitivo é problemática na medida em que deixa de analisar o desvalor da própria contribuição do cúmplice, ao mesmo tempo em que torna necessário verificar o aspecto subjetivo do cúmplice em relação ao fato. A análise não se restringe à conduta do partícipe em si, mas depende da natureza da conduta do autor e, também, da percepção do partícipe sobre essa conduta. Nesse ponto da teoria, Roxin articula critérios subjetivos e objetivos, entretanto, a análise do comportamento do partícipe apenas considera aspectos subjetivos do aporte,

permanece trabalhando com conceitos subjetivos. Note-se ainda que não apenas reparte sua análise a partir dos conhecimentos especiais, mas também, como se verá, tanto o seu conceito de sentido delitivo, quanto o princípio da confiança possuem como fundo um forte teor cognitivo subjetivista. A opção por classificar a proposta de Greco como uma proposta mista decorre apenas do fato de combinar essas construções a critérios principiológicos.

¹⁶⁸ Da mesma forma interpreta Greco na medida em que assim descreve a teoria de Roxin: “Nos casos em que o partícipe sabe do plano do autor principal, a contribuição será punível, se – e apenas se – dotada de sentido delitivo. Esse sentido delitivo estará presente quando a ação principal tiver, em si, natureza delitiva”. GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 82.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. par. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 293.

¹⁷⁰ Destaca-se: “No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano”. ROXIN, Claus. Las formas de intervención em el delito: estado de la cuestión. Trad. par. María Teresa Castiñeira Palou. Em: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito** (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pp.155-178. P.177.

enquanto os critérios objetivos são analisados na conduta do autor. Embora Roxin compreenda a cumplicidade como incremento causal e juridicamente desaprovado do risco de um resultado típico, no momento de trabalhar os critérios para enfrentamento do problema das ações neutras, o teórico se debruça sobre conceitos subjetivos, aprofundando a análise sobre o sentido delitivo da conduta do autor.

Quanto ao segundo grupo, o interveniente apenas pondera ou suspeita do uso de seu aporte para um fim delitivo, não possuindo conhecimento especial acerca de uma resolução delitiva do autor. Para esses casos, Roxin rechaça a punibilidade de condutas neutras com dolo eventual, aplicando, para tanto, o princípio da confiança como solução. Remete-se aqui ao ponto “2.1.2” no qual foi apresentado o princípio da confiança, seus limites e as críticas que incidem sobre ele. Destaque-se apenas, como o faz o próprio Roxin, a inaplicabilidade desse princípio diante da reconhecível inclinação ao injusto pelo autor, a qual afastaria a natureza de suposição por parte do interveniente.

A grande relevância de sua construção teórica está em relacionar a ausência de sentido delitivo ao desvio arbitrário pelo autor e admitir situações de restrição da punibilidade do aporte, não obstante os conhecimentos especiais. A teoria também apresenta contribuição relevante na medida em que introduz a ideia de utilidade ao tratar das condutas realmente neutras: aquelas que favorecem uma ação legal, tomada em si mesma como útil, a qual é então convertida em pressuposto para uma conduta delitiva pelo autor. Como se verá à frente, a posição adotada neste trabalho dialoga em alguma medida com a proposta de Roxin e explora o critério da utilidade para a resolução do problema mais à frente, embora o analise especificamente no aporte do próprio partícipe.

Não obstante o diálogo entre as propostas, o deslocamento da análise do sentido delitivo para o comportamento do partícipe, destacando a análise da conformação típica da participação, permite alcançar resultados distintos. Isso por que, na medida em que Roxin antecipa a análise de elementos subjetivos, adotando uma subdivisão prévia à imputação objetiva dos comportamentos, o teórico acaba por concluir pela punibilidade de uma série de comportamentos em função dos conhecimentos especiais do interveniente, a despeito do desvalor objetivo do comportamento – ou seja, da verificação sobre a criação de um risco proibido ou permitido penalmente. Assim, conforme o critério de Roxin, seriam puníveis as condutas de participação dos casos 2 a 6, tendo em vista que os conhecimentos especiais se encontram presentes em todos eles. Como se verá à frente, para a posição sustentada na presente dissertação, entende-se que os conhecimentos especiais do interveniente serão relevantes na conformação do desvalor do risco criado

apenas se o agente os incorporar em sua relação com o fato de forma que isso integre o sentido delitivo da sua conduta.

2.4.2. *A teoria de Wolfgang Frisch*

A teoria mista de Wolfgang Frisch representa uma das mais complexas abordagens ao problema das ações neutras e, como será apontado adiante, é referencial central para a posição adotada neste trabalho. O teórico desenvolve seus apontamentos sobre as ações neutras no âmbito de sua teoria geral do comportamento típico, ao tratar do risco juridicamente desaprovado em condutas que possibilitam ou favorecem o comportamento de terceiros, transpondo para esse grupo de casos a sua teoria da imputação objetiva. Dessa forma, previamente à análise da sua abordagem sobre as ações neutras, é preciso primeiro compreender o seu sistema de imputação do comportamento.

Frisch inicia sua construção sobre os pressupostos materiais da imputação objetiva pela premissa de que quase toda conduta pode comportar a presença ou produção de condições capazes de lesionar a um bem jurídico. Isso, contudo, não pode ser suficiente para a proibição de uma conduta, do contrário a liberdade restaria limitada de forma insuportável. Assim, propõe, em um primeiro nível de imputação, que se analise a racionalidade e a aceitação de uma limitação à liberdade através de uma proibição, que lhe confira legitimidade constitucional. Essa orientação se verifica por uma análise de proporcionalidade: a proibição deve ser “idônea, necessária e adequada em relação com os princípios jurídicos vigentes para impedir determinadas lesões de bens (ou ainda dos cursos causais que conduzem até elas)”.¹⁷¹ Assim, a limitação da liberdade pela desaprovação do comportamento somente encontra razão quando identificada concretamente, a partir da experiência, a possibilidade de uma orientação racional da conduta para a evitação do dano a bens jurídicos.

Frisch avança, então, para o segundo nível de sua análise, com a conclusão de que somente podem ser desaprovadas criações de riscos especiais de produção de lesões

¹⁷¹ Tradução livre do original: “[...] *idónea, necesaria y adecuada en relación con los principios jurídicos vigentes para impedir determinadas lesiones de bienes (o bien los cursos causales que conducen hasta ellas)*”. FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar**: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004, pp.19-68, p. 42. Da mesma forma, trabalha em sua obra “*Comportamiento típico e imputación del resultado*” com os critérios de proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu – para determinar a legitimidade da proibição (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 84-85).

típicas. A razão para a restrição da liberdade não apenas dependeria de uma proibição idônea, necessária e adequada enquanto pressuposto, mas também da verificação de um risco especial como requisito para a sua desaprovação. Trata-se, em essência, da forma como se compreende o tipo, o qual deve ser entendido como a expressão de determinada valoração, como um tipo de injusto:

[...] se se entende o tipo como tipo de injusto, como conduta tipicamente injusta, é dizer, como descrição do que por regra geral deve ser visto como conduta proibida e somente justificada se existem determinadas circunstâncias excepcionais. Então, o lógico é alocar no tipo aqueles feitos que comportam perigos desaprovados, precisamente porque quando não se dá esse requisito, o que falta é uma conduta injusta.¹⁷²

Esses riscos especiais, ou perigo concreto, se delimitam justamente pelos *topoi* de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, os quais motivam a desaprovação da conduta criadora do risco. Deve ser a proibição idônea para fazer valer a pena como meio para a imposição da norma, deve ser necessária para garantir o bem e eivada de proporcionalidade, em conformidade aos valores constitucionais, como meio de proteção aos bens jurídicos, levando em conta a importância do interesse na ação livre frente aos interesses em proteger aos bens jurídicos.

Uma vez estabelecido o pressuposto geral da proibição de riscos desaprovados que colocam em perigo bens jurídicos, Frisch divide o seu sistema para a análise de três grupos de comportamentos que podem se configurar tipicamente: condutas que diretamente colocam em perigo o bem jurídico¹⁷³, condutas que possibilitam ou favorecem a autocolocação em perigo ou as autolesões alheias¹⁷⁴, e as condutas que possibilitam, favorecem ou ocasionam o comportamento de menoscabo de bens jurídicos por terceiros.¹⁷⁵ É esse último grupo de casos o que interessa ao presente trabalho, tratando-se justamente da participação ou intervenção no delito.

¹⁷² Tradução livre do excerto original: “[...] *si se entiende el tipo como tipo de injusto, como conducta típicamente injusta, es decir, como descripción de lo que por regla general debe ser visto como conducta prohibida y sólo justificada si existen determinadas circunstancias excepcionales. Entonces lo lógico es ubicar en el tipo aquellos hechos que comportan peligros desaprovados, precisamente porque cuando no se da este requisito lo que falta es una conducta injusta*”. FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar**: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 19-68, p. 45.

¹⁷³ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 105-164.

¹⁷⁴ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 165-248.

¹⁷⁵ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 249-407.

Nas hipóteses em que a lesão depende da conduta delitiva de terceiros, Frisch considera que, de modo geral, a limitação de liberdade é indesejável, tendo em vista a autorresponsabilidade como um *topos* reitor na intervenção no delito, de modo que bastaria a contemplação racional da responsabilidade do próprio autor ou da própria pessoa frente ao dano. Assim, somam-se aos pressupostos de proibição fundados na proporcionalidade, uma razão que fundamenta uma especial limitação da responsabilidade do interveniente nesse grupo de casos, que é a responsabilidade e autonomia daquele que diretamente lesiona o bem jurídico. Soma-se a essa razão a ausência de lesão a direito por parte do agente que se comportou inicialmente como interveniente como mais um argumento para que se afastem juízos que atribuam ao seu comportamento desvalor penal.¹⁷⁶

Os comportamentos que possibilitam ou favorecem o comportamento delitivo de terceiros somente se configuram tipicamente quando dotados de sentido inequivocamente delitivo. Quanto ao critério de sentido delitivo, afirma Frisch que as condutas dotadas de sentido inequivocamente delitivo são aquelas que “se esgotam em facilitar ou possibilitar o comportamento delitivo alheio”¹⁷⁷ ou quando “a conduta que possibilita ou facilita, em atenção a esta vinculação, não pode ser interpretada de outro modo que como referida a um delito”.¹⁷⁸ O núcleo de desaprovação jurídica de uma conduta está na sua relação funcional com o facilitar ou possibilitar um delito de um terceiro, o que fundamentaria a proibição idônea do comportamento para a proteção de bens jurídicos.

Esse critério, como visto anteriormente, foi utilizado na teoria de Claus Roxin para a solução do problema das ações neutras, apresentando, entretanto, uma sutil, mas central diferença em sua compreensão. Frisch busca o sentido delitivo objetivamente, na conduta do indivíduo que realiza o aporte, enquanto Roxin realiza a análise de sentido delitivo sobre o comportamento do autor do delito, e não na do terceiro.

Para Frisch, a relação de sentido delitivo não possui relação com o aspecto subjetivo do comportamento, mas com a distribuição jurídica da liberdade. A ausência dessa referência de sentido torna o risco permitido e, assim, atípica a conduta de

¹⁷⁶ Interessante observar que, nesse ponto de sua construção, Frisch refuta a ideia de dominabilidade, critério da teoria da imputação objetiva tradicional, destacando a lesão do bem pelo próprio indivíduo como centro da análise. FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar:** sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 19-68, p. 42-43.

¹⁷⁷ Tradução livre do excerto: “*se agotan en facilitar o posibilitar el comportamiento delictivo ajeno*”. FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*, p. 300.

¹⁷⁸ Tradução livre do excerto: “*la conducta que posibilita o facilita, en atención a esta vinculación, no puede interpretarse de otro modo que como referida a un delito*”. FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*, p. 309.

favorecimento, ainda que presente o dolo do partícipe. Dessa forma, o dolo, as más intenções, esperanças ou crenças podem até mesmo ser fator relevante para a conformação imoral da conduta¹⁷⁹, mas não para lhe conferir relevância penal, uma vez que a subjetividade do agente não pode fundamentar ou suprir a ausência de um dever que deveria ser violado pelo interveniente.¹⁸⁰ Em suas palavras:

[...] se falta essa referência de sentido, como ocorre em particular em uma multitude de negócios cotidianos, que possuem bom sentido com independência das eventuais intenções delitivas de seu destinatário, nada muda nele porque essas ações sejam levadas a cabo com o objetivo de possibilitar a outro a comissão de um delito ou de favorecer determinadas ações delitivas.¹⁸¹

Em um trabalho mais recente do autor, especificamente voltado para o problema das ações neutras, Frisch aponta que o tema assume especial relevância no contexto da criminalidade econômica na sociedade atual, na qual ao analisar um injusto será natural identificar contribuições anteriores negociais dotadas de efeito facilitador do ato principal. Aponta então que a punibilidade da cumplicidade fundamentada apenas na causalidade e no dolo levaria a punição de ações inócuas, penalmente irrelevantes, especialmente quando para a configuração do dolo se exija apenas uma representação de possibilidade, o que seria uma constante comum nos negócios do dia a dia.¹⁸²

¹⁷⁹ Destaca-se em nota o seguinte excerto: “As más intenções, desejos, esperanças ou crenças podem fazer que a conduta seja imoral, mas deixam intacta a distribuição jurídica da liberdade”. Tradução livre do original: “*Las malas intenciones, deseos, esperanzas o creencias pueden hacer que la conducta sea inmoral, pero dejan intacta la distribución jurídica de la libertad*” (FRISCH, Wolfgang. *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 19-68, p. 44).

¹⁸⁰ Em suas palavras, sob tradução livre: “As más intenções não podem nem fundamentar nem suprir uma posição de garante inexistente, e também são descartadas como ponto de vista adequado para atualizar um dever em estado de latência”. No original: “*Las malas intenciones no pueden ni fundamentar ni suplir una posición de garante inexistente, y por lo demás se descarta como punto de vista adecuado para actualizar un deber en estado de latencia*” (FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 277).

¹⁸¹ Tradução livre do original: “(...) si falta esa referencia de sentido, como ocurre en particular en multitud de negocios cotidianos, que tienen buen sentido con independencia de las eventuales intenciones delictivas de su destinatario, nada cambia en ello porque esas acciones se lleven a cabo con el objetivo de possibilitar a otro la comisión de un delito o de favorecer determinadas acciones delictivas”. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 305.

¹⁸² Em suas palavras: “[...] naturalmente é possível constatar em muitas ações cotidianas, que se desenvolvem delitivamente, um efeito facilitador do fato principal. E quando se confirma e faz bastar para tanto o dolo – como sempre – já uma mera representação de possibilidade amplamente sob a possibilidade (como possibilidade determinante), quando uma pessoa, tendendo a outros fins, conta com essa possibilidade, então resulta difícil em muitos casos simplesmente negar o dolo”. Tradução livre do seguinte excerto: “[...] naturalmente es posible constatar en muchas acciones cotidianas, que se desarrollan delictivamente, un efecto facilitador del hecho principal. Y cuando se confirma y hace bastar para el dolo – como siempre – ya una mera representación de posibilidad ampliamente bajo la probabilidad (como

Face a esse problema, defende ser a teoria da imputação objetiva aplicada à participação uma relevante solução para melhor precisar os contornos da participação punível. Mais especificamente, no plano da proibição do risco. Assim, a exclusão ou proibição dessas condutas está na reprovação do risco criado, elemento objetivo da conduta.¹⁸³ Frisch propõe, portanto, uma análise objetiva sobre o sentido do comportamento e de sua relação funcional, que ultrapasse o âmbito de organização próprio, onde em geral prevalece a liberdade de empreendimento, para ser funcionalizado delitivamente, para ampliar e modificar âmbitos de domínios alheios.

Quanto aos comportamentos não dotados de sentido inequivocamente delitivo, ou seja, as ações neutras, denominadas por Frisch como negócios normais da vida cotidiana, esses somente seriam passíveis de punição quando houver no ordenamento uma especial razão para tanto. Para o teórico, essas razões seriam a violação de um dever de garantidor ou de um dever geral de solidariedade – *e.g.* a determinação do dever de agir imposto pelo tipo penal da omissão de socorro, artigo 135 do Código Penal brasileiro. Assim, Frisch considera possível punir condutas ainda que ausente a referência de sentido delitivo, nos casos em que a ação neutra implicasse na violação de deveres especiais ou de normas gerais de solidariedade.¹⁸⁴

Em suma, Frisch aloca o problema das ações neutras como um problema de tipo objetivo, especificamente do desvalor do risco. A configuração típica da intervenção em fato delitivo alheio tem por pressuposto a proporcionalidade e se apoia em dois critérios alternativos: a referência inequívoca de sentido delitivo da ação ou a existência de um dever especial ou norma de solidariedade. As ações de fato neutras, uma vez que não apresentam sentido inequivocamente delitivo, somente seriam passíveis de punição quando violassem um dever de garante ou uma norma geral de solidariedade.

Uma primeira crítica apresentada pela doutrina ao estudo de Frisch está na ausência de densificação do significado de sentido delitivo. Como se identifica o sentido inequivocamente delitivo do comportamento? A ausência de uma resposta clara a esse

*posibilidad determinante), cuando una persona tendiendo a otros fines cuenta con esa posibilidad, entonces resulta difícil en muchos casos simplemente negar el dolo.” FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva**. Trad. par. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012, p. 97.*

¹⁸³ FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva**. Trad. par. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012, p. 98.

¹⁸⁴ Vale notar que, ainda que apenas tangencialmente, o autor identifica a tendência de se imputar nesses casos a conduta a título de autoria e aponta para a necessidade de diferenciação de sua configuração como cumplicidade nos casos de ações neutras. FRISCH, Wolfgang. *Op.cit.*, pp. 356 e 384.

questionamento sugere a falta de substância do critério na forma como formulado¹⁸⁵, imprecisão que deixa margens para o intérprete determinar o que considera ou não apresentar sentido delitivo. Em sua crítica à teoria, Luís Greco destaca a ausência de concretização pela aplicação a um grupo de casos¹⁸⁶, o que permitiria melhor compreender o que entende o autor pelos limites do sentido delitivo.

2.4.2.1. *Desenvolvimento teórico de Luís Greco: adoção e precisão do critério da idoneidade como solução ao problema das ações neutras*

Apesar das críticas, a teoria de Frisch apresenta relevantes apontamentos e foi utilizada como marco teórico para o trabalho desenvolvido por Luís Greco na obra “Cumplicidade através de ações neutras”. O teórico desenvolve sua teoria objetiva lastreada no conceito de idoneidade, extraído dentre os *topoi* da proporcionalidade defendida na obra de Frisch. Greco inicia sua análise apontando para a hierarquia constitucional do princípio da proporcionalidade, o qual opera como princípio orientador para a solução dos problemas das ações neutras. Embora critique a aplicação da proporcionalidade para o controle de constitucionalidade de normas penais, acredita que o princípio possui grande potencial para orientar a solução de problemas abarcados pelo artigo 29 do Código Penal. A redação do artigo – “quem, de qualquer modo, concorre para o crime” – é composta por uma série de termos abertos, cujos significado e interpretação não foram determinados pelo legislador, de modo que casos limítrofes, como as ações neutras, permanecem carentes de uma resolução. A imprecisão adotada pelo legislador na redação do artigo 29 do CP, empregando os termos “de qualquer modo” e “concorre”, conformaria um relevante espaço para ser preenchido e interpretado. É nesse processo que o princípio da proporcionalidade traria rendimentos dogmáticos.

Greco analisa, então, cada um dos *topoi* da proporcionalidade: a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito e a idoneidade. A necessidade impõe que a limitação da liberdade pela norma de proibição seja a medida menos gravosa para atingir a finalidade esperada. Entende que esse critério é determinado pela valoração do legislador,

¹⁸⁵ WEIGENG, Thomas. Los límites de la complicidad punible. **Revista de derecho penal y criminología**, 2ª Epoca, nº 10, pp. 199/213, 2002, p. 206.

¹⁸⁶ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 79.

não havendo nas ações neutras uma especial característica que possa afastar essa decisão do legislador. Assim, o teórico não nega a necessidade de punir as ações neutras, como a qualquer outra forma de participação de forma geral.¹⁸⁷

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o teórico compreende tratar-se da ponderação de interesses que demonstre não ser a limitação à liberdade excessiva. Entende Greco ser critério de pouco rendimento prático para a solução do problema, uma vez que a ponderação entre o interesse de liberdade e o interesse de proteção de bens jurídicos é uma técnica imprecisa.¹⁸⁸ Acrescenta, ainda, que a análise do caso provavelmente levaria a determinar uma relevância maior da proteção de bens jurídicos sobre a liberdade que se limitaria. Pense-se, por exemplo, na ponderação entre a vida da vítima e a venda de uma simples faca, ou em toda a relevância da administração pública em face da faculdade de se produzir um simplório parecer.

Resta então a idoneidade ou adequação, como “chave” para solucionar o problema. Trata-se de exigir que as proibições sejam “idôneas, adequadas, para alcançar o fim almejado, noutras palavras, que o fim possa ser atingido através delas”.¹⁸⁹ Greco observa que, em geral, as ações neutras possuem um caráter ubíquo, o qual torna inútil a proibição da contribuição sob o ponto de vista da proteção de bens jurídicos.¹⁹⁰

O raciocínio construído por Greco em 2003 é então aprimorado em um novo trabalho, o qual rompe com a fundamentação constitucional, caminhando diretamente para a adoção do princípio de proteção de bens jurídicos e da idoneidade como suas bases.¹⁹¹ Assim, Greco defende que a maior limitação da punibilidade das ações neutras

¹⁸⁷ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 139

¹⁸⁸ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 139-140.

¹⁸⁹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 136.

¹⁹⁰ Nas palavras de Greco: “Isso significa que, muitas vezes, a proibição da conduta do cúmplice não desencadeará quaisquer consequências positivas para a proteção de bens jurídicos. É o que acontece em muitos dos exemplos construídos pela literatura: faria pouco sentido proibir ao padeiro a venda de um pão, exigir do taxista que recusasse a viagem a um passageiro, tão logo surja a suspeita (mesmo que não infundada) de que os clientes estão imbuídos de más intenções; do outro lado da rua há outra padaria; o outro táxi livre espera, porventura, logo atrás. Nosso padeiro ou taxista, ou seja, aquele que conhece os indícios concretos para o cometimento do delito, teriam nesses casos, sua liberdade de ação restringida por meio da proibição, sem que a obediência a essa proibição tenha uma utilidade relevante no que toca à proteção de bens jurídicos”. GRECO, Luís. **Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12)**. In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 96.

¹⁹¹ GRECO, Luís. **Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12)**. In:

deve ter uma razão, o que nem sempre resta claro na adoção pelos doutrinadores de uma postura restritiva. Compreende que há uma naturalidade em se recorrer à Constituição como fonte de argumentos para justificar a maior restrição da punibilidade da participação, especialmente em seus preceitos de liberdade profissional.¹⁹² Entretanto, o teórico critica a abordagem fundamentada na principiologia constitucional especialmente em função da tensão gerada nos casos concretos cuja resolução dependeria de um arbitrário e imprevisível juízo de ponderação, a partir de princípios cuja hierarquia enquanto fonte jurídica é variável.¹⁹³ Além disso, dessa forma se inserem na discussão circunstâncias que não possuem relevância penal, como a titularidade do indivíduo sobre determinados direitos fundamentais e a hierarquização de normas.

Buscando a razão que fundamente a especial restrição da punibilidade das ações neutras, Greco busca um critério de natureza jurídico penal, afastando-se das soluções de cunho constitucional. Recorre então, como já apresentado anteriormente, à ideia de Frisch de idoneidade, conferindo-lhe substância a partir do princípio de proteção dos bens jurídicos, princípio jurídico-penal “cuja correção material é independente da pergunta formal sobre a posição desse princípio na hierarquia das fontes jurídicas”.¹⁹⁴ Tal princípio afirma como finalidade do direito penal a proteção de bens jurídicos, de forma tal que a norma penal não pode ser um fim em si mesmo, mas deve ter por finalidade proteger o que o Direito considera um bem digno da tutela penal.¹⁹⁵

GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 94 *et seq.*

¹⁹² A título de exemplo, recorre ao princípio constitucional da liberdade profissional: OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. **JuristenZeitung** - JZ, n. 9, pp. 436-444, mai. 2001; e FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. *par.* Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 84-85.

¹⁹³ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). *In*: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 94.

¹⁹⁴ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). *In*: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

¹⁹⁵ Trata-se de um princípio adotado de forma ampla pelos sistemas liberais de direito penal, embora apresente diferente terminologia e algum grau de variação em sua interpretação. Assim, no *common law* adota-se a expressão “princípio da lesão” (*harm principle*) (para a aplicação na seara penal: FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law**, vol. 1: Harm to others. Oxford: Oxford University Press, 1987 e HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): a German Perspective. *In*: SIMESTER, A P; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. **Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch**. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 187-204; para os fundamentos filosóficos: STUART MILL, John. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 13.). A doutrina italiana trabalha com o conceito de princípio da ofensividade ou da lesividade (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. *par.* Ana Paula Zomer *et ali*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 75 e 567-568). No Brasil é também comum que se adote à

Tomando por base o princípio da proteção de bens jurídicos, em uma perspectiva funcional teleológica de direito penal, somente são consideradas idôneas as proibições que proporcionem uma significativa melhora para a condição do bem jurídico. *Contrario sensu*, são inidôneas as proibições puramente simbólicas, as quais, em razão da ubiquidade que caracteriza a grande parte das ações neutras, apenas causaria a modificação do curso principal pelo autor em buscar o aporte de outro indivíduo não dotado de conhecimentos especiais. De tal sorte,

[...] um auxílio punível só deve ser assumido quando a recusa ao serviço facilitador por parte de quem presta o serviço melhorasse, de forma relevante, a situação do bem jurídico. Não é esse o caso, sobretudo, se um serviço legal substituto puder ser obtido sem esforço considerável, isto é, se a utilização desse serviço não levar sequer a um atraso relevante do fato principal e se o próprio fato principal apresentar uma qualidade objetivamente suspeita que torne arriscado conseguir um cúmplice substituto.¹⁹⁶

Assim, Greco confere maior precisão ao critério da idoneidade para determinar que a proibição de um agir cotidiano somente é idônea se tiver por resultado uma efetiva melhora para o bem jurídico. Não se exige que a norma seja suficiente para proporcionar o salvamento do bem, mas também não basta que a proibição apenas modifique o curso causal dos acontecimentos. Para ilustrar, Greco aplica o critério demonstrando a inidoneidade em proibir uma ação neutra com base em um conhecimento especial, pois, nessa situação, proibir o indivíduo de agir apenas faria com que o autor se desviasse um pouco para localizar alguém que desconhecesse suas intenções e, assim, obter, sem

terminologia “princípio da lesividade” ou da “ofensividade” (por todos, GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto?: a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 8, v. 2, pp. 69-84, 1994; e BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 89 *et seq.*). No entanto, critica-se essas denominações do princípio, que acarretam uma confusão entre a questão do bem jurídico e a questão da estrutura do delito. Enquanto o princípio do bem jurídico se referiria à necessidade de um fim de proteção de bens jurídicos para a idoneidade da norma, o princípio da lesividade no Brasil é elaborado como a exigência de uma lesão ou um perigo concreto ao bem jurídico para que haja um crime. Assim, o que esse último princípio desenvolve é, na verdade, uma concepção acerca da ideia de uma estrutura do delito, a qual se dirige à proteção de bens jurídicos. Em outros termos, confunde-se o que se quer proteger, com a forma pela qual se deve proteger esse objeto. Assim: GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, n. 3, v. 2, pp. 249-276, 2007; e GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, v. 12, pp. 89-147, 2004. De forma semelhante, Alice Bianchini separa em sua análise o “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos” do “princípio da ofensividade” BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 29/74.

¹⁹⁶ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 103.

maiores dificuldades, o que precisa. Tomando de exemplo o caso 1, adaptação apresentada na obra de Greco, é fato que há lojas de utensílios domésticos em todos os cantos, de modo que a proibição de vender a faca de churrascos imposta ao vendedor V seria inócua, bastando a A se dirigir a loja do quarteirão seguinte. Da mesma forma que no clássico caso da padaria: a proibição que incidisse sobre um padeiro proibindo-lhe a venda de um pãozinho em função de ter obtido conhecimentos especiais sobre a sua utilização para um envenenamento se torna inútil, levando o autor apenas a desviar o curso causal até o quarteirão seguinte onde encontrará outra padaria e um padeiro menos esclarecido.¹⁹⁷

Greco antecipa uma possível crítica ao seu trabalho: a irrelevância de cursos causais hipotéticos. Entende-se que, usualmente, os cursos causais hipotéticos são irrelevantes, haja vista o princípio da assunção, segundo o qual “a imputação de uma realização antijurídica de um tipo não pode ser excluída por existir um autor substituto que, na inexistência do primeiro autor, teria assumido a prática do fato”.¹⁹⁸ A crítica possui seus alicerces sobre o dogma da irrelevância dos cursos causais hipotéticos, “segundo o qual ninguém pode exonerar-se invocando que o resultado também teria sido produzido por outro curso, ainda que ele não o houvesse causado”.¹⁹⁹ Assim, a doutrina penal, de forma geral, baseia-se no princípio da assunção, determinando que “a imputação de uma realização antijurídica de um tipo não pode ser excluída por existir um autor substituto que, na inexistência do primeiro autor, teria assumido a prática do fato”.²⁰⁰

Em face a essa questão, Greco ressalva inicialmente acreditar que o “hipotético” não seria irrelevante ao Direito penal.²⁰¹ Apesar de pontuar essa afirmação, pondera se

¹⁹⁷ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 139, 141-142.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 318.

¹⁹⁹ Excerto original: “[...] según el cual nadie puede exonerarse invocando que el resultado también se habría producido por otro curso, aunque él no lo hubiera causado”. SANCINETTI, Marcelo A.. La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal. **Revista de derecho penal y procesal penal**, n. 4, pp. 583-605, 2010, p. 589, tradução livre.

²⁰⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 318.

²⁰¹ Nesse sentido, desenvolve posicionamento crítico ao dogma da irrelevância dos cursos causais hipotéticos Marcelo Sancinetti, o qual entende que tais cursos podem sim ser significativos, embora não para determinar a causalidade, mas sim para a fixação da imputação, excluindo ou atenuando a responsabilidade conforme os riscos já existentes sobre o bem jurídico quando realizada a ação. SANCINETTI, Marcelo A.. ¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal? In: GARCÍA VALDÉS, Carlos; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael (orgs.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. v.2. Madri: Edisofer, 2008, pp. 601-638 e SANCINETTI, Marcelo A.. La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal. **Revista de derecho penal y procesal penal**, n. 4, pp. 583-605, 2010.

tratar de uma discussão impertinente, pois seu critério nada teria a ver com cursos causais hipotéticos. Enquanto o princípio da assunção diz respeito à vedação doutrinária de desobrigar uma pessoa que se comporta ilicitamente em função do comportamento ilícito de outrem, o critério proposto por Greco está ainda discutindo a própria natureza desvalorada do comportamento, ou seja, analisa a existência de um substituto legal para o aporte *a priori* lícito de um indivíduo. Dessa forma, para Greco, seu critério observa a regra doutrinária da irrelevância dos cursos causais hipotéticos, na medida em que não se trata de afastar a responsabilidade de alguém que se comportou ilicitamente com base em algo hipotético, mas sim de verificar se o seu comportamento é lícito. Em outras palavras, para afastar uma proibição como inidônea, o teórico se pergunta sobre a existência de um substituto legal disponível.²⁰²

Vale destacar que o raciocínio proposto por Greco deve ser construído contextualmente e sobre o caso concreto e, para que se reconheça concretamente a idoneidade da norma, exige-se que o serviço ou bem que seria prestado possua um substituto efetivamente à disposição para o autor, de modo que a recusa em seu fornecimento não acarretaria sequer um atraso relevante do plano do autor. O que se percebe dessa construção teórica é que a inidoneidade da proibição depende da ubiquidade do aporte causal que possibilita ou favorece o delito, ou seja, a contribuição deverá ser acessível no caso concreto a tal ponto que a recusa da prestação não acarrete dificuldades para o autor. Assim, em última análise, a natureza ubíqua da prestação será um requisito negativo do desvalor da ação.

O próprio teórico demonstra então o seu raciocínio tomando o serviço de transporte prestado por um taxista como exemplo. Rotineiramente, essa forma de transporte é um serviço facilmente acessível, de forma tal que a eventual recusa de um taxista, dotado de conhecimentos especiais, em transportar um autor que planeja realizar uma série de furtos, apenas o levaria a recorrer ao segundo carro na ordem da fila do ponto de táxi. Contudo, se essa recusa do taxista ocorresse em uma noite de Réveillon em que são escassos os táxis à disposição pela cidade, já não se poderia dizer que há uma efetiva disponibilidade de carros. Dessa forma, no caso concreto, tornar-se-ia idônea a

²⁰² GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 98.

proibição, haja vista que a recusa do motorista proporcionaria efetiva melhora ao bem jurídico.²⁰³

Na sequência, Greco apresenta dois elementos que excepcionam o critério de exclusão proposto. Em primeiro lugar, a inidoneidade da norma é reconhecida apenas quando os conhecimentos especiais são obtidos ao acaso pelo agente cujo aporte favorece ou possibilita o fato principal.²⁰⁴ Em contraposição, os conhecimentos especiais adquiridos de modo não casual operariam como um indicativo do especial esforço do agente em contribuir para o fato principal, situação em que deve ser mantida a proibição. Observe-se que, embora o raciocínio sobre a idoneidade da proibição ocorra no plano do desvalor do risco, ou seja, nas situações em que já se encontra confirmada a criação do risco e superada a questão dos conhecimentos especiais, Greco retoma a questão cognitiva, atentando-se à tomada de conhecimentos por quem presta a contribuição para determinar também o desvalor do risco. A segunda hipótese em que se afasta o critério proposto consiste nos casos em que se encontrem indícios concretos sobre a situação em si, os quais seriam objetivamente perceptíveis por qualquer substituto. Nessas hipóteses, a proibição permaneceria idônea para a finalidade de proteção de bens jurídicos. Isso porque, a presença perceptível desses indícios tornaria um desafio para o autor encontrar um substituto disposto à sua realização.²⁰⁵

Em resumo, a teoria proposta por Greco parte do princípio da proteção de bens jurídicos para construir uma interpretação restritiva do tipo objetivo da cumplicidade, de modo a excluir a punibilidade de certas “ações neutras”. O fundamento para essa exclusão seria a inidoneidade de sua proibição, que se consolida em um critério de aferição da permissão do risco: a relevante melhora da situação do bem jurídico. Noutros termos, o critério da inidoneidade confere substância à eficácia negativa do risco permitido, que

²⁰³ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). *In*: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 99.

²⁰⁴ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). *In*: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 99.

²⁰⁵ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). *In*: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 100.

opera na exclusão de proibições inócuas, que não proporcionam relevante melhora à situação do bem jurídico.²⁰⁶

Vale observar que o princípio da proteção de bens jurídicos é fundamento de todo direito penal liberal.²⁰⁷ Trata-se de um princípio que fundamenta a idoneidade de toda norma penal, não tendo uma aplicação restrita à participação por meio de ações neutras.²⁰⁸ Dessa forma, normas inócuas e meramente simbólicas, as quais não são capazes de desencadear qualquer melhora para o bem jurídico serão questionáveis independentemente de terem por objeto a participação ou, mais especificamente, as ações neutras. O próprio teórico reconhece que o princípio da idoneidade atravessa a todo o sistema da teoria do injusto, operando como um filtro sobre os casos cuja proibição não é eficaz para a proteção do bem jurídico. Dessa forma, enquanto um princípio abstrato universalizável, possui aplicação também na autoria e na instigação, o que se percebe pela não punição da tentativa inidônea e pelos casos de comportamento alternativo conforme ao direito, hipótese em que sequer levaria à diminuição do risco de produção do resultado. Entretanto, Greco entende que o princípio da idoneidade encontraria um campo mais

²⁰⁶ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 61 *et seq.*

²⁰⁷ Note-se, inclusive, que relevante parte da doutrina penal considera ser a proteção de bens jurídicos o fim de todo o Direito Penal. Nesse sentido: ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Roland (ed.) *et al.* **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007; BADARÓ, Tatiana. **Bem Jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014; SCHUNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39; BRODT, Luís Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico. *In*: BRODT, Luís Augusto Sanzo (org.). **Criminalidade econômica em debate**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018, pp.103-118; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico? **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n. 11, v. 7, pp. 293-335, 2001. Em uma perspectiva um pouco distinta, tomando a proteção de bens jurídicos como legitimação secundária do Direito Penal: KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 95, v. 20, pp. 85-95, 2012.

²⁰⁸ Sobre o bem jurídico e a idoneidade de proibições, vale mencionar a obra recente de Humberto Souza Santos, na qual o teórico propõe um método trifásico para a verificação de legitimidade de normas penais. Em uma primeira fase seriam identificados os comportamentos fora das esferas imponderáveis e intocáveis da autonomia das pessoas; em uma segunda fase seria analisada a existência de um bem jurídico merecedor de proteção penal e, por fim, na terceira fase, é analisada a idoneidade da norma penal. O raciocínio de Santos, embora se aproxime ao de Luís Greco, se desenvolve em uma fórmula sutilmente diferente. Para Santos, “a conduta é proibida porque sua prática é idônea para violar o bem jurídico protegido, na forma de rebaixamento do âmbito de oportunidades que tal bem jurídico confere ao seu titular” (SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 202). Não obstante a diferença da formulação de Santos, nos parece ser possível dizer que, *contrario sensu*, a proibição da sua prática proporcionaria uma melhora na situação do bem jurídico. No entanto, outras leituras mais amplas podem também ser empreendidas, razão pela qual optamos por manter aqui a adoção da fórmula de Greco, a qual nos parece um pouco mais restritiva.

extenso na cumplicidade, cuja estrutura melhor permitiria sua efetivação – haja vista a existência de um terceiro já decidido a praticar o fato.²⁰⁹

Não obstante essa abrangência do critério proposto por Greco, a maior precisão conferida por ele à idoneidade é de extrema importância para a questão das ações neutras, funcionando como uma específica consolidação interpretativa do princípio de proteção de bens jurídicos no âmbito da participação. Por essa razão, como será desenvolvido à frente, o critério integrará a proposta adotada no presente trabalho como um dos marcos para as bases de nossas conclusões. Apesar de sua relevância, a proposta merece também algumas considerações críticas: i) a proposta apoia-se de modo excessivo na natureza ubíqua do aporte; ii) o argumento é de um forte consequencialismo, sem que se delimite com precisão os aspectos deontológicos do problema das ações neutras; iii) o teórico busca o fundamento para a restritiva punição de ações neutras, quando, em verdade, o problema está no fundamento de punição da participação.

Em primeiro lugar, passa-se a uma análise mais detida sobre a excessiva concentração do critério na natureza ubíqua do comportamento (i). Conforme já apontado anteriormente, na medida em que o critério tem por fundamento a efetiva disponibilidade de um substituto ao alcance²¹⁰, adota a ubiquidade como seu alicerce. Trata-se de uma característica atribuída às ações neutras enquanto grupo de casos por uma série de teóricos, a qual, entretanto, não é suficiente para abarcar a todo o problema.

Esse critério se torna inaplicável frente a bens e serviços escassos, situação que comumente se verifica na sociedade pós-industrial, baseada em estruturas organizacionais e arranjos industriais voltados para a flexibilidade e para a inovação. Desde a difusão de modelos pós-fordistas de produção²¹¹, a tendência do mercado é caracterizada por “um

²⁰⁹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 143-146.

²¹⁰ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 142.

²¹¹ Enquanto no sistema fordista a produção industrial se organizava de forma vertical e cada empresa buscava dominar todo o processo de produção de determinada mercadoria, os modelos posteriores se caracterizam por uma maior flexibilização, o que aumenta a interação de fornecimento entre empresas em cadeias complexas de produção. Intensificam-se as trocas entre sujeitos e empresas, cenário em que o estudo da participação, especialmente por meio de ações neutras, adquire especial relevância. Nesse sentido: “A abordagem japonesa envolveu a coordenação da mudança intraindustrial, das ligações intersetoriais e interempresariais, e do espaço público-privado de forma a permitir que o crescimento ocorresse de maneira holística e direcionada. O modelo japonês, que foi uma alternativa ao verticalizado modelo “fordista” de produção nos Estados Unidos, caracterizado pela rigidez e pela relação tensa entre sindicatos e trabalhadores e direção das empresas, gerou um fluxo mais sólido de conhecimento e competências na economia, o que proporcionou uma vantagem às empresas japonesas, estruturadas horizontalmente e flexíveis.” (MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. par. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfólio-Pinguim, 2014, p. 70.). E ainda: “Setores específicos, como eletrônica, foram muito visados, e a inovação organizacional adotada pelas empresas

processo de constante diferenciação entre as empresas, baseado em suas diferentes capacidades para inovar devido a rotinas internas e competências diferentes [...]”.²¹² O movimento de inovação e especialização da produção é acompanhado por uma economia crescentemente personalizada e sob demanda, o que coloca natureza ubíqua de muitas relações negociais em questão.

Enquanto o critério de Greco parece perfeito quando aplicado ao caso do fornecimento de pão por um padeiro, ele não é suficiente para a análise em mercados mais complexos, nos quais se dá a criminalidade econômica, muitas vezes caracterizados por bens e serviços não tão disponíveis em razão do alto grau de especialização, bem como por uma relação direta de contratação entre as partes.

Pense-se por exemplo em mercados monopolizados como o de petróleo e seu maquinário, os mercados altamente especializados de *softwares* e extração mineral. Nas situações em que esses bens e serviços funcionam como meio para a realização de um delito, em razão de sua escassez, proibir o seu fornecimento provavelmente representaria efetiva melhora para a situação do bem jurídico, tornando as condutas concernentes ao seu fornecimento e prestação puníveis segundo o critério da idoneidade. A título de exemplo, pense-se o caso de crimes ambientais por meio da utilização de especializadíssimo maquinário para extração de xisto, negociado entre os representantes legais das empresas – muitas vezes produzido inclusive sob medida para o modelo e condições do negócio. Proibir o seu fornecimento provavelmente levaria à uma efetiva melhora da condição do bem jurídico frente ao risco de um uso delitivo dessas máquinas pelo contratante para a eventual extração ilegal. A proibição, contudo, traz consigo a

japonesas incorporou um sistema de produção *just in time* e de “qualidade total” (necessário para evitar desperdício e capacidade ociosa, e lidar com falta de recursos naturais no Japão) que foi aplicado a uma grande variedade de setores econômicos com grande sucesso”(MAZZUCATO. Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. par. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfólio-Pinguin, 2014, pp. 69-70).

²¹² MAZZUCATO. Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. par. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfólio-Pinguin, 2014, p. 65. Observe-se ainda que os economistas defensores de uma teoria evolucionária consideram a inovação um fator central para a própria sobrevivência das empresas. Assim, Para a teoria evolucionária, a tomada de decisões das empresas no mercado não se orienta simplesmente para a maximização de lucros. Um olhar minucioso permite identificar uma estrutura de mercado competitiva mais complexa, na qual a sobrevivência das empresas é submetida a uma contínua seleção pelo mercado. Conforme a teoria, o modelo capitalista funciona como “uma engrenagem de mudanças progressivas”, tendo muitas vezes por resultado a formação de campos monopolistas ou compostos por poucas firmas. (NELSON, Richard R.; WINTERS, Sidney G. **An evolutionary Theory of economic Change**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, pp. 39 e 280, tradução livre). De forma semelhante, Lundvall aponta para a inovação como característica inerente ao capitalismo moderno, a qual é fundamental para a própria competitividade e sobrevivência de empresas, o que “resulta em novos produtos, novas técnicas, novas formas de organização e novos mercados” Lundvall, Bengt-Åke (org.). **National Systems of Innovation**: towards a theory of innovation and interactive learning. Londres: Anthem Press, 2010, pp. 08-09, tradução livre.

consequência negativa de cercear a liberdade na comercialização do produto, em razão de sua exclusividade, ou de admitir a delegação de uma pesada carga de deveres de *due diligence* sobre o âmbito de organização alheio. Tampouco é possível recorrer a uma solução subjetiva para o caso, não apenas pelas críticas já levantadas a essas propostas, como também em razão do fato de que a participação em um contexto empresarial é relevante e merece atenção justamente nas hipóteses em que há conhecimentos especiais pelos dirigentes. Inclusive, vale pontuar que não raro determina-se entre as disposições estatutárias de uma empresa a necessidade da participação de Diretores para que sejam firmadas certas transações, impondo-se o dever conjunto de assinatura de contratos de elevado valor, bem como que se conceda poder a membros do conselho de administração para a aprovação de determinados negócios²¹³, de modo a potencializar a verificação dos conhecimentos especiais sobre eventuais desvios.

O avançar da tecnologia de ponta por meio de pesquisa e desenvolvimento tem gradualmente introduzido no dia a dia da população bens e serviços exclusivos e de reduzido acesso, ampliando a diversidade de alternativas na forma como cada um se organiza. *Startups* criam produtos que entram em circulação de modo experimental e que trazem consigo inúmeras utilidades. Dentre elas, possivelmente, o uso delitivo. Entretanto, essa extensão da proibição a título de participação para atingir aqueles que estão apenas desenvolvendo suas atividades sem se vincularem objetivamente a qualquer plano delitivo parece ser uma proibição insuportável em uma sociedade democrática, regida por parâmetros como a liberdade, igualdade, livre iniciativa dentre outros.

Observe-se que nem sequer é necessário ir tão longe para que o critério exclusivamente concentrado na ubiquidade das ações se torne incômodo. Basta retomar o exemplo de Greco sobre a disponibilidade de táxis na noite de Réveillon para que se coloque em questão o critério, na medida em que representa proibição cujo desvalor seria fundamentado de modo fortuito ou meramente circunstancial. Não que os elementos circunstanciais não possuam relevância, mas é necessário ir além na fundamentação do desvalor de comportamentos, de modo a justificar-se a restrição da liberdade. Da mesma forma, a aplicação do critério ao caso 5 demonstra a sua insuficiência. Na situação descrita, o Procurador P, pelo azar de ter sido alocado em um município pequeno no qual não compartilha o cargo com outros colegas, será responsabilizado penalmente, o que não ocorreria se agisse da exata mesma forma e estivesse alocado na capital, cercado de outros

²¹³ Nesse sentido: ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018. p. 430.

procuradores prontos para exercer sua profissão e sem os mesmos conhecimentos especiais de P. Assim, a determinação do desvalor de sua conduta depende de uma externalidade que não parece ser constitutiva de um dever penal específico em face de P.

Há ainda mais um problema no critério fundamentado apenas na ubiquidade. Da mesma forma em que essa característica é observada no serviço ou bem em questão, é também característica do próprio agente que presta esse serviço ou fornece o bem. Assim, o raciocínio de ubiquidade é transposto para a própria figura do cúmplice, o qual é considerado por Greco, “em princípio, substituível”²¹⁴. A partir dessas considerações, o teórico excepciona a aplicação de seu critério na participação nas hipóteses em que a contribuição se direciona a um fato principal sobre o qual possam ser observados indícios concretos de sua conformação delitiva, perceptíveis não apenas pelo interveniente em questão, mas também a todos os potenciais cúmplices substitutos. Ou seja, o critério de inidoneidade deixará de ser aplicado nas situações em que “o próprio fato principal apresentar uma qualidade objetivamente suspeita que torne arriscado conseguir um cúmplice substituto”.²¹⁵⁻²¹⁶

Essas considerações se tornam problemáticas na medida em que o teórico passa a tratar de sua relação também com a autoria, afirmando que esse requisito fundamentaria

²¹⁴ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal: quatro estudos**. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 97

²¹⁵ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal: quatro estudos**. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 103.

²¹⁶ Para a melhor compreensão do critério, vale aqui apresentar o exemplo trabalhado por Greco acerca desse critério, justamente com o julgamento pelo Bundesgerichtshof do caso 5 StR 468/12, objeto de seu artigo mencionado na nota anterior. Conforme descreve o teórico: “[...] o acusado, enquanto administrador de uma empresa prestadora de serviços financeiros, pôs seus serviços à disposição de outros dois acusados, cujo modelo de negócios se baseava nas chamadas “vendas negativas”. Em call centers, realizavam-se chamadas telefônicas a vítimas, preferencialmente pessoas de idade mais avançada. Com a intenção de proceder a débitos automáticos de suas contas, as vítimas eram levadas a fornecer seus dados bancários, sob o pretexto de que teriam anteriormente fichado contratos de jogos de sorte/azar. Por solicitação dos dois agentes principais, cujos comportamentos forma objeto de um processo penal à parte, a empresa do acusado procedeu a débitos segundo o procedimento de débito automático. Chamou a atenção do acusado o fato suspeito de que uma lata quantidade de clientes bloqueava os débitos (o que o titular da conta tem o direito de fazer, observado um pequeno prazo).” (GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal: quatro estudos**. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 85-86). Greco considerou a quota excessiva de débitos bloqueados como um concreto indício ligado à coisa, de modo a evidenciar que “se tratava de uma facilitação de atos principais ilícitos”. Nesse caso, a recusa em prestar os serviços financeiros proporcionaria relevante melhora na proteção dos bens jurídicos, na medida em que tornaria necessário ao autor encontrar um prestador de serviços disposto a fechar os olhos para essas *red flags*.

justamente a impossibilidade em se falar de uma natureza substituível ou ubíqua em se tratando da figura do autor. Essa conclusão decorreria do fato de que, enquanto nos casos de participação o comportamento do agente principal pode ou não conter indícios de possibilidade de uma violação, essa seria uma circunstância constante na autoria, inviabilizando que se considere um autor substituível. Nesse sentido, na medida em que, para Greco, todo comportamento de autoria ocorreria em circunstâncias em que se verificam, no mínimo, indícios de possibilidade de uma violação, em face a potenciais autores de delitos “uma proibição geral de todo comportamento contendo indícios da possibilidade de uma violação a bens jurídicos será um meio idôneo para proteção desses bens”.²¹⁷ Noutros termos, o que o teórico busca demonstrar é que na autoria não há que se falar em uma fungibilidade ou de uma ubiquidade na figura do autor. O comum é que as pessoas cumpram as normas dispostas no ordenamento jurídico, de modo que agentes dispostos à sua infração não seriam facilmente substituíveis no cometimento de um injusto.

Essa colocação de Greco, analisada de modo mais demorado e considerando a parte especial do Código Penal logo se mostra problemática, revelando-se um raciocínio generalizante sobre a autoria. De fato, na participação se conforma uma estrutura em que o raciocínio de substituição do agente é mais simples, uma vez que na intervenção é sempre possível a ocorrência de um desvio posterior do aporte do partícipe pelo autor, em função de se tratarem de hipóteses em que sempre ocorre uma atuação posterior de um terceiro autorresponsável que executa o fato principal. Mas essa estrutura pode também ocorrer na autoria. Há diversos tipos penais que descrevem um comportamento de intervenção ou de auxílio, funcionando em uma criminalização de condutas que possibilitam ou favorecem injustos principais. Nesse sentido, pode-se apontar, a título de exemplo, os crimes favorecimento pessoal (artigo 348 do Código Penal), favorecimento real (artigo 349 do Código Penal), bem como o delito de “utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública” (artigo 2º, inciso V da Lei n. 8.137/1990). A análise desses tipos penais será retomada em momento posterior.

²¹⁷ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 96.

Vale também chamar atenção para uma segunda razão apresentada por Greco para negar o rendimento de seu critério na autoria: o argumento de que a presença de um autor substituto não alteraria a situação do agente, uma vez que esse será também, a seu tempo, destinatário de uma segunda norma proibitiva. Acreditamos, contudo que também o partícipe substituto é, a seu tempo, destinatário da norma. O que se coloca em questão é a idoneidade ou não dessa norma aos agentes inseridos em determinado contexto. A norma de comportamento – e assim também o tipo penal da cumplicidade – contém deveres de obediência de todos os sujeitos submetidos ao direito, sejam eles autores ou partícipes. Dessa forma, a seu tempo, também o partícipe “substituto” será destinatário de uma segunda norma proibitiva. Afinal, o tipo penal da participação se destina a todo aquele que possa prestar um aporte que possa vir a contribuir ou possibilitar o injusto.

Em continuidade aos apontamentos anteriores, pode-se questionar a orientação unicamente consequencialista da proposta de Greco (ii). O que se percebe é a construção de um critério que se orienta pelo potencial da norma em motivar agentes, ou seja, concentrada no futuro, observando as consequências positivas ou negativas da proibição. Na medida em que o teórico considera que não é idôneo proibir a um comportamento sem que a proibição possa proporcionar uma efetiva melhora da situação de bem jurídico, acaba por submeter a idoneidade da proibição a uma correspondente consequência positiva.

Como visto anteriormente, ao desenvolver o caso dos táxis no Réveillon, ou tratar das escassas padarias que funcionam durante a noite e a madrugada, Greco chega à conclusão de que, nesses casos, a idoneidade da norma prevaleceria, uma vez que se conformaria uma proibição que proporcionaria uma relevante melhora da situação do bem jurídico. Com essas considerações, o teórico termina por propor um tratamento diferenciado – de proibição ou de exclusão da proibição – aos motoristas com fundamento apenas em um raciocínio consequencialista. Não se observa a conduta em sua própria natureza em face do tipo penal da cumplicidade, mas elabora-se um raciocínio de motivação de destinatários da norma orientado ao futuro. Afinal, como anteriormente se apontou, a prestação do serviço de transporte levada a cabo por um taxista em uma noite comum ou na noite de Réveillon é, em si, a mesma. O que se altera é o entorno, caracterizado pela menor disponibilidade de motoristas.

Essa lógica orientada pelo ideal de prevenção possui grande relevância penal, especialmente no sentido de afastar proibições inócuas a partir do princípio da proteção de bens jurídicos. Trata-se mesmo de um dos pontos cruciais de limitação do direito penal,

como aponta Schünemann.²¹⁸ Assim, uma argumentação consequencialista não necessariamente é, em si, negativa. Aliás, conforme Hassemer, é uma característica do direito penal moderno justamente essa aproximação a metodologias empíricas, plasmada uma orientação às consequências, que favorece conceitos melhor embasados na prevenção que na retribuição.²¹⁹ Entretanto, adverte para os riscos em extremar esse raciocínio, subvertendo o fim de limitação exercido pelo princípio dos bens jurídicos em um Direito penal clássico, para torná-lo um princípio cuja eficácia positiva implica em custos como o esvaziamento de requisitos de punibilidade e o enfraquecimento da atribuição individual de responsabilidades.²²⁰ Também o próprio Greco, em um outro estudo, desenvolve uma argumentação crítica ao problemático caráter consequencialista do argumento do bem jurídico, haja vista sua implicação em tornar o liberalismo jurídico-penal “algo empírico-contingente”.²²¹

Além disso, o raciocínio unicamente orientado pelas consequências se revela insuficiente na medida em que se preocupa com as consequências do comportamento, sem ter em conta o desvalor da própria conduta. De fato, o critério proposto por Greco funcionaliza o risco permitido na participação, critério negativo da imputação ao tipo objetivo. Entretanto, não apresenta uma concretização do risco proibido na participação. É preciso ir além de um cálculo de eficiência político-criminal, observando ainda princípios de legitimação, tendo em mente que há direitos imponderáveis, bem como há limites deontológicos à punibilidade de comportamentos. A funcionalização das estruturas penais e a maximização de consequências encontra limites e barreiras outros que devem ser respeitados.²²² A proteção de bens jurídicos somente é possível pela

²¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Trad. par. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 70.

²¹⁹ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003, p. 55.

²²⁰ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003, pp. 62-64. De modo similar: MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal y política criminal en la historia moderna del derecho penal y en la actualidad penal. **Revista Penal**, n. 36, pp. 172-181, 2015.

²²¹ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 82, v. 18, pp. 165-185, 2010, pp. 175-176.

²²² Conforme o próprio Greco considera em outro estudo: “Numa lógica consequencialista, é simplesmente impossível operacionalizar a ideia de que há direitos que operam como trunfos contra qualquer apelo ao bem comum ou como limites colaterais (*side constraints*) à promoção de qualquer fim, pois tais considerações são não consequencialistas, dizem respeito a barreiras que tem de ser respeitadas, e não a consequências que têm de ser maximizadas”. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 82, v. 18, pp. 165-185, 2010, p. 176.

legalidade, ou seja, nos limites da determinação da norma, respeitando-se ainda a culpabilidade.²²³ A verificação desses limites no próprio tipo da participação é, portanto, imprescindível, sendo a norma determinante dos contornos mínimos do risco proibido.

Por fim, passa-se à análise do terceiro problema (iii). Greco busca pelo fundamento que justifique a maior restritividade das ações neutras. O raciocínio, contudo, deveria ser justamente o oposto, afinal, a liberdade é a regra. Nem todo favorecimento causal a um delito cuja proibição seja idônea conforme o princípio de proteção de bens jurídicos encontra subsídio típico. A idoneidade pode ser um critério negativo do risco proibido. Mas o que o conforma materialmente ou positivamente?

O Direito penal cumpre o fim de proteção de bens jurídicos unicamente pela legalidade. E é justamente a determinação legal da participação – e observe-se, da participação e não das ações neutras – que fundamenta uma maior restritividade de sua punibilidade. A determinação dos comportamentos puníveis é determinada normativamente a partir de um juízo de ponderação entre a liberdade e a proteção de bens jurídicos, o qual compete ao legislador. Dessa ponderação resulta o tipo penal, como parâmetro mínimo e essencial a toda e qualquer responsabilização. O tipo é sempre o horizonte de imputação, delimitador da finalidade do Direito penal de proteção de bens jurídicos. Dessa forma, o desvalor do comportamento deve ser analisado com base nas normas positivadas, interpretando-se sistemática e articuladamente aos artigos 13, 29 e 31 da parte geral do Código Penal, juntamente ao respectivo tipo previsto na parte especial. Diante de tais disposições, o desafio se encontra em determinar o conteúdo da participação, que justifica a sua punição. É a essa pergunta que a proposta desse trabalho buscará responder.

Feitas essas considerações, vale ressaltar que, não obstante a pertinência dos questionamentos e críticas aqui esboçados, a proposta de Greco representa um grande avanço para o enfrentamento da problemática das ações neutras, ou, melhor dizendo, à própria determinação de limites mais precisos à atribuição de responsabilidade penal na participação. O critério da idoneidade confere centralidade ao princípio da proteção dos bens jurídicos, fundamento de todo direito penal liberal, estabelecendo um limite consequencialista para a participação punível. Ademais, a proposta confere eficácia e precisão ao risco permitido, enquanto critério negativo de imputação objetiva, que afasta

²²³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Trad. *par.* Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 70.

a aplicabilidade de proibições inócuas. Por fim, a proposta confere relevância à autorresponsabilidade do partícipe, na medida em que eleva seu comportamento a objeto de análise e imputação em função de sua própria relação para com o bem jurídico em questão.

2.5. Conclusões intermediárias

O estudo das diversas propostas para a solução do problema das ações neutras permite verificar que todas encontram um denominador comum: os teóricos que as elaboraram identificam como elemento central para a punibilidade das ações neutras a manutenção de espaços mínimos de liberdade, ou seja, o estabelecimento de uma demarcação limitadora ao Direito penal que respeite esses espaços. Concordam ainda que, se em um direito penal tradicional considerações psicológico-normativas eram suficientes para a abordagem da participação, no direito penal contemporâneo é preciso inserir na teoria do concurso de agentes elementos normativos capazes de melhor delimitar as esferas de responsabilidade, restringindo a amplitude das soluções tradicionais.

A grande parte das propostas é objeto de pertinentes críticas pela doutrina, enfrentando, cada qual, uma série de problemas que comprometem, em alguma medida, o seu rendimento na solução do problema das ações neutras. Não obstante, uma dessas propostas se mostrou proeminente para a delimitação da responsabilidade da participação. Trata-se da proposta de Wolfgang Frisch, a partir da qual a imputação objetiva da participação deve se dividir em dois momentos: o questionamento acerca da idoneidade da proibição do comportamento em questão, seguida da verificação do sentido delitivo da conduta do próprio interveniente. Partindo desses preceitos, adota-se a proposta de Greco, o qual densifica o que se compreende por idoneidade das proibições em relação ao fim de proteção de bens jurídicos como um limite para a configuração típica da participação.

Como visto, entretanto, a proposta trouxe avanços ainda não definitivos, concentrando-se em um critério consequencialista que confere eficácia negativa ao risco permitido, sem que, com isso, estabeleça-se um critério deontológico, fundamentado na própria tipicidade da participação e no conteúdo de sentido do desvalor do risco criado pelo partícipe. Diante disso, adiante, buscar-se-á enfrentar esse particular desafio: a elaboração de um critério objetivo para identificação dos limites do tipo penal da participação.

3. LIMITES DA INTERVENÇÃO DELITIVA E CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO NAS AÇÕES NEUTRAS

A análise do panorama teórico apresentado demonstra que o que está realmente em questão não é um pequeno grupo de casos caracterizado pelo seu aspecto rotineiro, profissional ou cotidiano. Na verdade, o que desafia a doutrina penal moderna é a determinação dos limites de responsabilidade sobre a participação como um todo. Assim, o estudo das ações neutras gradualmente se revela como uma busca pelos limites da própria participação. Afinal, como já precisado, há um equívoco em tratar das ações neutras como um grupo de casos nos quais condutas que não se amoldam propriamente ao tipo penal serão puníveis em determinadas circunstâncias ou não. O que se quer identificar é quando a ação conformará participação e será punível e, em contrapartida, quando a ação será simplesmente neutra e, portanto, impunível.

O desafio em precisar os limites da intervenção no delito deriva de uma combinação de fatores: a) a intervenção no delito se configura a partir da contribuição de uma pluralidade de agentes para um mesmo injusto penal; b) esses agentes são autorresponsáveis; c) é necessário um raciocínio analítico e sistemático para a imputação penal na intervenção, sendo insuficiente o raciocínio formal de subsunção do tipo penal.

A parte especial do Código Penal é composta por tipos cujo modelo tomado para a sua descrição legal é a autoria individual. Nesses casos, a imputação do delito se processa em um raciocínio de subsunção um tanto quanto simples, buscando amoldar o comportamento do agente ao núcleo do tipo. Em outras palavras, trata-se de verificar se a conduta do agente se subsume ao suporte fático descrito na norma. Entretanto, esse raciocínio se complexifica quando o fato decorre da contribuição de um conjunto de agentes autorresponsáveis. Quanto maior a divisão de tarefas para o cometimento de um injusto penal, mais complexa a subsunção dos tipos penais ao comportamento dos agentes. Assim, no concurso de agentes, a lógica verbal do tipo penal se torna um problema, tendo em vista que, quanto mais se dividem as tarefas, menor será a identificação da conduta dos agentes, tomados individualmente, ao verbo típico.

O direito penal em uma sociedade de liberdades encontra suas bases na ideia de autonomia individual e conseqüente autorresponsabilidade. Nesse contexto todos possuem liberdade para determinarem sua própria organização, encontrando como limite apenas os âmbitos de organização de terceiros, aos quais não podem lesar (*neminem laedere*). Na medida em que todos possuem liberdade para se organizarem da forma como determinarem, respondem apenas pelas conseqüências do próprio comportamento e

somente por essas consequências.²²⁴ Trata-se aqui de tratar o indivíduo como um sujeito de direitos, uma pessoa livre, racional e responsável, capaz de se autodeterminar, de conformar o mundo ao seu redor. Dessa liberdade de comportamento decorre a responsabilidade pelas consequências da própria organização, conformando, assim, um sinalagma entre a liberdade de se organizar e a responsabilidade pelas consequências da própria administração. Afinal, “[l]iberdade sem responsabilidade não é liberdade pessoal, senão pura arbitrariedade”.²²⁵

Partindo dessas premissas, o princípio da autorresponsabilidade – ou responsabilidade pelo próprio injusto – determina que cada sujeito só pode ser responsabilizado pelo próprio comportamento.²²⁶ Em outras palavras, o indivíduo é responsável por aquilo que ele próprio realiza e não pela realização de outro sujeito. Dessa forma, o princípio opera como uma limitação do âmbito de responsabilidade de cada sujeito àquilo que faz, ou seja, aos atos próprios.²²⁷ Assim, não basta que se fundamente a autoria, mas também é necessário fundamentar a responsabilidade do partícipe, identificando o desvalor próprio de sua contribuição, o que se torna mais difícil quanto mais se distancie o seu aporte da execução do delito. É justamente a determinação dos limites da participação a pergunta por detrás das discussões em torno das ações neutras e, portanto, é isso que se buscará responder neste trabalho.

²²⁴ Assim: “a área de responsabilidade de cada indivíduo é fundamentalmente limitada a sua própria ação e apenas em circunstâncias especiais inclui a de outros” SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. pp.06 tradução livre. De modo semelhante: LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. pp. 30 et. seq.; Para Robles Planas: “La responsabilidad por la intervención en el delito no surge ni de la responsabilidad del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho por el que hay que responder que existe: el hecho típico”. (ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 17). Nesse sentido ainda, Fernández Ibáñez: “Según este principio, entonces, el ámbito de responsabilidad de cada uno quedará limitado a su propio actuar, de modo que cada sujeto finalmente sólo podrá responder por su propio comportamiento” e “tanto en el caso de conductas principales como accesorias, siempre se responde por el injusto propio y en ningún caso por el ajeno” (FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Editorial Comares, 2006. pp. 21 e 26).

²²⁵ Tradução livre do original: “Libertad sin responsabilidad no es libertad personal sino puta arbitrariedad”. LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 30.

²²⁶ SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p. 06, tradução livre.

²²⁷ Assim: “Según este principio, entonces, el ámbito de responsabilidad de cada uno quedará limitado a su propio actuar, de modo que cada sujeto finalmente sólo podrá responder por su propio comportamiento” FERNANDEZ IBANEZ. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Comares, 2006. p.21, tradução livre. De forma semelhante: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 17.

Da mesma forma que na autoria, o raciocínio de imputação penal da participação deve iniciar-se pela verificação da causalidade, primeiro requisito para a punibilidade do comportamento. Afinal, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa” (artigo 13 do Código Penal). A relação de causalidade, entretanto, orientada pela *conditio sine qua non* não permite uma delimitação em graus, tampouco uma valoração referente ao desvalor do comportamento.²²⁸ Todas as condições colocadas para o resultado são equivalentes. Não obstante, o equivalente valor ontológico entre diversas ações na causação do resultado não significa que devam todos receber o mesmo tratamento pelo Direito penal.

A causalidade é um requisito necessário, mas não suficiente para a atribuição de responsabilidade penal a um sujeito, seja a título de autoria ou de participação. Dessa forma, não basta apenas realizar a imputação do comportamento do autor e, então, atribuí-lo ao partícipe em função da acessoriedade. É preciso ir além para determinar a responsabilidade do partícipe, identificando a relevância penal da sua conduta para que se fundamente a sua punibilidade. Em outras palavras, deve-se identificar o conteúdo de injusto do comportamento que fundamenta seu desvalor penal.

O tipo penal cumpre justamente a função de estabelecer os limites entre a liberdade e responsabilidade no âmbito penal, recortando na realidade aquelas condutas consideradas intoleráveis e, portanto, penalmente relevantes.²²⁹ Assim, o tipo penal determina os comportamentos que não se inserem na ordem social normal, descrevendo o que é necessário proibir para permitir a convivência livre e pacífica entre os cidadãos. Mais do que isso, trata-se da referência legal que estabelece o desvalor de todo e cada comportamento, fundamentando a sua punibilidade em respeito ao princípio da autorresponsabilidade.

Ainda que o raciocínio de subsunção formal aos tipos penais realizados na autoria individual não se mostre tão simples no concurso de pessoas, é necessário ir além na análise de cada contribuição ao delito, observando não apenas a relação de causalidade com o fato, mas compreendendo o comportamento de forma sistemática, conforme os

²²⁸ Assim, Aníbal Bruno: “Da equivalência de condições segue-se a equivalência, em princípio, da responsabilidade de todos os que põem uma condição para que o fato ocorra. E com isso se suprime a existência de categorias aprioristicamente distintas entre os partícipes. O agente é punível, não porque colaborou na ação de outrem, mas porque, com a sua ação ou omissão, contribuiu para que o crime se cometesse”. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 172.

²²⁹ Assim: “Como se sabe, o crime não é qualquer negação de valores, mas a negação de determinados valores, quais sejam, os valores jurídico-criminais”. VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.

requisitos dos anteriormente mencionados artigos da parte geral. É da articulação entre as exigências determinadas por essas normas, no plano do tipo penal objetivo, que se conforma o desvalor do comportamento do partícipe. Esse raciocínio será construído na sequência deste trabalho.²³⁰

3.1. Alocação da solução no tipo objetivo de participação

O problema subjacente a todas as discussões até aqui apresentadas é a identificação dos requisitos que demarcam os limites entre a liberdade e a responsabilidade pela intervenção no delito. A solução para esse problema se encontra no tipo penal, mais especificamente no tipo objetivo, haja vista a sua função de delimitação dos limites externos do permitido e do proibido.²³¹

O tipo penal objetivo, enquanto modelo legal do comportamento proibido, descreve a matéria da proibição. É o tipo penal objetivo que fixa as condições materiais que fundamentam o injusto na norma penal, bem como estabelece o conjunto do que é necessário externamente para a punibilidade do comportamento. Assim, o tipo objetivo é o “instrumento de delimitação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual”.²³²

²³⁰ Vale apontar em nota que o tema objeto desse trabalho é a responsabilidade penal do partícipe. Ou seja, discute-se aqui a imputação do resultado ao partícipe, os fundamentos e limites de sua responsabilidade. Trata-se de uma problemática completamente distinta daquela dos elementos constitutivos do concurso de pessoas. Para além da responsabilidade autônoma dos agentes envolvidos, a identificação do concurso de agentes e, portanto, a incidência do artigo 29 e das causas de aumento dependeria da verificação dos seguintes elementos: a) pluralidade de agentes ou condutas; b) elemento objetivo (relação de causalidade material entre as condutas e o resultado); c) elemento subjetivo (consciência e vontade dos agentes em cooperar para a obra conjunta, liame subjetivo ou vínculo psicológico dos agentes e homogeneidade do elemento subjetivo); d) identidade de infração. Nesse sentido: RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.130. Essa temática é objeto de diversas discussões, podendo-se mencionar a crescente tendência da doutrina à admissão da participação em crimes culposos, bem como à dispensar a necessidade de homogeneidade do elemento subjetivo entre os agentes. Trata-se de tema extremamente complexo, cuja discussão pede por um trabalho inteiro, de modo que não será aqui empreendida.

²³¹ Nesse sentido, o tipo objetivo “[c]ontem todos os elementos que fundamentam o injusto os quais se dão no mundo exterior” (BACIGALUPO, Enrique. **Lineamentos de la teoría del delito**. Buenos Aires: Astrea, 1974. p.34), tradução livre. Do mesmo modo: “A finalidade do tipo objetivo é a determinação abstrata dos limites do que é permitido e proibido: até que ponto a liberdade externa de todo cidadão se estende ou em que ponto termina”. GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, v. 117, caderno 03, pp. 519-554, jan. 2005. p. 537.

²³² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 160. De forma semelhante: “[...] o tipo penal objetivo é, pois, a limitação da atuação do poder punitivo do Estado, mediante a descrição tipológica da conduta proibida”. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 65.

A tipicidade objetiva da conduta pode ser entendida como uma manifestação do conteúdo social do comportamento dos diferentes agentes, a qual denota a sua relevância penal. A relevância penal da conduta está em sua contrariedade à ordem jurídica, de modo que o comportamento típico é aquele que não se enquadra na ordem social normal, de forma tal que jamais poderá ser neutro.²³³ Mediante a descrição tipológica da conduta proibida, o tipo penal objetivo exerce uma relevante função de limitação do poder punitivo de Estado e de individualização de condutas puníveis. É, portanto, a chave para a solução do problema das ações neutras.

Não se pode olvidar a ligação existente entre o objetivo e o subjetivo na análise da tipicidade. A análise em duas etapas, sob um aspecto objetivo e outro subjetivo, é uma opção metodológica consolidada na doutrina, que, desde o finalismo, compreende o tipo penal como uma estrutura complexa.²³⁴ Tal compreensão, entretanto, não nega a inter-relação de ambos os planos, que de forma alguma serão estanques. A bipartição significa apenas que no tipo objetivo será concentrado o foco no aspecto externo do comportamento, e não em aspectos internos ou intenções – em outros termos, fatores volitivos ou emocionais, que serão da alçada do tipo subjetivo.

Vale observar que a própria teoria da imputação objetiva reconhece a importância de fatos subjetivos para a determinação dos aspectos externos do comportamento, uma vez que exige que se leve em consideração os conhecimentos especiais para a prognose póstuma objetiva. Em outros termos, a imputação do tipo objetivo se atenta para identificação retrospectiva da previsibilidade do resultado pelo agente, momento em que os seus conhecimentos especiais são levados em consideração. A relevância desses dados para a delimitação do campo objetivo, contudo, não contraria a divisão metodológica entre tipo objetivo e subjetivo.²³⁵ Isso porque o que se analisa nesse primeiro momento são fatores cognitivos, e não as intenções ou as emoções. Assim entende Luís Greco:

²³³ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 64.

²³⁴ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. pp. 17-18.

²³⁵ Assim, discorda-se da crítica elaborada por Regis Prado e Carvalho, os quais entendem que: “O que a teoria da imputação objetiva desconhece é que tipo objetivo e que tipo subjetivo não podem operar de forma isolada e desconcordante. Essa ignorância é fatal. A doutrina finalista, porém, vislumbra corretamente o tipo objetivo e o subjetivo como uma unidade indissolúvel (injusto pessoal), e que tão-somente por razões didático-metodológicas são analisados separadamente.” PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Ciências Penais**, v. 3/2005, pp. 81 – 110, jul./dez. 2005. p. 10.

A perspectiva externa do fato objetivo, independente da psíquica do agressor, é apenas o resultado da atribuição: a ação factual objetiva é sempre uma ação proibida em sua dimensão externa, independentemente da existência de qualquer condição psicológica e, principalmente, da intenção. Mas fatos subjetivos podem muito bem ser considerados relevantes como um pré-requisito para essa atribuição, sempre e onde for necessário e legítimo acessar o conhecimento e outros fatos subjetivos, a fim de determinar os limites do que é proibido e permitido externamente.²³⁶

Dessa forma, os conhecimentos especiais referem-se antes uma realidade objetiva, ou seja, são eles um fator considerado para a determinação dos limites externos do comportamento. Em última análise, eles conformam-se como uma grandeza objetiva, “atinentes ao aspecto externo do fato”.²³⁷ A questão dos conhecimentos especiais será retomada à frente. Por ora, realizadas essas considerações, retoma-se a análise do tipo objetivo.

O tipo penal objetivo é também um “subsistema” complexo²³⁸ composto por uma série de elementos: a ação, o nexo de causalidade, o resultado e a imputação objetiva – dentre outros, como as qualidades especiais do sujeito ativo ou passivo, modo, meio de execução objeto material, circunstâncias de tempo e lugar etc. Como se pode observar sem maiores dificuldades, os primeiros três elementos estão presentes no comportamento de contribuição para o injusto em todos os casos tomados como referência para o problema das ações neutras no presente trabalho, de modo que não permitem solucionar a questão.

Em todos eles identifica-se uma ação de intervenção no delito (*e.g.* a venda de uma faca; a realização de um pagamento; o fornecimento de maquinário e serviços; a elaboração de um parecer; a prestação de serviços de advocacia; e o apoio político para indicação e manutenção no cargo). Essa intervenção, à luz da *conditio sine qua non*, possui nexo de causalidade com o resultado (*e.g.* a faca vendida foi utilizada pelo autor para o homicídio no caso 1; o montante do pagamento foi empregado na compra da arma utilizada para o homicídio no caso 2; o maquinário especializado empregado para a coleta de dados necessários à elaboração dos relatórios de estabilidade no caso 3; o parecer jurídico fundamentou a dispensa da licitação no caso 3; o apoio político foi determinante para a indicação e manutenção do Diretor em seu cargo no caso 6). E, como evidenciado

²³⁶ GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), v. 117, caderno 03, pp. 519-554, jan. 2005. p. 537.

²³⁷ GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 89.

²³⁸ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116.

nos exemplos, há também um resultado delitivo, evidente na realização do fato principal pelo autor (*e.g.* desde a morte da esposa de A no caso 1, até a corrupção passiva cometida pelo diretor no caso 6).

Dessa forma, resta buscar a solução na imputação objetiva. A imputação objetiva reúne uma série de critérios normativos no plano do tipo, os quais são necessários para que se possa atribuir o resultado ao agente como obra sua. Em outros termos, “o que a imputação objetiva faz é reunir toda uma série de critérios normativos, excludentes da tipicidade”.²³⁹ Esse instituto complementa a compreensão do desvalor do tipo penal, concretizando o princípio da autorresponsabilidade no caso concreto. Conforma-se como um processo de análise da normatividade da conduta diante de sua tipificação penal, buscando estabelecer o seu desvalor intrínseco, por meio de critérios concentrados na ideia de risco. Toda verificação da tipicidade objetiva é balizada pela ideia de risco, como “vértice do procedimento e ponto de interseção entre a finalidade do direito penal e a subsidiariedade da intervenção jurídica”.²⁴⁰

De modo simplificado, a imputação objetiva dispõe que o preenchimento do tipo penal e a conseqüente imputação de um resultado ao agente como obra sua somente ocorrerá quando o seu comportamento criar um risco não permitido para o bem jurídico, realizando-se esse risco no resultado concreto.²⁴¹ São, portanto, três os pressupostos centrais da imputação objetiva, necessários para a configuração do comportamento típico: a) a criação de um risco; b) a desaprovação jurídica do risco criado; c) a realização desse risco no resultado.²⁴²

²³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ¿Qué es la imputación objetiva? **Estudios penales y criminológicos**. n. 10, pp. 167-185, 1987. p. 175.

²⁴⁰ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 150.

²⁴¹ Nesse sentido, a delimitação de Luís Greco: “Objetivamente atribuível é apenas um comportamento que cria um perigo não autorizado para um bem jurídico, que é então realizado na lesão.” Tradução livre do excerto original: “[...] *Objektiv zurechenbar ist nur ein Verhalten, das für ein Rechtsgut eine unerlaubte Gefahr schafft, die sich dann in einer Verletzung verwirklicht.*” GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, v. 117, caderno 03, pp. 519-554, jan. 2005. p. 519. Vale observar que a essa definição busca abranger a imputação objetiva de forma mais ampla e geral. Diferentes autores acrescentam a essa definição outros pressupostos, criando variações sobre as linhas gerais da imputação. A título de exemplo, Roxin agrega à sua teoria da imputação objetiva o critério do alcance do tipo, consubstanciado no *topos* do fim de proteção da norma, os quais são alvo de grandes controvérsias doutrinárias. Para maior aprofundamento, *c.f.*: ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. n. 38, v. 10, pp. 11-31, 2002. Aqui optou-se por essa definição mais simplificada, não apenas por sua maior abrangência como também por sua suficiência para a resolução do problema das ações neutras.

²⁴² Como se percebe, os três pressupostos da imputação objetiva se orientam pelo conceito de risco. Trata-se, portanto, nas palavras de Marina Araújo, do conceito normativo que constitui o “cerne da sistemática teleológica na aplicação da tipicidade objetiva”, ou o “vértice” do procedimento da imputação objetiva.

Os dois primeiros pressupostos determinam o desvalor da ação, enquanto o último deles determina o desvalor do resultado.²⁴³ Dessa forma, tendo em vista que o problema enfrentado ao se tratar da responsabilidade por ações neutras é justamente o desvalor da ação, interessa verificar se, nesses comportamentos, há a criação de um risco e se esse risco é juridicamente desaprovado. Observe-se que os pressupostos da imputação objetiva devem ser analisados em cada caso concreto e precisam ser identificados na ação do próprio agente para que se configure o tipo penal objetivo da cumplicidade. Ou seja, não se trata de transferir o desvalor do injusto do autor para o partícipe, mas sim de identificar no próprio comportamento do partícipe cada um dos pressupostos normativos da imputação objetiva, como indicativos do seu desvalor intrínseco, para que se possa lhe responsabilizar objetivamente pelo resultado.²⁴⁴ A ausência de um desses pressupostos terá por consequência a exclusão da tipicidade objetiva da ação de contribuição ao fato principal.

Seguindo essa ordem de análise, a imputação objetiva da participação se inicia com o questionamento: o comportamento do partícipe representa a criação de um risco para o bem jurídico?

A resposta a esse primeiro questionamento é, usualmente, respondida a partir de uma análise de prognose póstuma objetiva²⁴⁵ (ou prognose objetiva posterior²⁴⁶), que busca descrever as circunstâncias que envolvem o fato e os limites do risco no momento do acontecimento. Para verificar se determinada ação representa a criação de um risco, analisa-se se um observador, na mesma posição em que o agente se encontrava antes do fato, o consideraria arriscado. É nesse ponto da imputação objetiva que os conhecimentos especiais, como anteriormente mencionado, ganham relevância. A situação é arriscada quando, em uma perspectiva *ex ante*, a figura de referência, usualmente um homem prudente, dotado dos conhecimentos superiores do agente, os conhecimentos especiais,

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 150.

²⁴³ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 12 *et seq.*

²⁴⁴ Mais precisamente, conjugando o que foi até aqui exposto, a configuração do tipo penal da participação requer uma ação, um resultado, um nexo de causalidade entre ambos e a criação de um risco proibido que se realiza no resultado. De forma semelhante a proposta de Lopez Peregrin para a aplicação da imputação objetiva na participação: “*Dicha peligrosidad constituye un elemento propio de la figura del cómplice, no derivado del injusto del autor*”. LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 233.

²⁴⁵ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 22 *et seq.*

²⁴⁶ Assim a forma utilizada por ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 80.

identifique na conduta a possibilidade de um dano ao bem jurídico. Em síntese, a prognose póstuma objetiva requer a previsibilidade objetiva do risco no caso concreto, a partir de uma perspectiva anterior à ação. Consiste em analisar se um homem prudente, dotado de conhecimentos especiais, em um momento anterior à ação, consideraria ela perigosa, identificando a possibilidade de uma lesão ao bem jurídico.

A melhor compreensão dos conhecimentos especiais para a determinação do risco pode ser observada a partir de um exemplo. Tomando o caso 1 como referência, no qual A pede a seu amigo B uma faca de churrascos emprestada. Em um domingo ensolarado, em que A se encontra munido de carvão e peças excepcionais de bife ancho, um homem prudente não vislumbraria uma possibilidade de dano a um bem jurídico, mas tão somente um delicioso churrasco. Contudo, no caso 1, B possuía conhecimentos superiores, pois A lhe havia revelado o seu plano. Assim, nesse momento anterior, identificaria como arriscada a conduta de lhe emprestar uma faca, tomando em consideração a possibilidade que sua ação possibilite ou contribua para a lesão de um bem jurídico.

Na realidade, o que se percebe é que as situações relevantes de ações neutras, como as tomadas como referência de partida desse trabalho, são caracterizadas por um agente dotado de conhecimentos especiais. Isso porque é justamente nas hipóteses em que se faz presente a criação de um risco, dotando o agente de conhecimentos especiais, que a participação se conforma como um caso limítrofe e, portanto, de desafiadora resolução.

São justamente situações limítrofes que orientam o presente trabalho, de forma tal que, em todos eles, a análise da prognose póstuma objetiva irá encontrar uma resposta positiva para o questionamento sobre a criação de um risco. Em cada um dos casos apresentados de partida, há a criação de um perigo pela ação que possibilita ou favorece o fato principal, tendo em vista que, em cada um dos casos, o agente possui alguma medida de conhecimentos especiais, a qual lhe permitiria identificar a possibilidade de uma lesão ao bem jurídico resultante de sua contribuição. Nesse sentido, no caso 2, A tem conhecimento do plano de B de utilizar o dinheiro pago em função da dívida para a compra de uma arma a ser empregada no homicídio de C. No caso 3, o Sócio-gerente da Sondas Ltda tomou conhecimento sobre a conduta ilegal dos diretores de M. No caso 4, o Advogado A tomou conhecimento dos planos delitivos dos Diretores da Empresa E, bem como dos ex-conselheiros por eles contratados. Da mesma forma, no caso 05, o Procurador possui conhecimento das relações familiares entre o Prefeito e profissionais

da Empreiteira contratada. No caso 6, o Deputado Federal X sabia que Y realizava atos de corrupção na Estatal e que revertia parte desse valor para o seu partido.

Entretanto, nem todo aquele cujo comportamento cria um risco relevante que se realiza no resultado deve ser responsabilizado. Resta ainda um pressuposto a ser analisado. Como se demonstrou pela análise dos casos trazidos como referência para orientar esse estudo, a contribuição para o fato principal, em todos eles, cria um risco para o bem jurídico. Entretanto, esse risco é juridicamente desaprovado?

Antecipa-se aqui que é nesse ponto do processo de imputação que se encontrará a solução para o problema das ações neutras, razão pela qual sua análise se desenvolverá em um tópico próprio, permitindo maior aprofundamento. Assim, na sequência, será densificado o que conforma o risco proibido no tipo penal da participação, desenvolvendo a proposta resultante do trabalho realizado a partir de dois critérios: a) a idoneidade da proibição, fundamentada na ideia de uma efetiva melhora para o bem jurídico, conforme propõe Luís Greco; b) o sentido delitivo do comportamento, à luz das exigências dos artigos 29 e 31 do Código Penal, que determinam que o comportamento deve significar um ato de concorrer, mais precisamente, de “auxiliar”. Adiantando as conclusões que serão alcançadas, propõe-se a exclusão do sentido delitivo, com o reconhecimento da permissão do risco criado, quando o comportamento apresentar uma utilidade legítima.

3.2. O desvalor do risco na imputação ao tipo objetivo da participação

Superada a verificação sobre a criação de um risco pelo comportamento do agente que possibilita ou favorece o injusto de terceiro, passa-se à valoração do risco criado, afinal, nem toda conduta arriscada conforma a tipicidade objetiva. O desvalor do risco criado por um comportamento, conforme os parâmetros do sistema penal, é analisado, por um lado, a partir de um critério negativo, o risco permitido, e, por outro, a partir de um critério positivo, o próprio conteúdo do risco proibido.²⁴⁷ Ambas as facetas do desvalor do risco possuem um papel central na determinação da participação punível.

²⁴⁷ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 323-327; JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 4ª ed. Trad. par. André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54; GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 37 *et seq.* e 61 *et seq.*; MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Trad. par. Ricardo Breier. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, v. 13, p. 173-201, 2005; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, n. 12, pp. 139-163, 2004.

Quanto ao risco permitido, trata-se da permissão de atuar de modo perigoso, sob determinadas circunstâncias. Embora determinado comportamento seja precisamente uma ação perigosa, por ajustar-se às normas estará permitido. A bem da verdade, conforme pontua Manfred Maiwald, o risco permitido é um conceito formal, que resume formalmente categorias dogmáticas e estruturas normativas que se apresentam em diferentes manifestações.²⁴⁸ Ou seja, o risco permitido possui uma função sistemática de reunir as hipóteses em que comportamentos perigosos terão seu desvalor excluído.²⁴⁹ Entretanto, é necessário identificar materialmente as razões para essa exclusão em cada hipótese dogmática e identificar critérios que determinem a exclusão do desvalor em determinadas categorias dogmáticas.²⁵⁰

No caso da participação no delito, o critério do risco permitido da participação por ações neutras foi densificado por Luís Greco e será adotado no presente trabalho como um de seus marcos teóricos.²⁵¹ Assim, será desenvolvido a seguir o critério negativo do risco permitido, conforme funcionalizado por Greco, o qual funcionará excluindo as proibições inidôneas de comportamento. A partir do princípio de proteção dos bens jurídicos, afasta-se a idoneidade de normas proibitivas as quais se revelem inócuas para a proteção desses bens.

No que concerne ao risco proibido, mostra-se imprescindível a análise das proibições determinadas pela lei penal como o limite inarredável entre o comportamento punível e impunível. Uma vez que o ordenamento jurídico determina a proibição tão somente de comportamentos penalmente relevantes, os limites da tipicidade penal determinam o conteúdo do proibido, limitando a atuação do direito penal na proteção de

²⁴⁸ No mesmo sentido, Greco afirma que o risco permitido “nada mais é que um conceito formal, no sentido de apenas fornecer uma denominação comum para todos os casos em que, apesar de se criar um risco, ele não acaba sendo desaprovado pelo ordenamento jurídico”. GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 61-62.

²⁴⁹ MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del derecho penal. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, 1/2, v. 2, pp. 145-165, 1996. p. 149. De forma semelhante, Gimbernat Ordeig entende que “*Lo que la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad (...)*”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Que és la imputación objetiva? **Estudios penales y criminológicos**, n. 10, pp. 167-185, 1987. p. 175.

²⁵⁰ MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del derecho penal. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, 1/2, v. 2, pp. 145-165, 1996. p. 165.

²⁵¹ GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019; GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 72 *et seq.*; e GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.136 *et seq.*

bens jurídicos aos limites da legalidade. Se o risco produzido se encontra para além das margens do tipo penal da participação – por mais tênues que sejam tais margens –, ou seja, dentro dos parâmetros do permitido pela ordem jurídica, o comportamento jamais se conformará como um injusto penal, ainda que efetivamente representem risco ao bem jurídico.

De fato, todo conceito jurídico-penal deve desempenhar determinada finalidade político-criminal.²⁵² Entretanto, para além de um aglomerado de conceitos jurídicos que desempenham funções, o Direito penal se organiza de forma sistemática, conformada pela legalidade, que estabelece os limites da intervenção penal, conferindo-lhe racionalidade.²⁵³ Dessa forma, para a punibilidade da participação, não basta uma razão consequencialista, mas é também necessário que se indique a presença do seu fundamento deontológico: a determinação legal do tipo penal da participação. Afinal, o fundamento da proibição ou o “dano social” encontra sua base na lesão da norma, devendo “ser afastada na hipótese de observância da proibição penal”.²⁵⁴

Nesse sentido, o tipo penal da participação configura-se quando é identificado um aporte causal, que cria um risco proibido para o bem jurídico à luz do princípio da idoneidade, cumpridas as exigências normativas compreendidas pelos artigos 29 e 31 do Código Penal brasileiro. Mais do que simplesmente causar o resultado desvalorado, conforme a disposição do artigo 29 do Código Penal, o partícipe concorre para o resultado. Dessa forma, não é qualquer contribuição causal que conforma a participação, mas aquela que objetivamente possa ser compreendida como um ato de concurso, ou seja, que porte em si inequívoco sentido delitivo. Como se verá adiante, esse é o ponto nevrálgico do presente trabalho, cuja proposta buscará desenvolver o conceito de sentido delitivo do comportamento do partícipe, densificando o conteúdo material do risco proibido da participação. Voltar-se-á a essa análise quando da tomada de posição.

Assim, dando seguimento à imputação de responsabilidade a título de participação, inicialmente será apresentado o critério do risco permitido, conforme funcionalizado por Greco. Na sequência, será analisada a precisão típica dos limites do

²⁵² ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. par. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do direito penal**. Trad. par. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. pp. 250-257.

²⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Trad. par. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 45.

risco proibido, ou seja, os limites colocados na norma que constituem o desvalor do risco, extraindo da norma as razões materiais pelas quais não se pode atuar perigosamente. Nesse ponto alcança-se o centro do presente trabalho: o estudo do risco proibido da participação.

3.3. Idoneidade da proibição como critério negativo que consolida o risco permitido

Como visto anteriormente, alcançado o nível de imputação do risco, dentre as teorias analisadas, sobressai-se a proposta de Luís Greco, que consolida a função negativa do risco permitido na participação, na medida em que lhe confere substância a partir do critério da idoneidade. Segundo esse critério, uma norma proibitiva somente seria idônea na medida em que sua obediência acarrete uma melhora na situação do bem jurídico tutelado. Desse modo, o comportamento do interveniente será considerado conforme o risco permitido quando verificar-se que sobre ele incide tão somente uma proibição inócua, ou seja, uma proibição que, quando obedecida, não apresenta como consequência uma melhora relevante para a situação do bem jurídico.

Tomando por base o princípio jurídico-penal da proteção de bens jurídicos, em uma perspectiva funcional de direito penal, entende-se que somente são consideradas idôneas as proibições que proporcionem uma significativa melhora para a condição do bem jurídico. *Contrario sensu*, são inidôneas as proibições inócuas, as quais, em razão da ubiquidade que caracteriza a grande parte das ações neutras, apenas causaria a modificação do curso principal pelo autor ao buscar o aporte de outro indivíduo não dotado de conhecimentos especiais.

Entretanto, Greco parece ir além, extraindo como decorrência do critério desenvolvido para o risco permitido consequências com as quais não se pode concordar de pronto. O teórico compreende que, da perspectiva do tipo objetivo, “haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto”.²⁵⁵ Ou seja, busca conferir ao critério da idoneidade não apenas uma eficácia negativa, no sentido de exclusão da proibição, mas também uma eficácia positiva, constitutiva do risco proibido.

²⁵⁵ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 143.

Discorda-se dessa conclusão, na medida em que ela acaba por confundir os efeitos das diferentes facetas da imputação ao tipo objetivo – o risco permitido e o risco proibido –, restringindo seu potencial na delimitação e atribuição de responsabilidades. Ademais, essa conclusão acaba por restringir o fundamento da punição da participação unicamente por razões orientadas às consequências, sem que se aprofunde em seus fundamentos deontológicos. Afinal, nem todo comportamento que cria um perigo para o bem jurídico é penalmente relevante, ainda que, por sua omissão, a situação para o bem apresentasse uma relevante melhora. Desse modo, adota-se aqui a proposta de Greco enquanto critério que densifica e funcionaliza o risco permitido em sua eficácia negativa, ou seja, como critério negativo de imputação que funciona afastando proibições inidôneas.

Compreende-se aqui que a proibição inidônea, na medida em que não desencadeia qualquer melhora para a situação do bem jurídico, representaria uma limitação à liberdade sem uma correspondente finalidade político-criminal. Em outras palavras, a obediência a essa proibição não teria qualquer utilidade para a proteção de bens jurídicos e, portanto, afastar-se-ia da finalidade do direito penal. Frente a esse descolamento entre a norma e sua finalidade, a análise do risco permitido terá eficácia afastando normas proibitivas inócuas e, com isso, o desvalor do comportamento.

Em um funcionalismo teleológico, orientado político-criminalmente, entende-se que todo conceito da teoria do delito deve cumprir uma determinada função político-criminal, devendo ser construído da forma que melhor atenda a essa função. Nessa lógica, a ideia de idoneidade, como uma forma de precisar e consolidar o potencial restritivo da finalidade de proteção de bens jurídicos na participação, é de grande importância. Como visto, o critério confere grande precisão prática ao raciocínio da ofensividade ou lesividade para o bem jurídico no plano da participação.

O princípio de proteção de bens jurídicos é parte do núcleo central da tradição penal liberal, cujo papel negativo possui grande valor para um direito penal de *ultima ratio*. Nessa perspectiva, o princípio permite estabelecer critérios que “evitam intervenções e intrusões disfuncionais”²⁵⁶, ampliando o controle sobre a intervenção penal. Ao desenvolver um estudo sobre os fundamentos do Direito penal Econômico, Hassemer apresenta as vantagens em valer-se da teoria do fim de proteção de bens jurídicos nessa seara, indicando que tal princípio possui o importante papel de orientar a

²⁵⁶ HASSEMER, Winfried. El fundamento del derecho penal económico. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135., 2013. p. 124.

punibilidade a interesses concretos. Em outras palavras, o critério cumpre um papel empírico, na medida em que a intervenção penal passa a se justificar apenas diante um problema concreto que deva ser enfrentado por meio da intervenção penal, sendo ainda necessário demonstrar que não existem outros meios, além do direito penal para a sua resolução.²⁵⁷ Nesse sentido, no atual marco de desenvolvimento da ciência penal, o princípio de proteção de bens jurídicos cumpre uma função sistemática central, funcionando como “critério negativo de criminalização”²⁵⁸, ou seja, como mais um critério limitador para o Direito penal.²⁵⁹

Há, contudo, que sinalizar para a problemática transformação da ideia de proteção de bens jurídicos no Direito penal Moderno, em que, de um princípio negativo, converte-se em um princípio positivo de criminalização. O problema se amplia na medida em que a prevenção se torna o “paradigma dominante” do Direito penal, que passa a se orientar para as consequências. Em seu diagnóstico crítico sobre a dialética da Modernidade, Hassemer chama atenção para o fato de que “o fim parece consagrar gradativamente os meios”.²⁶⁰ Segundo Hassemer, esse fenômeno traz consigo inúmeros custos problemáticos, como a ampliação do injusto, um certo esvaziamento de requisitos de punibilidade, um arrefecimento do controle a partir de exigência de critérios dogmáticos racionais e, ainda, a diminuição em determinados âmbitos das “sutilezas” da imputação individual.²⁶¹

Em atenção a esses perigos, reforça-se que o papel do critério da idoneidade como adotado no presente trabalho é funcionalizar a eficácia negativa do risco permitido, enquanto critério de imputação objetiva. Nesse plano, o princípio da finalidade de proteção de bens jurídicos, como fundamento para o critério da idoneidade da proibição, é aqui retomado em sua concepção liberal clássica, exercendo uma função sistemática como critério negativo para uma criminalização legítima. Ou seja, adota-se o princípio de proteção de bens jurídicos em uma perspectiva reduzida ou relativizada, em que “uma

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. El fundamento del derecho penal económico. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135., 2013. p. 124.

²⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003. p. 57.

²⁵⁹ Observe-se que os autores retromencionados não negam ao bem jurídico algum papel no Direito Penal, apenas colocam em questão ser este instituto a função do Direito Penal.

²⁶⁰ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003. p. 58.

²⁶¹ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003. pp. 62-64. De modo similar: MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal y política criminal en la historia moderna del derecho penal y en la actualidad penal. **Revista Penal**, n. 36, pp. 172-181, 2015.

conduta que ameaça a um bem jurídico é a condição necessária, mas não suficiente para criminalizar essa conduta”.²⁶²

Sob essa ótica, a limitação à liberdade estabelecida por uma proibição que se vale da intervenção penal como resposta ao seu descumprimento somente será idônea na medida em que proporcionar uma relevante melhora para a condição do bem jurídico. Toda proibição ou mandado penal implica em uma ingerência sobre a liberdade geral de ação, e uma ingerência que se vale da pena como coerção.²⁶³ O princípio dos bens jurídicos funciona como uma barreira inicial, a qual torna ilegítima a ingerência inócua. A bem da verdade, chamando atenção para o caráter integral da vida jurídica, a preocupação com a proteção de bens jurídicos não pertence apenas ao Direito penal, mas consiste em interesse da ordem jurídica como um todo. Assim, de acordo com as possibilidades, diferentes searas cumprem a tarefa de protegê-los. No entanto, a proteção desses bens, especialmente por meio do direito penal, em função de sua especial gravidade, não pode se justificar como um fim em si mesma, sem que proporcione uma finalidade legítima admitida pelo direito²⁶⁴, no caso, a proteção de bens jurídicos.²⁶⁵

A partir desse fundamento, o risco permitido passa a ser determinado pela função de exclusão de proibições inócuas, as quais, não obstante obedecidas pelo agente, não são capazes de proporcionar uma melhora para o bem jurídico, mas apenas alguma mudança no curso dos fatos. Em outros termos, “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”.²⁶⁶ Não se exige o salvamento do bem, repita-se, mas uma significativa melhora em sua situação. As proibições que não cumprem com a finalidade legal que lhes serviria de lastro acabam por perder sua legitimidade, representando uma restrição pura e simples de liberdades.

²⁶² Tradução livre do excerto original: “Una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta”. HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 12, 45/48, pp. 275-285, 1989. p. 278.

²⁶³ HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 63-74, 2005. p. 70

²⁶⁴ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. pp.84-85.

²⁶⁵ GRECO, Luís. **As razões do direito penal: quatro estudos**. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 95; HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: **Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 63-74, 2005. p. 70.

²⁶⁶ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 142-143.

Importante ainda ressaltar que a análise da idoneidade das proibições deve ser desenvolvida sobre as circunstâncias objetivas do fato. Os conhecimentos especiais já foram considerados na determinação da criação do risco e serão novamente analisados no tipo subjetivo, não devendo influenciar a análise sobre a melhora ou não para a situação do bem jurídico.²⁶⁷ Em especial considerando a ubiquidade e disponibilidade das chamadas ações neutras, basear a proibição no fator subjetivo – ainda que cognitivo – tornaria inócua a proibição. Seus efeitos não protegeriam o bem jurídico, apenas exigindo que o autor principal opte por obter o que precisa a partir de um terceiro que desconheça seus propósitos. A proibição deve se voltar para a questão objetiva do sentido delitivo de modo a ter por objeto o incremento de risco ao bem jurídico, independentemente da aquisição aleatória ou intencional de conhecimentos especiais.²⁶⁸

Os elementos subjetivos – quer se adote uma compreensão cognitiva ou volitiva – voltarão a apresentar relevância quando da imputação ao tipo subjetivo, funcionando no sentido de afastar a tipicidade das condutas que não se subsumirem ao dolo. Contudo, não são o fundamento de punição do partícipe, nem o elemento definidor da ação neutra como penalmente relevante. Afinal, busca-se aqui analisar o comportamento em seu aspecto normativo objetivo, pautado na idoneidade da norma como forma de refinamento da análise típica, delimitada pelo princípio de proteção de bens jurídicos. O aspecto subjetivo deve ser retomado apenas em um segundo momento, tendo relevância para a imputação dos fatos individualmente, após a definição de sua entrada no mundo jurídico.

A análise da idoneidade da norma, ou seja, de sua capacidade de cumprir a finalidade legal que lhes fundamenta é analisada em cada situação, potencializando a individualização de responsabilidades e um direito penal mais próximo à realidade. Tendo

²⁶⁷ E nesse ponto note-se mais uma diferença sobre a compreensão de Greco, que, como visto anteriormente, retoma a análise dos conhecimentos especiais para afirmar que, caso a sua obtenção não se baseie no acaso, deve ser considerada idônea a proibição. Discorda-se aqui de simplesmente tornar sem efeito o critério com base apenas em um elemento cognitivo que nada tem a ver com uma melhor ou pior condição para o bem jurídico, ou seja, um fator externo que não possui relação com o critério em si. Além de afastar-se do próprio critério sem um bom fundamento para isso, retomar os conhecimentos especiais sob o aspecto da forma como são obtidos parece conduzir a um direito penal do autor. Isso porque a própria situação do bem jurídico deixa de ter relevância conforme a maior proximidade ou intimidade entre os envolvidos, que leva a uma maior comunicação sobre planos e intenções, sem que com isso a situação fática em nada se altere. Como o próprio teórico parece desenvolver seu argumento, a tomada de conhecimentos de forma não eventual e aleatória simbolizaria um esforço considerável para com o fato (GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. par. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p.99). Observe-se que não se está a questionar a natureza subjetiva ou objetiva dos conhecimentos especiais. Não é essa a questão que vem ao caso. O que se questiona é o “porque” em retomar aqui a forma como esse elemento cognitivo é obtido.

²⁶⁸ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 306.

a idoneidade da norma por horizonte, analisa-se o caso concreto, verificando a ubiquidade do aporte do agente a partir da constatação a disponibilidade concreta de um substituto efetivo, cujo comportamento inteiramente lícito permitiria ao autor realizar seu plano sem um atraso relevante. Presente um substituto efetivo à disposição do autor, o cumprimento da proibição pelo agente que adquiriu conhecimentos especiais não proporcionaria qualquer melhora para o bem-jurídico, de modo que a proibição de comportamento é inidônea, devendo ser excluída pelo critério do risco permitido. Diferentemente, na hipótese em que, diante da recusa do agente dotado de conhecimentos especiais em lhe fornecer o aporte necessário, o autor encontraria dificuldades em encontrar o aporte de que necessita, deverá ser considerada idônea a proibição. Isso porque, no caso, a norma que proíbe a contribuição do terceiro, uma vez obedecida, proporciona uma melhora para o bem jurídico, não sendo afastada pelo risco permitido.

Não obstante a central relevância da verificação de uma finalidade legítima para a proibição penal sob o prisma da proteção de bens jurídicos, há que se ter em mente que “nem toda perda de um bem [...] é valorada pelo direito como uma perda juridicamente relevante”.²⁶⁹ Em outros termos, nem todo favorecimento causal a um delito cuja proibição seja idônea conforme o critério aqui adotado encontra subsídio típico. Como aponta o próprio Greco, “nem tudo o que é conveniente é correto. Os fins não justificam os meios. É preciso averiguar se o tratamento que nos convém dispensar ao autor não acaba por instrumentalizá-lo e desrespeitá-lo como pessoa. Noutras palavras, é preciso encontrar ainda uma razão de ordem deontológica para a punição”.²⁷⁰⁻²⁷¹ Assim, por mais que o tipo se encontre numa área de conflito entre a finalidade e a taxatividade legal, a interpretação judicial não pode ultrapassar o limite semântico da norma, sob pena de se incorrer numa inadmissível analogia.

A proteção de bens jurídicos somente ocorre dentro dos estreitos limites estabelecidos pelo tipo penal, os quais são determinados na norma penal levando em consideração diversos outros interesses de uma sociedade de liberdades. Embora a

²⁶⁹ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. par. Pablo rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. pp. 44-45.

²⁷⁰ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). **Líber amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 892.

²⁷¹ Até mesmo porque, “[...] o caráter consequencialista da teoria do bem jurídico, [...], dá margem à justificação de quaisquer condutas pela demonstração, sempre possível, das ofensas indiretas que dela decorram para bens jurídicos ou para outras pessoas” HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 155, v. 27, pp. 51-70, 2019. p. 63.

orientação consequencialista possui um papel central na delimitação da atribuição de responsabilidades, o fundamento de punibilidade do comportamento necessariamente deve encontrar uma razão deontológica, única forma pela qual a intervenção penal se faz legítima. Em suma, é necessário ir além de considerações consequencialistas, para que se identifique o que se considera especialmente reprovável no comportamento dos agentes, defrontando o comportamento com a norma em busca de seu desvalor. A idoneidade é um importante critério negativo, que afasta o risco proibido. Mas o que o conforma positivamente? Quais seriam esses limites legais impostos pelo tipo penal?

É a essas perguntas que se buscará responder na sequência.

3.4. O conteúdo do risco proibido: sentido delitivo do comportamento de cumplicidade

Verificada a idoneidade da proibição, há que se avançar na análise de imputação objetiva, buscando-se as bases para a delimitação segura do comportamento penalmente relevante de participação face aos limites legais do tipo penal da participação. É preciso tomar a proibição como ponto de partida, para que, a partir dela, se identifique a relação de sentido delitivo presente no próprio comportamento do partícipe. Afinal, auxiliar, mais do que simplesmente causar, significa “intervir no fato com um sentido de contrariedade à norma”.²⁷²

Um relevante setor da doutrina alcança conclusão semelhante sobre a necessidade de buscar empreender uma análise objetiva sobre o comportamento do partícipe o seu desvalor. Esse setor usualmente emprega o termo “referência de sentido delitivo”, “relação semântica delitiva”, “inequívoco sentido delitivo”, dentre outros, para expressar justamente os critérios e métodos que adotam para a identificação desse desvalor.²⁷³ Embora pareçam chegar a conclusões semelhantes, o consenso desaparece no momento de consubstanciar o que se entende por sentido delitivo, cada um dos autores compreendendo-o de diferente forma.

Assim, antes de aprofundar sobre o desenvolvimento próprio do conceito, convém preceder a análise apresentando um breve panorama da doutrina que emprega o

²⁷² Tradução livre do excerto: “Tomar parte, auxiliar o cooperar significa entonces, jurídicamente hablando, intervenir en el hecho con un sentido de contrariedad a la norma”. YACOBUCCI, Guillermo J. Intervención en el delito y conducta neutral. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 615-627. p. 617.

²⁷³ ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito**: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 281.

sentido delitivo como um critério interpretativo de imputação. Dentre seus mais expressivos representantes destacam-se Günther Jakobs, Claus Roxin, Maria del Carmen Lopez Peregrin e Wolfgang Frisch.

3.4.1. *Sentido delitivo em Jakobs*

Um dos teóricos que emprega em sua teoria um conceito de sentido delitivo é Günther Jakobs. Como visto anteriormente, o autor compreende que o Direito penal cumpre uma finalidade de proteção da identidade normativa de uma sociedade, de modo que o desvalor jurídico-penal do comportamento de um interveniente se encontraria na expressão de sentido comunicativamente relevante de defraudação das expectativas normativas que conformam o seu papel.²⁷⁴ O desvalor jurídico penal de um comportamento estaria na expressão de sentido pelo agente que toma uma postura de “um não reconhecimento da norma”²⁷⁵, que se expressa no comportamento como uma defraudação à ordem vigente.

Essa compreensão do sentido delitivo é analisada a partir de modelos ou papéis esperados socialmente do interveniente e “vigora inclusive quando a planificação delitiva de outra pessoa é evidente, e isso porque se trata de casos em que um comportamento invariavelmente considerado carece de significado delitivo”.²⁷⁶ Independentemente de aspectos subjetivos, desejos e intenções do agente, o fundamento para a sua responsabilidade penal encontra-se no aspecto objetivo de seu comportamento, o qual conforma-se ou não ao esquema normativo que lhe incumbe, ou seja, conforma-se ou não ao seu papel. O papel que incumbe a um agente resulta de um processo comunicativo, conformado não apenas pela expressão de sentido pelo agente, mas também pela compreensão do comportamento pelo intérprete, a partir de um esquema social de interpretação. Consistem em modelos de conduta embasados em expectativas sociais sobre determinado indivíduo, o qual possui liberdade para organizar-se conforme essas expectativas.²⁷⁷

²⁷⁴ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 71

²⁷⁵ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 74

²⁷⁶ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. par. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013. p. 29.

²⁷⁷ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) **La prohibición de regreso en derecho penal**. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia,

Tomando esses modelos por horizonte, entende-se que o perigo gera uma responsabilidade penal quando conforma um risco não permitido, ou seja, uma quebra do papel do agente, rompendo as expectativas sobre o comportamento que dele se espera. Não havendo a quebra de um papel – e das expectativas que o fundamentam –, não há que se falar em responsabilidade penal. Limita-se, portanto, a responsabilidade do agente aos limites de suas competências, enquanto critério normativo resultante da atribuição normativa. Assim, o sentido delitivo corresponde à defraudação de um modelo social de expectativas normativas, o papel do interveniente, que expressa um não reconhecimento ou uma ruptura frente a vigência da norma.

Para além da capacidade de evitação, para a atribuição de sentido delitivo a um comportamento, Jakobs exige a verificação de uma específica relação entre o sujeito e o resultado, relação essa que tem por fundamento a atribuição da causação ao âmbito de responsabilidade do agente. A partir do momento em que o interveniente passa a definir seu próprio comportamento conforme o plano do autor, ou adapta sua esfera de organização ao injusto, dissolvem-se as barreiras de seu papel, passando seu aporte a apresentar sentido delitivo.

Aplicando essa construção em uma análise específica sobre a participação, Jakobs testa sua proposta em quatro grupos de casos. Inicialmente, afasta o sentido delitivo nas hipóteses em que o interveniente e o terceiro não possuem nada em comum, tampouco o aporte apresenta alguma comunicação para com o autor, que o desvia para um fim delitivo de forma arbitrária. Da mesma forma, não se verifica o sentido delitivo nas hipóteses em que autor e interveniente possuem algo em comum, mas sem que a planificação do autor encontre qualquer expressão no aporte, ou seja, situações em que, dada a ubiquidade do aporte, este não representa um risco especial. Para o teórico, nesses dois primeiros grupos de casos, o interveniente manteve-se conforme o seu papel, não devendo ser objeto de responsabilização, salvo a existência de eventual dever especial que o constitua garante.²⁷⁸

1998, pp. 93-140. p. 127. Nesse sentido ainda: “isso não pode ser feito utilizando-se exclusivamente a antecipação psicológica individual de cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de que se conheça geralmente a existência de tais acontecimentos psicológicos individuais que produzem tal combinação: essa vinculação somente se obtém aplicando um esquema de interpretação e a configuração determinante desse esquema deriva da construção a sociedade, e não de uma compreensão exclusivamente individual”. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. par. André Luís Callegari. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 70

²⁷⁸ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 4ª ed. Trad. par. André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 62-69

A esses casos Jakobs acrescenta ainda duas hipóteses, nas quais entende ser possível que se verifique o sentido delitivo e, com isso, que se responsabilize o interveniente como partícipe. A primeira delas se trata das hipóteses em que autor e interveniente possuem algo em comum, cujo conteúdo vem acompanhado de um inerente uso ulterior perigoso (*e.g.* o fornecimento de armas que precisam de licença), situações em que, usualmente, há uma vinculação normativa a um dever cujo descumprimento leva à responsabilidade em comunhão para o resultado. Por fim, verifica-se o sentido delitivo também no quarto grupo de casos em que o partícipe conforma seu comportamento para que se adeque ou se amolde ao contexto delitivo.²⁷⁹

As dificuldades trazidas pelo sentido delitivo centrado no conceito de papéis foram apresentadas no segundo capítulo desse trabalho (2.2.2) e podem ser observadas na tentativa de resolução do caso 6, proposto no princípio desse trabalho. A atuação de membros do legislativo na composição dos quadros do poder executivo, com o apoio político a indicações a cargos dificilmente será encontrado em uma norma jurídica que lhe atribua essa competência. Não obstante, trata-se de uma atuação naturalizada e comum no modelo presidencialista de coalizção adotado no Brasil. Determinar se o apoio envidado pelo Deputado Federal X encontra-se conforme às expectativas sociais sobre o seu comportamento dependerá do olhar do julgador, que identificará essas expectativas na norma ou na práxis e ideário comunicativo social. Pode-se ir além na crítica caso se admita que é a *praxis* que determina as expectativas sociais: em determinado Estado que vivencie um contexto político de grande ceticismo sobre a ética e atuação isenta de políticos, poder-se-ia afirmar como uma quebra de expectativas uma atuação orientada à corrupção?

A opção por um conceito normativo-formal de papéis também traz consigo desafios. Especialmente em contextos marcados por uma maior divisão de tarefas, como a atividade empresarial, a adoção de um conceito formal de garante traz consigo o risco de responsabilização de sócios e diretores decorrente da ocupação meramente formal de uma posição na cúpula de empresas, cuja designação em estatutos, organogramas, documentos societários, dentre outros, não corresponda à real distribuição de funções no âmbito do Conselho ou Diretoria. Da mesma forma, em um quadro de governo, em um partido, em um escritório de advocacia etc. – em suma, a grande parte dos casos trazidos como referência para esse trabalho –. Não basta a determinação formal de deveres e

²⁷⁹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 4ª ed. Trad. *par.* André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 62-69

competências, é preciso que se identifique a assunção fática de posições de controle e poder na empresa para que possa ser atribuída responsabilidade penal a um agente, pressuposto esse que conforma o fundamento material que legitima a resposta penal.²⁸⁰

3.4.2. *Sentido delitivo em Roxin*

Conforme analisado no segundo capítulo (2.4.1), Claus Roxin divide a sua teoria sobre as ações neutras em dois eixos. Nas hipóteses em que o agente possui conhecimentos especiais, a solução se encontra no critério da relação semântica delitiva, enquanto nas situações em que o agente não possui conhecimentos especiais, mas conta com intenções delitivas do autor, deve-se solucionar o problema pela aplicação do princípio da confiança. O presente tópico se destina ao aprofundamento da análise sobre o primeiro grupo de casos, buscando compreender o que Roxin entende por sentido delitivo.

Nos casos em que o interveniente possui conhecimentos especiais, entende Roxin que a punibilidade do comportamento que favorece ou possibilita o injusto principal depende da verificação do sentido delitivo do comportamento do autor. Serão puníveis as contribuições do interveniente para uma ação principal delitiva e neutras aquelas contribuições para uma ação principal legal, em si mesma útil, que se converte posteriormente pelo autor em um injusto penal a partir de sua resolução autônoma. Tendo em vista que o interveniente possui conhecimentos especiais, seu aporte será neutro apenas quando favorecer uma conduta principal não delitiva, que posteriormente é convertida pelo autor no pressuposto de uma nova conduta, dela independente.²⁸¹

Por essa construção, Roxin parece compreender o aporte neutro como uma contribuição indireta para o fato principal, intermediada por uma ação legal do autor que, posteriormente converte sua própria ação legal em pressuposto do injusto penal. Nesses termos, o comportamento neutro representaria uma contribuição a uma ação legal que

²⁸⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 168.

²⁸¹ ROXIN, Claus. Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. Trad. *par.* María Teresa Castiñera Palou. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pp.155-178. p. 177. Da mesma forma interpreta Greco na medida em que assim descreve a teoria de Roxin: “Nos casos em que o partícipe sabe do plano do autor principal, a contribuição será punível, se – e apenas se – dotada de sentido delitivo. Esse sentido delitivo estará presente quando a ação principal tiver, em si, natureza delitiva”. GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 82.

será convertida novamente em pressuposto de uma nova conduta. Em contraposição, a participação punível consistiria na contribuição que se orienta ao fato principal, reconhecendo o interveniente que, para o autor, o único fim de seu aporte será a facilitação ou a viabilização do injusto.

Em suma, Roxin consolida sua ideia de sentido delitivo da participação exigindo que a prestação demonstre inequívoca relação semântica delitiva ou referência de sentido delitivo (“*deliktischer Sinnbezug*”), o que se verificaria quando a prestação fosse útil ao autor apenas sob o pressuposto do crime planejado, dado esse conhecido pelo interveniente. Estaria ausente a relação semântica delitiva quando a contribuição se direcionasse a uma ação lícita que por si só já seja útil e conveniente ao autor, a qual, todavia, ele transforma em condição de um comportamento delitivo independente a partir de sua resolução criminosa autônoma.

Como indicado anteriormente, a grande relevância da construção teórica de Roxin está em relacionar a ausência de sentido delitivo ao desvio arbitrário pelo autor e admitir situações de restrição da punibilidade do aporte, não obstante os conhecimentos especiais. Além disso, a teoria apresenta contribuição relevante na medida em que introduz a ideia de utilidade ao tratar das condutas realmente neutras: aquelas que favorecem uma ação legal, tomada em si mesma como útil, a qual é então convertida em pressuposto para uma conduta delitiva pelo autor. Noutros termos, trata-se de verificar se, quando da prestação de seu aporte, analisando a conduta principal para a qual sua contribuição se destina, o interveniente identifica uma conduta lícita por parte do autor. Assim, poderíamos apontar como exemplo o famoso caso da fabricação de cigarros através de velhas máquinas.²⁸² Para melhor compreender a proposta de Roxin, imaginemos aqui o comportamento de fornecer ao autor maquinário antigo para a fabricação de cigarros. A ação principal de fabricar os cigarros pelo autor é uma ação útil. No entanto, eventual evasão fiscal por parte de seu produtor tornaria esse ato de fabricar

²⁸² O caso (Str 56/17) é analisado minuciosamente por Hans Kudlich, que parece alcançar nesse ponto de seu texto resultados similares aos de Roxin, embora prefira trabalhar com a ideia de criação de interesses jurídicos e de sua violação à ideia de uma utilidade delitiva. Assim, o teórico trabalha inicialmente hipótese de se considerar auxílio a criação de um interesse jurídico posteriormente violado. Analisando caso de sonegação fiscal pela comercialização de cigarros, especificamente a figura do auxílio pelo fornecimento de velhas máquinas de produção de cigarros, Kudlich aponta que o mero fato de fornecer matéria prima ou formas de produção do crédito tributário, do produto objeto de um interesse jurídico nada tem de ilícito. Isso seria diferente se o aporte do agente se vinculasse especificamente com a evasão fiscal, visando habilitá-la e não simplesmente a criação do crédito fiscal. Cf. KUDLICH, Hans. *Jenseits des Schraubendreher-Handels- neutrale Beihilfe in Fällen des „richtigen Lebens“*. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 231-243. pp. 235 *et seq.*

em um pressuposto para a conduta delitiva. O fornecimento do maquinário seria então inteiramente permitido, uma vez que contribui para uma ação em si mesma útil e apenas posteriormente convertida pelo autor.

Entretanto, a proposta de Roxin tampouco permite responder de forma sólida às perguntas anteriormente levantadas acerca do desvalor da participação. Isso decorre do fato de que a proposta se volta para o desvalor objetivo apenas do comportamento do autor, desvalor esse que é atribuído ao partícipe em função de seus conhecimentos especiais.²⁸³ A bem da verdade, deve-se inclusive notar que a teoria acaba por apresentar um alcance extremamente limitado. Para o teórico, o sentido delitivo é critério que se aplica apenas quando o partícipe possui conhecimentos especiais e é justamente por ter esse conhecimento que se permite extrair o desvalor do comportamento do autor e atribuí-lo ao interveniente.

O teórico exige que o comportamento principal possua em si natureza delitiva, mas acaba por deixar em segundo plano o injusto do partícipe. Assim, o problema central da proposta de Roxin está em seu direcionamento ao sentido delitivo do comportamento do autor, o que não contribui para solucionar a questão que aqui se coloca, que é o desvalor do comportamento do partícipe em si. Embora o teórico percorra um caminho próximo ao desenvolvido nesse trabalho para a imputação de responsabilidade na participação, compreendendo tratar-se a cumplicidade punível de um incremento causal juridicamente desaprovado do risco de um resultado típico, no momento de fundamentar o desvalor do risco do comportamento do partícipe Roxin não se debruça sobre as características externas e objetivas do aporte do interveniente, tampouco confronta sua manifestação ao tipo da participação. Em lugar de analisar o desvalor da própria conduta do partícipe, Roxin volta-se para o injusto do autor e dele extrai o desvalor do aporte do interveniente, conforme o grau de conhecimentos que este possua. Em última análise, a proposta acaba por fazer a punição depender em excessiva medida do estado subjetivo do interveniente, sem considerar suficientemente os efeitos objetivos do seu agir.

Crítica semelhante é desenvolvida por Kindhäuser o qual aponta que, embora Roxin trabalhe com a ideia da semântica delitiva, acaba por vincular sua análise ao aspecto subjetivo, ainda que sob uma perspectiva cognitiva, desconsiderando-se aqui

²⁸³ A mesma interpretação sobre a proposta de Roxin é feita por Robles Planas, conforme o seguinte excerto: “Según Roxin [...] una conducta de cooperación tiene ‘referencia de sentido delictiva’ cuando sin el hecho delictivo la aportación no tiene ningún otro sentido para el autor”. ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 281.

fatores volitivos. Objetivamente, o que importa é o comportamento principal, quanto ao partícipe o que importa é seu aspecto cognitivo em relação ao fato. Caso seus conhecimentos especiais identifiquem uma conduta principal útil, legal ou legitimamente proveitosa, tem-se uma ação neutra. No entanto, o aporte perde seu caráter neutro “ao incluir-se conscientemente em um contexto delitivo”.²⁸⁴ Ou seja, para Roxin, a utilidade está associada ao plano do terceiro, ou seja, à planificação do autor. A análise sobre os aspectos subjetivos do comportamento é também importante para limitar a responsabilidade por meio de restrições da imputação subjetiva. Entretanto, antes disso, deve estar muito bem definida a matéria da proibição por critérios objetivos, que deixem “suficientemente claros os pressupostos objetivos sob os quais um comportamento deva ser visto como auxílio proibido”.²⁸⁵

Assim, diante dos argumentos críticos ante expostos, conclui-se não ser satisfatória a proposta esboçada por Roxin. Não obstante, não podem ser ignorados os avanços que a sua percepção traz, os quais contribuirão para as conclusões alcançadas no presente trabalho. Como se verá à frente, o presente trabalho buscará analisar o sentido delitivo de forma objetiva e analisada em relação ao próprio comportamento do partícipe. Esse conceito será mais bem consubstanciado pelo critério da utilidade, embora aplicado onde este de fato importa e é viável: sobre o agir do “cúmplice”.²⁸⁶

3.4.3. Finalidade delitiva em Lopez Peregrin

Maria del Carmen Lopez Peregrin desenvolve um relevante estudo sobre a imputação objetiva na participação, no qual se debruça sobre o desvalor do comportamento do próprio partícipe. Para a teórica, a contribuição punível do cúmplice não apenas deve ser uma contribuição causal, mas deve representar a criação de um risco desvalorado de favorecer a comissão do delito pelo autor ou de um incremento mediato

²⁸⁴ Tradução livre de trecho do seguinte excerto: “*No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano*”. ROXIN, Claus. Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. Trad. par. María Teresa Castiñera Palou. Em: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pp.155-178. p. 177.

²⁸⁵ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. par. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014, pp. 133-134.

²⁸⁶ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. par. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014, p. 132.

do risco para o bem jurídico protegido. Em outros termos, a teórica entende que a tipicidade objetiva da participação se conforma pela “1) criação de um risco não permitido de favorecer a conduta antijurídica do autor que 2) se traduz efetivamente em um favorecimento causal a esta”.²⁸⁷ Lopez Peregrin também vincula sua análise sobre o risco permitido a um critério de idoneidade vinculado à proteção de bens jurídicos, exigindo até esse ponto a causalidade, previsibilidade e “idoneidade da conduta para favorecer a lesão de um bem jurídico”²⁸⁸. A teórica destaca a relevância em identificar o desvalor do perigo criado pelo comportamento do próprio cúmplice, o qual se extrai de sua finalidade. Será punível a contribuição que não possua uma finalidade autônoma, em contrapartida, será atípico aquele aporte que apresente um fim autônomo ou um sentido em si mesmo.

A proposta de Lopez Peregrin muito se aproxima dos resultados que serão alcançados no presente trabalho, apresentando alguns pontos de discordância. O primeiro deles se encontra na opção pela ideia de “finalidade” do comportamento como densificação do que se entende por sentido delitivo. Esse critério, diferentemente da utilidade, é um critério subjetivo, vinculado ao fim que motiva a ação do interveniente. Em outras palavras, “A finalidade, no sistema jurídico-penal, confunde-se com a dolosidade”²⁸⁹ e “na finalidade que orienta o comportamento da pessoa humana não há possibilidade de nenhuma censura ou reprovação”²⁹⁰. A univocidade ou equivocidade de finalidades mais se aproximaria de uma análise do tipo subjetivo, demarcando o elemento subjetivo como dolo direito de primeiro grau, dolo direito de segundo grau, dolo eventual e culpa.

Em contrapartida, como à frente será demonstrado, a utilidade é um dado fático e objetivamente observável. Em contraposição, a verificação de uma utilidade unívoca delitiva ou de uma pluralidade de utilidades se conforma em um critério objetivamente auferível, ainda que se tomem em consideração elementos subjetivos para a conformação da prognose póstuma objetiva. Da mesma forma que a constatação do perigo é objetiva,

²⁸⁷ No original: “*La tipicidad objetiva de la complicidad se constituye, en consecuencia, en torno a 1) la creación de un riesgo no permitido de favorecer la conducta antijurídica del autor que 2) se traduce efectivamente en un favorecimiento causal de ésta*”. LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 229, tradução livre.

²⁸⁸ Tradução livre de trecho do seguinte excerto: “[...] *es previsible ex ante que con ella se pueda intensificar, asegurar, facilitar o acelerar el resultado, habrá que afirmar la idoneidad de la conducta para favorecer la lesión del bien jurídico por el autor y, con ello, el desvalor de la acción*”. LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 242, tradução livre.

²⁸⁹ MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 99.

²⁹⁰ MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 98.

a constatação da utilidade do comportamento do interveniente também o é, e, portanto, deve ser realizada neste momento da imputação, independentemente das finalidades do agente.²⁹¹

3.4.4. Sentido delitivo em Frisch

Como visto anteriormente, Wolfgang Frisch defende um processo de imputação sobre o comportamento desenvolvido em dois níveis. Inicialmente, busca-se os pressupostos materiais da imputação, defendendo-se que, em um primeiro nível de apreciação, verifique-se a racionalidade da proibição a partir da análise sobre a sua proporcionalidade – sua necessidade, idoneidade e proporcionalidade *stricto sensu*–. Entretanto, Frisch entende que esse primeiro critério não é suficiente para que se justifique a punição do agente, afinal, quase toda conduta pode comportar a produção de condições capazes de lesionar a um bem jurídico. Deve-se avançar a um segundo nível de imputação, verificando-se o próprio conteúdo de sentido da conduta do interveniente, averiguando se ela “está dirigida a um sucesso ou projeto delitivo”.²⁹²

A restrição da liberdade não depende apenas dos pressupostos da proibição, mas também da identificação de um especial desvalor sobre o risco criado pelo agente, que fundamente sua desaprovação.²⁹³ O tipo penal, enquanto descrição de um injusto, é justamente a expressão dessa especial valoração pelo ordenamento. Buscando uma ideia de sentido delitivo nos aspectos objetivos do fato, Frisch direciona seu olhar para o comportamento do interveniente, ou seja, do sujeito que realiza o aporte que favorece o injusto principal. Para o teórico, as condutas dotadas de sentido delitivo “se esgotam em

²⁹¹ Nesse sentido, Frisch: “*Esta elusión únicamente deja de funcionar allí donde el obrar tiene referencia delictiva de por sí, con independencia de la finalidad fortuita del que realiza la prestación (etc.): aquí, presuponiendo la correspondiente captación por la norma, puede contarse con la eficacia de la prohibición; con lo cual son también consideraciones de eficacia las que fuerzan el entendimiento de la referencia de sentido delictiva precisamente como dato objetivo*”. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 307.

²⁹² Excerto original: “*Este supuesto falta cuando la conducta que objetivamente tiene un efecto favorecedor del hecho, también según su contenido de sentido está dirigida a un suceso o proyecto delictivo*”. FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva**. Trad. par. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012. p. 101, tradução livre.

²⁹³ Nas palavras de Frisch, a proteção de bens jurídicos deve concentrar-se sobre condutas que apresentem “especial nocividade social”. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 300, tradução livre.

facilitar ou possibilitar o comportamento delitivo alheio”²⁹⁴, ou seja, tratam-se daquelas “prestações favorecedoras pelo sujeito externo que não podem ser pensadas de outro modo que como favorecimento, só se deixam explicar (compreender) enquanto tal”.²⁹⁵ Da mesma forma, apresenta sentido delitivo a conduta que apenas “aparece como reação a necessidades delitivamente definidas, satisfazendo-as”.²⁹⁶ Ausente essa referência de sentido delitivo, o comportamento que possibilita ou favorece o delito será atípico, face à ausência do risco proibido.

Em suma, entende-se por participação punível o comportamento que possibilita ou favorece o injusto, violando uma proibição proporcional, adequada e idônea para a proteção de bens jurídicos, o qual apresente inequívoco sentido delitivo. É a presença do sentido delitivo que afasta os pressupostos de liberdade sobre o comportamento, ou seja, é o próprio conteúdo objetivo da conduta que a coloca para além dos âmbitos de liberdade reconhecidos pelo ordenamento.²⁹⁷ A ausência de quaisquer dos requisitos, seja no primeiro ou segundo plano de imputação, acarreta a atipicidade do comportamento, devendo-se reconhecê-lo como neutro. Assim, faltando à proibição proporcionalidade, ou ao comportamento do partícipe inequívoco sentido delitivo, não haveria participação no injusto, mas apenas um comportamento normal da vida cotidiana.

Frisch entende que o juízo sobre o sentido delitivo do comportamento independe de quaisquer elementos subjetivos do interveniente, de modo que pouco importa para este nível da imputação que o agente possua conhecimentos especiais, dolo, más intenções ou solidariedade para com o injusto. Afinal, o elemento subjetivo subjacente ao comportamento não determina e tampouco constitui um dever cuja lesão fundamente a intervenção penal. O que se coloca em questão é a distribuição jurídica de liberdades face à relevância penal que consubstancia proibições, a qual se observa pelo sentido objetivo do comportamento, tomando como partida para essa análise a norma penal. Ademais, a

²⁹⁴ Tradução livre do excerto: “*se agotan en facilitar o possibilitar el comportamiento delictivo ajeno*”. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 300.

²⁹⁵ Tradução livre do seguinte excerto: “*Conductas que revisten tal referencia de sentido delictiva son aquellas prestaciones favorecedoras por el sujeto externo que no pueden pensarse de otro modo que como favorecimiento, sólo se dejan explicar (comprender) como tal*”. FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva**. Trad. par. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012. p. 101.

²⁹⁶ Assim o excerto original completo: “*Más bien, la referencia de sentido es un dato objetivo, y se da si la acción tiene sentido sólo en su propiedad de posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo ajeno, o al menos aparece como reacción a necesidades delictivamente definidas, satisfaciéndolas*”. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 305, tradução livre.

²⁹⁷ FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva**. Trad. par. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012. p. 101.

possibilidade de abuso no aproveitamento pelo autor do aporte do partícipe, conhecida ou não por este, não afasta da contribuição sua adequação ao direito e as diversas possibilidades de uso legítimo.²⁹⁸

A proposta de Frisch representa um avanço em relação à proposta de Roxin em função de três elementos decisivos. Inicialmente, sua teoria funcionaliza o risco permitido a partir da ótica da proporcionalidade de proibições, dirigindo-se aos pressupostos que legitimam limitações de liberdade pelo Estado. Em segundo lugar, a proposta de Frisch realmente se direciona ao comportamento do próprio partícipe, buscando nesse aporte a razão que justifique a punição penal, respeitando-se, assim, ao princípio da individualização de condutas. Por fim, Frisch se afasta de critérios subjetivos, apresentando maior clareza sobre o que procura: o desvalor de comportamentos face ao tipo penal objetivo.

Oposta à teoria dos papéis, a proposta de Frisch apresenta-se com maior nível de clareza e simplicidade, melhor se articulando ao ordenamento vigente, sem que se retire espaço à análise da causalidade dos comportamentos ou que se precise recorrer à sociologia ou a deveres de garantidor para que se atribua a responsabilidade pelo aporte. O que propõe Frisch é a compreensão sobre o significado do comportamento do agente face ao tipo penal objetivo, analisando seu desvalor objetivo a partir das categorias já vigentes. Note-se que ao se afastar de aspectos cognitivos, aproxima-se da proposição de Jakobs em suas vantagens, concentrando-se no aporte do próprio interveniente e em seu conteúdo significativo.

Embora sua proposta apresente diversas vantagens, ela apresenta ainda algumas inconsistências. Inicialmente, vale notar que Frisch trabalha em diversos momentos com uma ideia de um bom ou mal sentido da conduta, abordagem esta que transparece algum grau de valoração moral, além de agregar incerteza e subjetivismo à avaliação. A título de exemplo, pode-se observar essa construção no seguinte trecho:

[...] se falta essa referência de sentido, como ocorre em particular em uma multitude de negócios cotidianos, que possuem bom sentido com independência das eventuais intenções delitivas de seu destinatário, nada muda nele porque essas ações sejam levadas a cabo com o objetivo de possibilitar a outro a comissão de um delito ou de favorecer determinadas ações delitivas.²⁹⁹

²⁹⁸ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. pp. 317-318.

²⁹⁹ Tradução livre do original: “[...] *si falta esa referencia de sentido, como ocurre en particular en multitud de negocios cotidianos, que tienen buen sentido con independencia de las eventuales intenciones delictivas de su destinatario, nada cambia en ello porque esas acciones se lleven a cabo con el objetivo de possibilitar a otro la comisión de un delito o de favorecer determinadas acciones delictivas*”. FRISCH, Wolfgang.

Observe-se inclusive que o uso do termo “favorecimento” para indicar a conduta do primeiro indivíduo traz em si um sentido subjetivizado, transmitindo uma ideia de intencionalidade, de ajuda, antes mesmo que se defina o comportamento como participação punível, ou neutra. Melhor seria desenvolver a análise com a adoção do termo incremento do risco, como analisado até aqui. Nesse momento do processo de imputação, encontra-se diante de um comportamento que incrementa o risco referenciado ao injusto principal, incremento este que, caso fosse omitido, proporcionaria uma melhora da situação do bem jurídico ao qual se direciona o autor com seu comportamento. O que constitui o comportamento em um favorecimento, ou em um auxílio, ou, por fim, em um ato de concorrer, é justamente o seu sentido delitivo, que faz dele um comportamento punível.

Além disso, vale brevemente lembrar aqui que, como apontado no tópico 2.4.2, Frisch entende que condutas não dotadas de inequívoco sentido delitivo podem ser punidas quando violarem um dever de garantidor ou norma de solidariedade. Trata-se de uma construção problemática na medida em que parece negar ou deixar de atribuir a esses comportamentos desvalor ou nocividade social, elementos que fundamentam o sentido delitivo para o teórico. Na verdade, a punibilidade desses comportamentos também demanda que se lhes atribua um sentido delitivo, a diferença aqui está apenas em seu fundamento, o qual se encontra nas normas determinantes da omissão, no caso do Brasil, no artigo 13, § 2º do Código Penal. Também a omissão imprópria punível deve ter por referência um mandado proporcional e apresentar um desvalor objetivo com referência à norma. Como à frente se verá, ambos os comportamentos comissivos, como omissivos encontram no sentido delitivo a solução que determina a sua punibilidade, apenas tem por referência distintas normas penais constitutivas de seus tipos penais.

3.5. Densificando o sentido delitivo da participação: a utilidade como critério normativo determinante do concurso

Até aqui concluiu-se parcialmente que nem todo favorecimento causal a um delito cuja proibição seja idônea conforme o critério adotado no plano do risco permitido encontra subsídio típico. Avançando sobre a análise do desvalor do comportamento de

participação e o panorama das teorias sobre o sentido delitivo do comportamento do cúmplice, constatou-se que pouco se discute, de fato, sobre o tipo penal da participação. Ademais, verificou-se que o sentido delitivo da participação ainda não se encontra suficientemente densificado, carecendo de critérios normativos precisos que determinem a razão normativa para o desvalor do comportamento do interveniente.

A tipicidade da conduta, enquanto fundamento primeiro do injusto penal, será tomada como ponto de partida para essa análise, de modo a buscar no tipo o fundamento e os limites deontológicos para a punição da participação. Enquanto modelo abstrato que descreve os comportamentos proibidos, o tipo penal exerce uma relevante função de assegurar espaços de neutralidade e liberdade da ação humana em sociedade. A determinação da responsabilidade do partícipe deve também observar suas determinações, encontrando sua referência de sentido em pretensões normativas no plano do tipo. Compreende-se, assim, que o tipo penal da participação constitui o ponto de partida obrigatório para o raciocínio dogmático sobre o sentido delitivo do comportamento do partícipe, de modo que é sobre o desvalor de sua própria conduta que deve se debruçar a análise. Contudo, a ausência de tipos específicos da participação na parte especial torna a determinação do fundamento da punição desses comportamentos um assunto particularmente espinhoso, como visto no início deste capítulo, pois requer uma análise sistemática das disposições do Código Penal.

Como na autoria, a causalidade da contribuição é a base da atribuição de responsabilidade ao partícipe. Contudo, ela de forma alguma é suficiente para tanto. O legislador exige algo além da simples causalidade para fundamentar a responsabilidade dos intervenientes (art. 13, CP). Diante da ausência de tipos penais específicos da participação na parte especial, o Código Penal dispõe de uma norma constitutiva da responsabilidade daqueles cujo comportamento não se amolda perfeitamente ao tipo, mas que apresenta relevância penal ao intervir no fato delitivo. Assim, determina-se a responsabilidade dos intervenientes no artigo 29 do Código Penal como mais do que simplesmente causar o resultado desvalorado, mas como "concorrer" para esse resultado. Essa expressão traduz um significado mais preciso do que a causação de um resultado, indicando, desde um ponto de vista semântico, a cooperação para o resultado, o comportamento de juntar-se à ação principal, dela tomando parte.³⁰⁰

³⁰⁰ Interessante notar que, já de um ponto de vista gramatical, observado na linguagem cotidiana, o ato de concorrer possui um sentido muito mais específico do que o de causar. Conforme definição do Caldas Aulete, concorrer pode ser compreendido, dentre outros, como o ato de "contribuir, ajudar, cooperar" ou

O Código Penal vai além da norma extensiva de responsabilidade disposta no artigo 29, apresentando no artigo 31 um rol taxativo das formas de concurso puníveis: o “ajuste”, a “determinação ou instigação” e o “auxílio”.³⁰¹ Diante dessa disposição, aqueles comportamentos que não se amoldam a nenhuma dessas figuras, não possuem relevância jurídico penal e são, portanto, atípicos.³⁰² Ao presente trabalho, interessa especialmente a delimitação do que se compreende por “auxílio”, forma de participação em que o grupo de casos das ações neutras se coloca em questão. Tratam-se de ações que possibilitam, favorecem ou facilitam a conduta injusta de terceiros, conformando-se enquanto prestação de ajuda para o resultado, expressando, assim, sentido delitivo próprio.

Percebe-se, portanto, que o que a parte geral constitui como participação, ou seja, como comportamento punível, não são ações neutras, mas sim o *concorrer* para o injusto, precisamente o *auxiliar* o fato principal³⁰³ – específico do objeto desse trabalho –, termos que em si comportam uma ideia de sentido delitivo, afastando a neutralidade. Eis aqui o centro da questão: são passíveis de punição as condutas de intervenção que possibilitam ou favorecem o delito tão somente nas hipóteses em que apresentem em si sentido delitivo de uma prestação de ajuda. Ausente o sentido delitivo ou a conformação do comportamento do partícipe como “concurso”, tem-se apenas uma ação neutra.

A análise do sentido delitivo é essencial no processo de imputação, enquanto juízo de atribuição, a partir da compreensão do comportamento do próprio agente. Para explanar o processo de imputação, como atribuição de sentido a comportamentos Joachim Hruschka apresenta o exemplo do sujeito que, ao levantar o braço, pede a palavra. O ato

ainda de “juntar-se para ação ou efeito comum”. Percebe-se, portanto, que seu emprego na norma se soma ao processo de atribuição de responsabilidades limitando seus contornos semanticamente. (AULETE, Caldas. *Dicionário Caldas Aulete – Aulete Digital. Lexicon Editora Digital. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/concorrer>. Acesso em: 02/12/2020*). Também no Houaiss pode ser encontrada definição similar do verbete como “unir-se visando a uma ação ou a um objetivo comum, cooperar, contribuir” (HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 513*).

³⁰¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Código penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 160.

³⁰² CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Código penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 160.

³⁰³ Novamente recorrendo à compreensão semântica, aponta-se em nota para a definição do dicionário Houaiss para o verbete “auxílio” como “contribuição secundária para a realização de uma tarefa; ajuda, assistência, cooperação” (HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 227*). Conforme o Caldas Aulete, trata-se de “colaboração na forma de ajuda material, operacional ou moral” ou “apoio, amparo”. Tampouco aqui se remete à uma causação neutra de resultados, mas à genuína contribuição para o resultado, comportamento este que se subsume à tipologia da norma e possui um desvalor próprio.

de levantar o braço, isoladamente observado, é apenas o sucesso físico de levantar o braço. Contudo, em uma sala de aula, o ato de um aluno de levanta o seu braço possui um sentido próprio: indica que se pede a palavra ao professor para que se faça uma pergunta ou se resolva uma dúvida.³⁰⁴ Nesses termos, a compreensão se conforma na co-subjetividade, construindo seu sentido no juízo atributivo de imputação tanto enquanto fato, quanto como objeto de incidência das normas.³⁰⁵ De tal sorte, todo e qualquer comportamento deve ser observado dentro de seu contexto, podendo assumir diferentes sentidos conforme nele se coloque.

Imaginemos um chefe de cozinha cujo carro chefe de seu restaurante é um delicioso *conchiglione di gambas* (massa com camarões). O segredo da receita está no acréscimo no caldo de uma pequena quantidade de amendoim e amêndoas processados. Todos os dias serve centenas de pratos a seus clientes. Caso venha esse mesmo chefe a servir seu primoroso prato à sua sogra, sabendo ser ela terrivelmente alérgica a amendoim, será responsável pelas consequências de seus atos. Não obstante o absurdo do exemplo, o que se quer demonstrar é que o problema das ações neutras não está na apriorística neutralidade do comportamento do partícipe – até mesmo porque, como se percebe do exemplo, a aparência de neutralidade, cotidianidade ou profissionalidade do comportamento pode ser característica também da autoria–, mas se encontra na própria valoração da participação, que exige uma análise de sentido mais complexa, para além da subsunção ao tipo.³⁰⁶ Deve-se relacionar significativamente o comportamento do partícipe ao injusto, como uma unidade de sentido que se objetiva na realidade, permitindo que se lhe atribua o injusto também como obra sua, determinando o seu aporte como “concurso”.

³⁰⁴ HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. pp. 21-22. De forma semelhante: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. par. José Lamego, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. pp. 401-402.

³⁰⁵ HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 20.

³⁰⁶ Note-se que a compreensão do comportamento sob os moldes do tipo penal não é exata nem mesmo em casos clássicos de autoria, como o homicídio colocado em questão no exemplo do *conchiglioni*. Resulta sempre de um processo valorativo de imputação, que envolve a compreensão do sentido do comportamento em seu contexto, face aos limites consequencialistas e deontológicos do Direito Penal. O que se modifica é o grau de complexidade desse processo, o qual, no concurso de agentes, se torna mais desafiador quanto maior o grau de divisão de tarefas. O desenvolvimento desse processo ocorre com a colocação de critérios normativos e linhas mestras gerais que permitam uniformizar e conferir segurança para a responsabilização penal, permitindo que se justifique aos indivíduos por que respondem.

Não se trata aqui de uma simples subsunção ao tipo penal, como nos problemas tradicionais de autoria simples de tipos penais clássicos. Mas de fazer valer a norma constitutiva de responsabilidade do partícipe, determinada pelo art. 29 da parte geral do Código Penal, respeitando-se aos princípios da legalidade, da culpabilidade e da autorresponsabilidade, pela identificação do desvalor na própria conduta do cúmplice, ainda que isoladamente ela possa parecer inofensiva. Em outros termos, na medida em que a norma estabelece uma moldura de referência para a participação mais restrita que a simples causalidade, torna-se necessário diferenciar a participação punível, enquanto ato de concorrer para o resultado, das contribuições causais neutras, as quais são atípicas.

Essa compreensão é de extrema importância em se tratando da participação, uma vez que o que se analisa nesses casos são justamente comportamentos que, em princípio, não se amoldam ao tipo penal da parte especial, mas que precisam ser valorados a partir de uma compreensão sistemática do Código Penal em que os tipos previstos na parte especial se articulam às normas constitutivas da parte geral para conformar o tipo penal da participação. Enquanto o artigo 13 estabelece a causalidade, os artigos 29 e 31 agregam a ela o limite do comportamento de participação punível: a conduta de concorrer para um tipo penal. É preciso, então, questionar o significado de concorrer para um tipo penal (*e.g.* o que significa concorrer para matar alguém?).³⁰⁷

Se, a princípio, o comportamento do interveniente não parece se amoldar a tipos penais da parte especial, uma análise mais aprofundada em um contexto de imputação permite delimitar a intervenção como neutra ou como desvalorada e, portanto, passível de punição. O critério objetivo que permite vislumbrar essa separação na intervenção é o sentido delitivo do comportamento. Nas omissões penalmente relevantes, o sentido delitivo se encontra já definido e expresso por deveres de garante ou deveres de solidariedade, os quais são previstos no ordenamento para situações de riscos especiais, nos quais estaria localizado o seu fundamento de idoneidade ou a razão para a sua proibição. Entretanto, nas ações, é preciso conferir substância ao que se entende por “concurso” para delimitar adequadamente o sentido delitivo.

Não é suficiente que o aporte do partícipe seja causa do resultado para conformar-se como um ato de “concorrer”. O termo possui um significado muito mais

³⁰⁷ Afinal, “não se presumem, na lei, palavras inúteis” (*Verba cum effectu sunt accipienda*). A interpretação da norma deve buscar o valor de todos os vocábulos, entendidos de modo que não pareçam suas disposições inoperativas ou supérfluas. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 204-205.

específico do que causar, transmitindo a ideia de uma necessária referência de sentido delitivo da conduta dos intervenientes em relação ao fato, o qual se encontra objetivizado como obra comum.³⁰⁸ É preciso que o comportamento integre o injusto como uma unidade de sentido, ou seja, que desde o princípio, a conduta apresente sentido delitivo, vinculando-se ao plano do autor para que possa ser compreendida como auxílio e, destarte, para que se possa atribuir a responsabilidade do injusto como obra conjunta. O comportamento de concorrer para um resultado, mais que causar, expressa a relação do agente em se ligar a esse resultado, dele tomando parte³⁰⁹. Assim, a punibilidade dos intervenientes deve ser verificada conforme eles estabeleçam por meio de seu comportamento uma relação de sentido de vinculação ao fato. Trata-se de uma vinculação de caráter normativo, na qual a responsabilidade se deve à relação de pertencimento do sujeito à obra típica.

A percepção dessa relação de sentido perpassa por uma análise do fato objetivizado,³¹⁰ verificando os elementos descritivos do comportamento do cúmplice cujo desvalor se conforma a partir da identificação de uma relação objetiva de contribuição, a qual configura o aporte como uma utilidade delitiva.³¹¹ A partir dessa conformação é que se fundamenta a sua punibilidade, inserindo-se o comportamento no universo de

³⁰⁸ Vale observar em nota que esse raciocínio encontra especial espaço no Brasil em face das diversas peculiaridades concernentes ao seu texto e à sua técnica de legiferação. Inicialmente, pela previsão do termo “concorrer” utilizado no artigo 29 do Código Penal, norma constitutiva do desvalor sobre o comportamento de concurso, a qual estabelece a responsabilidade por mais do que de uma simples causação. A essa norma se soma a peculiar técnica empregada na construção dos tipos penais na parte especial do Código brasileiro, onde não se descrevem sujeitos ou se empregam pronomes (e.g. “quem”, “aquele que”). Em lugar disso inicia-se o tipo pelo emprego de um verbo impessoal no infinitivo (SALES, *Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pp.27-29*), indicando a descrição do fato objetivizado. Dessa forma, permite-se que se analise a relação do partícipe diretamente para com o fato e o sentido de sua conduta em direção ao resultado, de modo a conformar sua relação de pertencimento ao injusto.

³⁰⁹ Observa-se uma compreensão similar do termo na obra de Angelo Latagliata: “[...] *se advierte inmediatamente no bien se busca aclarar el significado literal de la expresión “concurso”, que implica la idea de un ligamen con algo que constituye el punto de referencia y el objeto mismo de la participación. En el lenguaje común no tendría sentido hablar pura y simplemente de un concurso, esto es, fuera de una relación (expresa o tácita) con el hecho a que se concurre; un concurso no se configura nunca “en sí”, sino siempre, y solamente, en relación con algo en lo que las conductas de los sujetos toman parte.*” LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967. pp. 01-02.

³¹⁰ Conforme Robles Planas: “Quando em um mesmo fato concorrem os aportes de vários sujeitos, o fato se objetiviza, cobra um sentido independente de cada um dos sujeitos, de modo que, então, surge a possibilidade de nele intervir”. Tradução livre do original: “*Cuando en un mismo hecho concurren las aportaciones de varios sujetos, el hecho se objetiviza, cobra un sentido independiente de cada uno de los sujetos, de modo que entonces surge la posibilidad de intervenir en él.*” ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 15.

³¹¹ Similar o entendimento de Nilo Batista: “O que é de mister é verificar se a colaboração do cúmplice correspondeu ou não a um objetivo favorecimento ao desempenho do autor direto”. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2008. p. 15.

relevância penal. Dessa forma, estabelece-se como critério determinante para a conformação do risco proibido do comportamento de intervenção que este apresente unicamente uma utilidade delitiva.

Pode-se consolidar o raciocínio construído sob a seguinte fórmula: as condutas dotadas de sentido delitivo são aquelas que esgotam a sua utilidade delitivamente. A proposição agrega à ideia de Frisch o conceito a utilidade, redefinindo o sentido delitivo a partir do tipo penal da participação. De tal sorte, toma-se por horizonte objetivo as utilidades propiciadas pelo aporte do cúmplice. Nas hipóteses em que o incremento do risco pelo indivíduo criar para o autor tão somente uma utilidade orientada para a operacionalização delitiva, tem-se um risco desvalorado. Em outras palavras, terá sentido delitivo aquela conduta cuja única funcionalidade no contexto seja delitiva, ausente uma diversa função racionalmente explicável. Nesse caso, não haveria, portanto, que se falar em um desvio de utilidade por parte do autor, uma vez que a própria utilidade do incremento do risco estaria dirigida ao crime.

Em contrapartida, se a conduta acessória de incremento de riscos criar utilidades legítimas no caso concreto, tratar-se-á de um mero risco permitido, cujo proveito ilícito decorre do arbítrio do autor. Assim, o aporte que se apresente como uma contribuição socialmente útil, ou objetivamente legal, não será passível de responsabilização criminal. Ou seja, uma conduta de incremento do risco que apresente uma funcionalidade legítima, uma vez desenvolvida conforme os parâmetros e formalidades comuns do mercado, não caracteriza risco proibido. Ainda que o interveniente possua conhecimentos especiais, configurando-se o elemento subjetivo, a imputação sequer deverá avançar o tipo objetivo. Para além das utilidades lícitas, é o autor quem emprega o favorecimento trazido pelo aporte do primeiro indivíduo em prejuízo de bens jurídicos. Desvia a utilidade do risco criado para empregá-lo delitivamente. Esse desvio, contudo, não é capaz de constituir retroativamente o desvalor do comportamento anterior, o qual, por sua funcionalidade objetivamente legal, não pode ser compreendido como “concurso”. Em outros termos, entende-se que, quando o aporte do interveniente proporcionar utilidades lícitas, a eventual expressão pelo terceiro de seus motivos ou intensões não deve tornar o aporte inicial objeto de repressão sem que objetivamente se integre ao delito.

Vale dizer que por utilidade entende-se “qualidade que se atribui aos bens que se prestam à satisfação das necessidades humanas”³¹² ou bem “qualidade útil;

³¹² COMISSÃO DE REDAÇÃO. Utilidade. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v.54, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 288

serventia”.³¹³ Trata-se, portanto, do que se pode aproveitar de algum objeto ou situação. De tal sorte, o que se propõe aqui é a ausência de desvalor do risco – e, conseqüentemente, ausência de tipicidade objetiva – do comportamento do interveniente cujo bem ou serviço prestado se preste à satisfação de necessidades humanas legítimas ou a serventias legais. O seu eventual emprego pelo terceiro para uma finalidade delitiva decorre de um desvio arbitrário de suas finalidades lícitas, desvio este que não é suficiente para se imputar desvalor ao aporte. Entretanto, o comportamento que se integra ao plano delitivo do autor ou a conduta que se apresente unicamente como uma serventia delitiva leva a configuração do auxílio e, assim, à cumplicidade objetivamente punível.

Note-se que a utilidade consiste em um fundamento ou interesse objetivado, diferentemente da finalidade, que constitui um interesse subjetivo, como apontado quando da análise da proposta de Lopez Peregrin. Trata-se, portanto, de identificar no comportamento do partícipe seu sentido de instrumentalidade para uma ulterior finalidade, a qual deve ser recortada à vista da operação econômica em causa. O caráter do comportamento como auxílio a um delito requer, portanto, que ele apresente uma serventia exclusivamente direcionada para a melhora da meta delitiva, de modo tal que o comportamento se acople à realização do tipo. É essa integração ou vínculo para com o fato injusto que permite atribuir-lhe desvalor próprio. Somente dessa forma o comportamento do partícipe pode ser entendido como “auxílio”, amoldando-se à redação do tipo penal da participação, cujos limites se encontram determinados na parte geral. Essa associação do comportamento do partícipe ao plano delitivo é o que leva à percepção do risco típico como uma organização coletiva e, portanto, como verdadeiro “concurso”.

3.5.1. *Compreensão analítica de auxílio: diálogo com as contribuições teóricas de Urs Kindhäuser*

Embora o critério da utilidade possa parecer inusitado, apresenta-se sob diferentes feições em diversas construções dogmáticas.³¹⁴ Destaca-se aqui o

³¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa dicionário. 7ª ed. Curitiba: Editora Positivo., 2008, p. 804.

³¹⁴ ROXIN, Claus. Las formas de intervención em el delito: estado de la cuestión. Trad. par. María Teresa Castiñera Palou. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito** (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pp.155-178; KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. par. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014.; destaca-se ainda a abordagem de Paredes Castañon sobre a utilidade como configuradora do risco permitido na imputação objetiva em geral: “[...] *aquellas acciones peligrosas o lesivas que, sin embargo, resultan socialmente necesarias o socialmente útiles*”. PAREDES

desenvolvimento teórico de Urs Kindhäuser, o qual conferiu centralidade ao critério em sua busca pelo conceito de auxílio no Direito Penal. Assentando-se em uma abordagem de filosofia analítica, o teórico desenvolve um estudo em torno do termo “ajuda”, definindo-a como uma conduta que aumenta o domínio do autor, suprindo um déficit que este possuía na realização de um delito, conduta essa caracterizada por uma vinculação à meta.³¹⁵ Dessa forma, a conduta do partícipe é muito mais do que simplesmente fornecer um aporte causal para o delito do autor, mas deve apresentar o caráter de ajuda, como uma melhora dirigida à meta delitiva do autor. Em suas palavras, a conformação do comportamento como auxílio:

exige em relação ao comportamento do autor a “prestação de ajuda”, isto é, uma prestação que, já objetivamente no momento de sua oferta, seja necessária à realização de um ato criminoso (mais ou menos) definido. Ela deve, portanto, relacionar-se a um déficit reconhecível já nesse momento.³¹⁶

Para Kindhäuser, a cumplicidade apenas se conforma quando, desde o seu princípio, a prestação se configure como auxílio, revestindo-se da necessária relação delitiva com o plano do autor. Ou seja, desde o momento da prestação, deve representar uma considerável melhora nas possibilidades de consecução do fim do autor.³¹⁷ De modo distinto, nega-se a configuração de auxílio quando o aporte proporciona efeitos úteis, apenas possuindo uma conexão acidental com o resultado delitivo, oriunda da decisão autônoma do autor. Nessa hipótese, não se conforma a cumplicidade. Nesses casos, a conexão da prestação com o resultado é apenas arbitrária e não um auxílio.³¹⁸ Dessa

CASTAÑÓN, José Manuel. **El riesgo permitido em Derecho Penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)**. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995. p. 36. No mesmo sentido, Daniela Marques, a qual entende que se encontram conforme os limites dos riscos permitidos, as ações socialmente necessárias e as ações úteis. Define então que “ações socialmente úteis não seriam imprescindíveis, mas recomendáveis por considerações utilitárias”. MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 349.

³¹⁵ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, n. 108, v. 22, 2014. p.135. Em comentário à posição de Kindhäuser, veja-se: YACOBUCCI, Guillermo J. Intervención en el delito y conducta neutral. *In*: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 615-627.

³¹⁶ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, n. 108, v. 22, 2014. p. 135.

³¹⁷ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, n. 108, v. 22, 2014. p. 138.

³¹⁸ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, n. 108, v. 22, 2014. p. 137. Conforme Beatriz Camargo, para Kindhäuser esse objetivo pré-determinado é uma “condição da possibilidade de se prestar auxílio a alguém”. CAMARGO, Beatriz Corrêa. A causalidade e o conceito de

forma, considera impunível o aporte que apresentar-se ajustado a uma finalidade socialmente útil, defendendo que a punibilidade pressupõe um uso exclusivo delitivo. Diante de uma pluralidade de possíveis usos legais para o aporte, a decisão autônoma adicional do autor não torna punível a participação.

O teórico ressalta que a conduta não será punível se o aporte não suprir uma necessidade para uma meta pré-estabelecida pela pessoa a ser auxiliada. Ou seja, a ação principal deve manifestar uma insuficiência em face de um objetivo pré-determinado, de modo que o aporte do interveniente seja necessário.³¹⁹ Afinal, para que se possa falar em ajuda, é preciso antes que se verifique uma necessidade a ser respondida. Fornecer aquilo que o autor já possui à sua disposição conforma mera adição supérflua e o supérfluo não pode ser considerado ajuda.³²⁰ Dessa forma, devem ser excluídos os objetos que já se encontram acessíveis ao autor, pois seu fornecimento não representa qualquer incremento em suas possibilidades de êxito pelo autor.

Kindhäuser destaca ainda que as condições que pertencem ao campo causal de determinado acontecimento não devem ser consideradas uma elevação de risco. Trata-se de elementos que não trazem consigo qualquer quebra de expectativas normativas. Assim, antes de avaliar o sentido delitivo do comportamento, é preciso delimitar o campo causal do fato tomando por base as prestações que o autor poderia já contar na configuração lícita de sua organização.³²¹ Tem-se, assim, por exemplo, os bens e serviços ubíquos, cujo fornecimento, ainda que por agente dotado de conhecimentos especiais, não representa um auxílio, mas apenas a colocação à disposição do autor de “um meio de todos os modos legalmente disponível.”³²² No campo causal se inserem ainda os bens,

auxílio na discussão sobre as ações neutras. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR., José Roberto (orgs.). **Ações neutras e direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2020. p. 111.

³¹⁹ Assim: “Disso se segue, em primeiro lugar, que a indagação sobre se um comportamento deve ser visto como cumplicidade apenas pode ser respondida sob a perspectiva do sentido e da finalidade da ação principal. Apenas aquilo que necessita quem executa a ação principal é que pode ser visto como objeto de auxílio. [...] O supérfluo não auxilia, ainda que possa expressar certa solidariedade com o autor”. KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014. p. 135.

³²⁰ Em suas palavras: “[...] O supérfluo não auxilia, ainda que possa expressar certa solidariedade com o autor” KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014, p.135. No mesmo sentido: “Não existe participação inócua”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 255.

³²¹ KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014, pp. 140-141.

³²² KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014, pp. 144-145.

serviços ou informações que o autor já adquiriu de modo legítimo, pois normativamente já se encontram sujeitos à sua disposição.

Vale destacar que, conforme se apontou anteriormente ao descrever o caso do *conchiglioni*, todo esse raciocínio de imputação é contextual, exigindo que se ultrapassem impressões iniciais sobre o aspecto cotidiano ou profissional de condutas. Nesse sentido, Kindhäuser aponta que qualquer instrumento cotidiano, o qual possua usualmente natureza inofensiva, pode adquirir uma feição perigosa como instrumental para delitos, o que se define conforme o contexto. A título de exemplo, uma echarpe pode ser um simples e elegante acessório de moda, redefinindo-se, a depender do contexto, em instrumento para meios delitivos específicos. De tal sorte, mais do que uma condição causal, o cúmplice é responsável por “fornecer as condições que irão capacitar ao autor na situação concreta”.³²³

Em um contexto de Direito Penal Econômico, pode-se apresentar esse raciocínio a partir da ideia de criação de interesses jurídicos.³²⁴ O fornecimento de determinado maquinário ou de matérias primas para fabricantes, por exemplo, viabiliza que estes produzam insumos e os disponibilizem no mercado, criando com isso interesses jurídicos, especificamente, créditos fiscais. Ainda que os fabricantes posteriormente violem os interesses jurídicos criados, o simples fornecimento de matéria prima ou formas de produção não possui desvalor jurídico penal. Para que possa ser compreendido como ajuda, o aporte do agente deve se vincular não à produção de interesses jurídicos, posteriormente violados pelo autor, mas ajudar, facilitar, habilitar especificamente ao injusto, suprindo necessidade essencial para sua realização.³²⁵ Tampouco o conhecimento da probabilidade elevada do crime posterior tem o condão de modificar a natureza neutra do aporte, que, em si, nada tem de injusto. Com sua contribuição, o fornecedor não se vincula ao delito em uma relação de pertencimento.

A argumentação construída por Kindhäuser fornece bases sólidas para uma delimitação objetiva e segura da punibilidade da participação.³²⁶ E mais, se toda essa

³²³ CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 300.

³²⁴ KUDLICH, Hans. Jenseits des Schraubendreher-Handels– neutrale Beihilfe in Fällen des „richtigen Lebens“. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 231-243. pp. 235 *et seq.*

³²⁵ KUDLICH, Hans. Jenseits des Schraubendreher-Handels– neutrale Beihilfe in Fällen des „richtigen Lebens“. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 231-243. pp. 235 *et seq.*

³²⁶ Vale apontar brevemente em nota que, como descreve Beatriz Camargo, Kindhäuser possui diversas divergências no que concerne aos pressupostos da teoria da imputação objetiva e desenvolve seu trabalho analítico buscando melhor precisar o conceito de auxílio e não como critérios de imputação objetiva.

argumentação é construída pelo teórico como uma necessária decorrência filosófico-analítica da semântica do “auxílio” como determinante da cumplicidade, no Brasil ela encontra campo especialmente fértil. Diferentemente do que se observa no Código Penal alemão, a norma constitutiva da participação no Brasil apresenta maior delineamento de seus limites, empregando em suas disposições o termo “concorrer” para o resultado³²⁷, além da disposição do auxílio no art. 31 do Código.

Assim, tomando-se os próprios dispositivos da lei penal nacional, percebe-se que, em verdade, o art. 29 não se esgota em norma constitutiva comum às figuras do concurso de pessoas. Ao estabelecer a responsabilidade penal daquele que “concorre para o crime”, determina uma primeira limitação ao que se entende por participação punível. Assim, a participação no Brasil vem, desde a sua norma constitutiva, acompanhada de estritas fronteiras de punibilidade, as quais se afiguram mais restritas em contextos de intervenção. Como visto, o emprego precisamente do termo “concorrer” não é ausente de significação, mas torna precisos os limites da responsabilidade no concurso de pessoas, somando-se ao artigo 13 como uma limitação. Assim, não basta causar, é preciso que o comportamento apresente o sentido de “concorrer” para o injusto, expressando-se como o juntar-se a uma ação, confluindo e contribuindo para um resultado. A esse limite legal se somam, ainda, as determinações do artigo 31, com os limites do que se entende por “auxílio”. Auxiliar, enquanto prestar uma ajuda para o fato não é apenas causar, mas, novamente, revela uma ligação objetiva com o plano delitivo, uma integração com o fato como próprio, descrevendo uma relação instrumental.

Noutros termos, enquanto a imputação objetiva se dedicaria à interpretação semântica social concernente à valoração de comportamentos, a sua proposta buscaria melhor precisar os contornos semânticos do próprio conceito de auxílio. (CAMARGO, Beatriz Corrêa. A causalidade e o conceito de auxílio na discussão sobre as ações neutras. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR., José Roberto (orgs.). **Ações neutras e direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2020. pp.107-114). No presente trabalho, busca-se estabelecer um diálogo com a teoria de Kindhäuser, embora o proveito de suas contribuições se efetive na elaboração de critérios no plano objetivo de imputação.

327 O Código Penal alemão (Strafgesetzbuch – StGB) apresenta normas definindo o que se entende por autor, indutor ou cúmplice, assim definindo a cumplicidade: “*Dritter Titel*

Täterschaft und Teilnahme

§ 27 Beihilfe

(1) *Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.*” Determina, portanto, que é punido por cumplicidade aquele que “tenha dolosamente prestado ajuda ao ato doloso e antijurídico de outra pessoa”. A norma mais se aproxima do disposto no artigo 31 do Código Penal brasileiro, no qual se definem as figuras de intervenção como “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio”. Embora a seção 29 do StGB determine a responsabilidade de cada interveniente na medida de sua culpabilidade, não emprega o termo “concurso” ou semelhante. Assim, não há uma norma geral do concurso de pessoas equivalente ao artigo 29, que empregue o termo “concorre para o crime”. Em outros termos, o Código Penal brasileiro vai além do conceito legal de cumplicidade, determinando, já na norma constitutiva da responsabilidade penal da participação, fronteiras estritas para a responsabilidade no concurso de pessoas.

Vale observar que essa delimitação de sentido se verifica antes pelo desvalor do comportamento do próprio sujeito que oferece o aporte que pela posse ou não de conhecimentos especiais sobre a conversão posterior desse seu aporte. Até mesmo porque, como regra geral, não são os indivíduos garantidores sobre as suas contribuições, em outras palavras, não se lhes impõe um dever de evitar que sua contribuição, em conformidade aos *standards* regulamentadores de suas respectivas atividades, seja convertida delitivamente por terceiros. E a aquisição de conhecimentos especiais de forma alguma opera na constituição posterior de um dever de evitar que a prestação seja convertida delitivamente por terceiros ou passe a integrar seu plano delitivo.

Quaisquer deveres de evitação de resultados consistem necessariamente em um dado prévio, o qual, se verificado no caso concreto, fundamentará a responsabilização do agente na forma da omissão imprópria. Ou seja, nesses casos o sentido delitivo do comportamento decorreria justamente da violação desses deveres, e não da tomada de conhecimentos especiais. Fora dessas hipóteses, contudo, como visto, somente poderá ser responsabilizado o interveniente quando seu comportamento puder ser compreendido como um concurso para a realização do tipo penal.

3.6. Consolidação da tomada de posição

No presente capítulo, buscou-se identificar de modo objetivo os limites do que significa um comportamento de participação, propondo como pressupostos necessários para a configuração típica da cumplicidade a verificação da idoneidade da norma proibitiva e o sentido delitivo do comportamento, o qual deve apresentar utilidade unicamente delitiva para que se conforme enquanto “concurso” para o injusto penal.

Sintetizando aqui o raciocínio desenvolvido, demonstrou-se que a participação punível deve atender aos requisitos típicos de ação, nexos de causalidade, resultado e imputação objetiva. No plano da imputação objetiva, para a determinação do desvalor da ação, devem ser observados o critério negativo do risco permitido e o critério positivo do risco proibido. O primeiro deles, de natureza consequencialista, manifesta-se na participação pelo critério da idoneidade. Tomando por base o princípio jurídico-penal da proteção de bens jurídicos, conforme formulado por Luís Greco, entende-se que somente são consideradas idôneas as proibições que proporcionem uma significativa melhora para a condição do bem jurídico. *Contrario sensu*, excluem-se proibições inócuas, as quais

apenas levariam a uma mudança do curso principal, sem acarretar sequer um atraso para o autor.

Entretanto, nem todo comportamento cuja proibição proporcionaria uma melhora para as condições do bem jurídico é proibido. A tipicidade da conduta é o fundamento primaz do injusto penal, conforme o princípio da legalidade. É necessário, então, recorrer ao tipo penal da participação, verificando o fundamento e os limites deontológicos para a punição da intervenção.

O fundamento legal para a punição da participação está na existência de uma norma que criminaliza contribuir para com o ilícito, mais especificamente, a norma constitutiva da participação, presente no artigo 29 do Código Penal. Essa norma se soma aos tipos penais da parte geral para conformar o tipo penal da participação, que criminaliza a conduta de concorrer para um ilícito. Embora o artigo 29 possa ser considerado constitutivo da punibilidade da participação, funciona também como um delimitador do tipo penal, restringindo a sua aplicação ao tornar insatisfatória apenas uma lógica causal para a punibilidade da participação, na medida em que determina a punibilidade não do comportamento de causar, mas sim de concorrer.

Por participação, entende-se uma contribuição que dá causa ao crime, cujo conteúdo objetivo deve se identificar como concurso, mais especificamente como um ajuste, uma determinação ou uma instigação e um auxílio. Nesse trabalho, buscou-se compreender, especificamente, o conceito e os limites de responsabilização da cumplicidade.³²⁸ Nessas hipóteses, a relação de sentido ocorre nos casos em que a conduta apresente unicamente uma utilidade delitiva – ou seja, quando ausente uma utilidade legítima proporcionada pelo comportamento –, acoplando-se à realização do tipo penal. Dessa forma, um aporte cotidiano que represente utilidades objetivamente legais, dentro de um espaço de risco permitido, independentemente dos conhecimentos especiais ou do dolo do agente, não poderá ser objeto de responsabilização penal, pois não atenderá aos requisitos mínimos da tipicidade objetiva. Somente ultrapassada essa análise e verificada a relação de sentido delitivo é que se passa à análise do tipo subjetivo.³²⁹ Dessa forma, o critério da utilidade busca cumprir a função de conferir segurança à aplicação do tipo

³²⁸ Para um aprofundamento sobre o conceito de instigação *c.f.* CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

³²⁹ FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. *par.* Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 260.

penal da participação, fazendo-o valer como norma de garantia, na medida em que fixa um *standard* normativo para a responsabilização da participação.

Em suma, a participação é punível quando apresentar inequívoco sentido delitivo. A compreensão do sentido delitivo, localizado no plano do risco proibido, toma por horizonte objetivo as utilidades propiciadas pelo aporte do cúmplice de modo que, se o incremento do risco pelo indivíduo criar para o autor uma utilidade voltada para a operacionalização delitiva, tem-se um risco desvalorado. Entretanto, se a conduta do indivíduo de incremento de riscos criar utilidades legítimas no caso concreto, sendo estas desviadas delitivamente pelo autor, nega-se o desvalor do risco. Para além dessa utilidade legítima, é o autor quem desvia a utilidade do risco criado para empregá-lo delitivamente. Quanto à participação por omissão, o sentido delitivo se conforma com a violação de deveres especiais quando configurada a posição de garante.

3.6.1. Alcance da proposta para além da cumplicidade: breves apontamentos sobre a autoria de crimes de auxílio e sobre a instigação

Vale apontar que, embora o presente estudo proponha o critério da utilidade buscando conferir maior substância ao sentido delitivo da cumplicidade, por encontrar referência na compreensão de concurso e auxílio, deverá ser observado também em algumas hipóteses de autoria, especificamente nos casos em que a participação é tipificada como um delito autônomo. Tornou-se recorrente na prática legislativa nacional a tipificação autônoma de hipóteses de auxílio, ampliando-se a responsabilidade de diversos agentes a título de autoria. É o que se percebe nos delitos de favorecimento

pessoal³³⁰, favorecimento real³³¹, divulgação de programa de processamento de dados que possibilite a sonegação fiscal³³², dentre outros. Há ainda delitos cuja técnica de legiferação se estrutura na descrição de diversas hipóteses cuja amplitude acaba por abarcar também comportamentos de intervenção, como os delitos de lavagem de ativos e tráfico de drogas.

Para a melhor compreensão do alcance da proposta, pode-se tomar como exemplo a específica criminalização da divulgação de programa de processamento de dados que viabilize a sonegação fiscal. A partir de uma operação deflagrada para a apuração de sonegação fiscal por uma série de padarias e supermercados, apurou-se que os responsáveis nas empresas se utilizavam de recursos de um mesmo *software* para o cometimento dos delitos. Referido *software*, aprovado pela Receita Federal e negociado no mercado formal, tinha por finalidade possibilitar o lançamento automático de ICMS com o uso de aparelhos de emissão de notas fiscais vinculadas ao sistema. Contudo, em obediência aos requisitos estipulados pela Receita Federal, o programa oferecia aos usuários uma opção de preenchimento manual das vendas, para as hipóteses de falha nos equipamentos ou problemas com a rede de internet. Nos casos em que os usuários utilizassem a janela de preenchimento manual, deveriam posteriormente relatar esse uso

³³⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848/1940. Código Penal. “Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.” Em outra oportunidade, desenvolvi estudo sobre essa questão, a partir da análise de um caso histórico icônico ocorrido na Itália: o caso Dom Mario Frittita. Trata-se do caso da prisão do padre carmelita Dom Mario Frittita na Itália dos anos 1990, acusado pelo delito de favorecimento pessoal (*favoreggiamento personale*) por ter se encontrado, comunicado e transmitido o sacramento da confissão ao *boss* mafioso, então fugitivo, Pietro Aglieri. O delito de *favoreggiamento*, similar ao delito de favorecimento pessoal do direito brasileiro, é um crime autônomo, cujo núcleo “auxiliar” – no caso italiano, “prestar ajuda” – não coincide com o auxílio enquanto forma de participação. Até mesmo porque o comportamento passível de ser imputado como participação necessariamente deve ocorrer em momento anterior à consumação do delito em questão. Atos realizados após a consumação não mais configuram participação, mas podem configurar o tipo penal autônomo do favorecimento pessoal. Entretanto, na medida em que seu núcleo típico consiste justamente em “auxiliar”, demanda justamente que seja empreendida a análise sobre o seu sentido delitivo. Assim, o critério da utilidade deverá ser aplicado também aos casos de favorecimento pessoal. Para aprofundamento, *c.f.* BRENER, Paula. Ações neutras e linguagem: diálogo crítico com a proposta subjetiva centrada na adesão ao delito do autor. *In:* ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César (Orgs.). **Direito Penal, neurociência e linguagem**: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. pp. 287-300.

³³¹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848/1940. Código Penal. “Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.”

³³² BRASIL. Lei n. 8.137/1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

“Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

e enviar para a Receita Federal os respectivos informes com os registros dos negócios realizados, o que não era realizado por algumas das contratantes do *software*.

Foi, então, oferecida denúncia em face dos sócios da *startup* desenvolvedora do programa, imputando-se a eles o delito descrito no artigo 2º, inciso V da Lei n. 8.137/1990.³³³ Entendeu-se que seu comportamento se conformava à descrição legal do crime de divulgação de programa de processamento de dados que viabilize a sonegação fiscal em razão da existência da janela de preenchimento manual que permitia às empresas adquirentes do programa possuírem informação contábil diversa daquela fornecida à Fazenda. A responsabilização dos desenvolvedores do *software*, a título de autoria, deverá observar ao critério da utilidade de seu comportamento aqui proposto.

Não se olvida que o desenvolvimento do *software* seja causal para o resultado, tampouco que o avanço tecnológico comporte acréscimo de riscos. No entanto, o desenvolvimento desses programas também comporta uma série de utilidades legítimas, como a maior eficiência no lançamento dos dados, a redução do erro humano no preenchimento de relatórios, a automatização de procedimentos tributários, dentre outros. Razão pela qual sua produção é permitida e certificada pela Receita Federal, desde que obedecidos os requisitos determinados pelo órgão. De tal sorte, não se pode admitir a punibilidade de agentes pelo desenvolvimento de programas e aplicativos em observância aos requisitos regulamentares e com aprovação pela Receita Federal, cujo adquirente, por decisão autônoma e posterior, opte por desviar as funcionalidades oferecidas para finalidades delitivas.

Completamente diferente seria o cenário em que um habilidoso desenvolvedor de *softwares* fosse contratado por um terceiro justamente para a produção de mecanismos cuja utilidade seja justamente a de possibilitar o cometimento de delitos relativos à sonegação fiscal. Nessa hipótese, o programa desenvolvido se direciona à realização de delitos e não possui utilidades legítimas em sua divulgação. Não será o adquirente do *software* que o desviará para seus propósitos ilícitos, mas o próprio comportamento de quem o fornece apresenta em si inequívoco sentido delitivo.

³³³ A questão foi discutida na ação penal n. 024.11.021426-9 que tramitava perante a 2ª Vara Criminal de Vitória, no Espírito Santo. Após uma longa instrução, a sentença acabou por preliminarmente reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, sem o julgamento do mérito. BRASIL. Justiça Estadual do Espírito Santo. 2ª Vara Criminal da Comarca de Vitória/ES. Ação Penal. Processo de autos nº 0021426-17.2011.8.08.0024 (024.11.021426-9). Vitória, 25/10/2017. Publicada em 13/11/2017, DJE nº 0044/2017.

O que se percebe na situação exposta é a aplicabilidade do critério proposto a hipóteses semelhantes dentro do sistema jurídico penal brasileiro. Independentemente de se questionar a legitimidade ou valor dessa técnica de legiferação, fato é que o critério proposto possui aplicabilidade também à imputação objetiva das formas de autoria resultantes da tipificação de comportamentos de auxílio. É dizer, o critério da utilidade proposto no presente trabalho abrange também hipóteses de autoria que descrevem um comportamento de auxílio, de forma tal que pode ser compreendido como uma máxima interpretativa para soluções de casos similares nos diferentes estratos do ordenamento.

Vale ainda tecer brevemente algumas palavras acerca da instigação. Ao propor o critério da idoneidade, Greco já aponta em sua obra que a própria estrutura da instigação restringe a aplicabilidade do critério, apontando para o fato de que, como na instigação o agente faz nascer a ideia no autor, o qual até então não estaria ainda decidido ao cometimento do delito, a proibição desse comportamento será, via de regra, idônea para a proteção de bens jurídicos. Quanto à análise do sentido delitivo, verifica-se, da mesma forma, uma conformação estrutural da instigação que torna restrita a aplicabilidade do critério. Compreende-se a instigação como a criação da resolução criminosa no autor³³⁴, ou como uma prática que interfere na decisão do autor em favor do crime.³³⁵ Nesses termos, instigador é aquele que determina o autor a praticar o delito.³³⁶

Difícilmente alguém levantaria questionamentos sobre a neutralidade de um comportamento dirigido a criar em um terceiro resoluções delitivas. Isso decorre da própria estrutura da indução, a qual apresenta em si a vinculação de sentido delitivo com o fato, o que termina por restringir a aplicabilidade do critério elaborado. De forma alguma é possível renunciar à análise de sentido da indução como concurso, apenas

³³⁴ Nesse sentido: “Instigar é determinar a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente. O instigador faz nascer a decisão de praticar o crime [...]” FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 256; “[...] provocação no autor principal da decisão de praticar o fato” GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 06.; “[...] provocar (de forma, pelo menos, cocausal) a resolução para o fato.” HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal**: parte geral. Trad. *par.* Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 263.

³³⁵ Para um maior aprofundamento sobre a compreensão analítica da instigação, confira-se a obra de Beatriz Corrêa Camargo, na qual se desenvolve um conceito de instigação como uma prática que interfere na decisão do autor em favor do crime, fundamentando-se a responsabilidade pelo “estabelecimento de razões para agir que exijam do sujeito uma atitude prática em sentido crítico, isto é, razões que possuam força normativa”. CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018. pp. 290-305.

³³⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 179.

coloca-se aqui que sua estrutura encontra maior clareza quanto a esse conteúdo de sentido delitivo que a cumplicidade.³³⁷

3.6.2. *Antecipando possíveis objeções à proposta*

Consolidada a tomada de posição e apresentado o alcance da proposta, vale brevemente antecipar possíveis crítica a serem formuladas ao posicionamento adotado neste trabalho, buscando oferecer respostas a essas questões, como forma de conferir solidez aos argumentos construídos.

3.6.2.1. *Contingencia da linguagem na construção do critério da utilidade?*

Inicialmente, é possível que se argumente criticamente à proposta aqui oferecida afirmando-se que um critério linguístico seria contingente e, portanto, inadequado para a resolução do problema das ações neutras. Isso porque, diante do critério proposto e de seu fundamento analítico, poder-se-ia afirmar que a “filosofia analítica renuncia à busca de essências e se limita à análise da linguagem, entendendo a esta como uma convenção contingente (não necessária) que atribui sentido às palavras e aos conceitos expressados por estas”.³³⁸

O problema inicial de uma crítica como essa se encontra no fato de que não é possível abdicar à interpretação e à atribuição de significados a comportamentos. Como aponta Hruschka, a imputação não é um processo de natureza apenas penal, mas consiste em um processo de atribuição de sentido constante da relação humana de compreensão. Some-se a isso que o fato de que não se trata de uma mera convenção contingente de sentido a palavras o que se procurou aqui evidenciar. Na verdade, recorre-se à parte geral, como “filha primeira da exigência de segurança jurídica”³³⁹, em sua função de garantia, para buscar a essência do que se compreende por participação e, portanto, quais são os

³³⁷ Para maior aprofundamento acerca do conceito de indução, *c.f.* CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

³³⁸ MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Trad. *par.* Ricardo Breier. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, v. 13, pp. 173-201, 2005, p. 176.

³³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte geral do Código Penal**: nova interpretação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 25. Nesse sentido: “A Parte geral, filha primeira da exigência de segurança jurídica, exercendo uma função de garantia, ficou esquecida enquanto conjunto de estruturas normativas, de tipos legais, diante da atenção dos juristas em desenvolver a teoria do tipo e da tipicidade aplicando-a às normas incriminadoras”

seus limites de responsabilidade. Compreender o comportamento de participação punível como “concurso” é buscar a sua essência, que o diferencia da simples causação e, assim, conforma a participação.

Note-se que a “matéria da norma como critério semântico de classificação corresponde à *facti species*. A descrição da hipótese da situação de fato, sobre a qual incide a consequência [...]”³⁴⁰ De tal sorte, o trabalho desenvolvido buscou compreender a essência do comportamento que se conforma ao tipo penal da participação, para além de uma análise significativa da questão. E nesses termos, a lei penal brasileira oferece uma tipologia da participação no artigo 31 do Código Penal, fazendo a punibilidade do partícipe depender da subsunção de seu comportamento ao que se compreende como auxílio ou instigação para determinado delito.

3.6.2.2. Crítica em considerar neutra conduta que proporcione piora na situação do bem jurídico?

Antecipa-se ainda a possível problematização sobre o critério da utilidade como conformador de uma permissão de condutas que proporcione uma piora na situação bem jurídico. Por que avançar na análise desse critério após verificada a idoneidade da proibição e, com isso, deixar impunível uma contribuição cuja proibição representaria uma melhora para a situação do bem jurídico?

Como abordado anteriormente, o princípio jurídico-penal da proteção de bens jurídicos é um dos elementos centrais de um direito penal liberal. Possui papel central na justificação da punição do comportamento frente ao apenado e à sociedade. Além disso, possui um relevante potencial para a limitação da intervenção penal e na conformação de um direito penal de *ultima ratio*.

Entretanto, o princípio jurídico-penal da proteção de bens jurídicos encontra também limites no arcabouço legal do sistema penal. Em outras palavras, a eficácia da finalidade do Direito Penal de proteção de bens jurídicos se encontra limitada pela legalidade. O fundamento da participação não pode se esgotar em uma perspectiva consequencialista, mas deve também ser limitado por um contorno deontológico inafastável, o qual encontra sua definição na lei penal.

³⁴⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

Esse raciocínio não contraria o modelo teleológico, pelo contrário. Conforme Roxin, o tipo penal cumpre as finalidades político-criminais de prevenção geral, bem como a de “excluir do tipo objetivo aquelas causações de lesões de bens jurídicos surgidas por acaso ou em consequência de um *versari in re illicita*”.³⁴¹ Nesse sentido, o tipo opera exatamente na limitação da intervenção penal ao rol de hipóteses legais, conferindo-lhe precisão e segurança. Diversos autores atribuem a esse papel uma função de garantia³⁴², afirmando que “ao lado dos tipos penais e fora deles não existe nenhuma conduta punível”.³⁴³ Essa função se apresenta também na participação, embora o seu raciocínio exija uma leitura sistemática conjugando a parte geral e a parte especial do Código Penal.

Assim, por mais que o tipo se encontre numa área de conflito entre a finalidade e a taxatividade legal, a interpretação judicial não pode ultrapassar o limite semântico da norma. O tipo da participação possui um limite interpretativo que não pode ser estendido para proteger o bem jurídico, sob pena de se despir da legalidade penal. Ainda que os objetivos para a intervenção penal possam ser elogiáveis, ela apenas se justifica como *ultima ratio* para a finalidade de proteção de bens jurídicos. E, por se valer da pena como consequência, deve partir da liberdade e tão somente dos limites da estrita legalidade. Assim, “deve-se resgatar da tradição liberal um argumento a mais, limitador do poder de punir, que é a esfera inalienável da liberdade”.³⁴⁴

Por fim, pode-se opor à essa crítica um argumento também de ordem consequencialista – embora se trate de argumento mais fraco. Atribuir a essas condutas desvalor jurídico apresentaria uma série de implicações inadmissíveis frente a presente ordem social e econômica vigente. Teria por consequência grave limitação à inovação tecnológica especializada, bem como ao desenvolvimento econômico e diversas eficiências empresariais que esses fatores abarcam. Seriam restringidas possibilidades de exercício da livre iniciativa, bem como as utilidades positivas da socialização desses resultados do mercado.

³⁴¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. par. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 233-235. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. par. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁴² Ilustrativamente: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3ª ed. Tio de Janeiro: Forense, 1993, p. 156; VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: UFMG, 1987, p. 28.

³⁴³ VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: UFMG, 1987, p. 28.

³⁴⁴ HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 155, v. 27, pp. 51-70, 2019. p. 65.

4. RESOLUÇÃO DOS CASOS

Enunciado do CASO 1 (adaptação do caso e variantes de Greco³⁴⁵) – *A quer matar sua esposa. Na calada da noite, vai até seu amigo B, conta-lhe seus planos e pede a este que lhe empreste sua eficiente faca de churrascos. O amigo aquiesce. Na mesma noite, A assassina a sua esposa com a faca. Punibilidade de B?*

Ao matar sua esposa com a faca de churrasco, A comete homicídio doloso, antijurídica e culpavelmente.

Em razão do fornecimento da faca para A, B poderia, em tese, ser responsabilizado por concorrer para o delito de homicídio (art. 121 combinado com os artigos 29 e 31 do Código Penal).

Para isso, inicialmente, o fornecimento da faca por B teria de ser causal para a morte da esposa de A, que corresponde ao resultado delitivo do artigo 121 do Código Penal. Segundo a fórmula da *conditio sine qua non*, uma ação causal é aquela que não pode ser hipoteticamente subtraída sem que o resultado deixe de ocorrer tal como concretamente ocorreu (com aquela faca). A não teria atingido sua esposa fatalmente com a faca de churrascos, não fosse pelo fornecimento de B. A entrega da faca por B foi causal para a morte da esposa de A.

Ao fornecer a faca para A, B cria um risco de que o fato principal ocorresse, pois, aos olhos de um observador prudente, dotado de conhecimentos especiais de B, que sabia dos planos de A, havia possibilidade de que o crime fosse cometido.

Encontrar outra forma de obter referido instrumento nas condições do caso traria dificuldades para A, de forma tal que a proibição de seu fornecimento seria idônea para a melhora das condições do bem jurídico em questão, a vida de sua esposa.

Por fim, para que o comportamento de B apresentasse sentido delitivo, deveria ser compreendido como “concurso” para o delito. Por concorrer, entende-se o comportamento que apresente unicamente utilidade delitiva, suprimindo necessidade do autor, que não poderia obtê-la em seu campo causal. Nas circunstâncias descritas, em plena calada da noite, o empréstimo da faca teria por utilidade única o auxílio ao fato principal. Desse modo, no contexto apresentado, a entrega da faca por B é concurso.

³⁴⁵ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Por essa razão, B causa o fato principal, criando com seu comportamento um risco juridicamente desaprovado que se realiza no resultado. B o faz com dolo, de forma tal que se encontra presente o tipo penal da cumplicidade. Inexistindo causas de justificação ou exculpação, pode-se concluir pela punibilidade de B.

Variante 1 – *A quer matar sua esposa. Vai até a loja de utensílios domésticos, conta ao vendedor V seus planos e compra a mais cara e eficiente faca de churrascos. Na mesma noite, A assassina a sua esposa com a faca. Punibilidade de V?*

Do mesmo modo que no caso anterior, ao matar sua esposa com a faca de churrasco, A comete homicídio doloso, antijurídica e culpavelmente.

Ao fornecer a faca para A, V causou a morte da vítima, a qual não teria ocorrido em sua configuração concreta.

Entretanto, é questionável se a morte da vítima pode ser imputada a V.

A fim de limitar, já no plano do tipo objetivo, o alcance exagerado da fórmula da *conditio sine qua non*, a teoria da imputação objetiva exige que um risco juridicamente relevante, criado pelo autor se realize no resultado.

Por vender a faca a A, V criou um risco de que o fato principal ocorresse, pois, aplicando-se o critério da prognose póstuma objetiva, novamente, aos olhos de um observador prudente, dotado dos conhecimentos especiais de V, havia possibilidade que o crime fosse cometido.

A questão é verificar se esse risco é ou não juridicamente desaprovado. Para tanto, inicialmente, deve se verificar a idoneidade da proibição de venda da faca.

Uma proibição é idônea quando, ao ser cumprida, proporciona relevante melhora na condição do bem jurídico em questão. Neste caso, na hipótese de recusa por parte de V em fornecer a faca à A, este poderia facilmente se dirigir à uma outra loja e obter referida faca, sem maiores dificuldades ou atrasos, haja vista se tratar de um bem ubíquo e à disposição para compra. Por essa razão, a proibição em análise se revela ineficaz para a finalidade de proteção de bens jurídicos e, portanto, inidônea. Assim, o critério do risco permitido incide em sua eficácia negativa, afastando a imputação de responsabilidade a V.

Conclui-se, dessa forma, V não criou risco juridicamente relevante em relação à esposa de A por meio da venda da faca de churrascos. O resultado típico não pode, assim, ser imputado a V como obra sua.

Observe-se que a solução diferente à segunda variante em relação ao caso não se encontra na natureza profissional do aporte realizado por V. Na verdade, o que se coloca em questão é o conteúdo de desvalor do próprio aporte no contexto em que se encontra. Enquanto no caso anterior se verifica um fornecimento que, nas circunstâncias, mostrava-se pouco disponível, somado ao contexto em que sua única utilidade seria a de auxiliar o cometimento do delito, conformou-se objetivamente o tipo da cumplicidade.

Em contrapartida, na presente variante, o que se percebe é que o aporte fornecido por V está à disposição de A, que poderia igualmente buscar em qualquer outra loja nas proximidades, sem maiores dificuldades, a venda do objeto por um agente sem os conhecimentos de V.

Variante 2 – *A quer matar sua esposa. Vai até a loja de utensílios domésticos e conta ao vendedor V seus planos. V, se solidariza aos desígnios de A, cuja esposa é compradora na loja e trata aos vendedores com extrema arrogância. Aconselha-o então a obter o mais tecnológico modelo, com o melhor e mais eficiente aço. A aceita os conselhos e compra a mais cara e eficiente faca de churrascos. Na mesma noite, A assassina a sua esposa com a faca. Punibilidade de V?*

Como nos casos anteriores, ao matar sua esposa com a faca de churrasco, A comete homicídio doloso, antijurídica e culpavelmente.

Da mesma forma, ao fornecer a faca para A, V causou a morte da vítima, criando um risco de que o fato principal ocorresse, pois, aplicando-se o critério da prognose póstuma objetiva, novamente, aos olhos de um observador prudente, dotado de seus conhecimentos especiais, havia possibilidade que o crime fosse cometido. Tal qual na variante 1, a ubiquidade do aporte torna a proibição do seu fornecimento inidônea. Contudo, não se encerra aqui a análise da punibilidade de V por cumplicidade.

Há no caso descrito uma diferença central para a análise empreendida: V aconselha ao comprador, modificando o concreto modo de execução, ou seja, influenciando sobre o fato. Ao oferecer seus conselhos, V comete o tipo de auxílio psíquico, modificando a maneira de execução do fato. Assim, embora não incorra na cumplicidade material, incidirá na cumplicidade psíquica, sendo responsável penalmente nos termos do artigo (art. 121 combinado com os artigos 29 e 31 do Código Penal), desde que ausentes causas de justificação e de exculpação.

Note-se aqui que o que ocorre no caso é o que a doutrina chama “aconselhamento técnico”³⁴⁶ ou “auxílio técnico”³⁴⁷, hipótese em que aportes morais acarretam uma modificação em concreto no modo ou maneira em que o crime é cometido pelo autor. A situação seria completamente diferente caso V houvesse simplesmente manifestado aprovação ou simpatia para com os planos de A. Neste caso, não incorreria em participação. A mera solidarização para com os planos do autor não é suficiente para conformar cumplicidade. Não modifica o concreto modo ou maneira de execução do crime, não estabiliza a resolução do autor, não proporciona motivos adicionais, tampouco intensifica a realização do fato. Nesse caso, o interveniente não teria criado risco juridicamente relevante em relação à vítima, de modo que o resultado típico não poderia lhe ser imputado a V como obra sua.

Variante 3 – *Inicia-se uma violenta rixa na frente de uma loja de utensílios domésticos. R entra sujo, amarrotado e bufando, solicita uma faca de churrascos, sendo prontamente atendido pelo vendedor V, o qual, interessado em bater sua meta de vendas, diz para si mesmo “não é problema meu”. Na sequência, R assassina dois indivíduos que participavam da rixa. Punibilidade de V?*

No caso, R comete inicialmente o crime de rixa (art. 137 do CP) e, na sequência, com a faca de churrasco recém adquirida, comete o crime de homicídio doloso, antijurídica e culpavelmente em dois casos.

Quanto à responsabilidade penal de V, afasta-se a imputação do delito de rixa, cuja realização por R se encerra antes da intervenção de V, de modo que tais fatos não lhe podem ser atribuídos. Assim, a análise se concentrará sobre a possibilidade de imputar a V responsabilidade penal sobre a morte das duas vítimas a título de participação.

A venda da faca para R é causal para o resultado, uma vez que não pode ser hipoteticamente subtraída sem que o resultado deixe de ocorrer em suas condições concretas. Além disso, ao fornecer a faca para R, B cria um risco de que o fato principal ocorresse, pois, aplicando-se o critério da prognose póstuma objetiva, verifica-se que aos

³⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. par. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. pp. 282.

³⁴⁷ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 157.

olhos de um observador prudente, observando a rixa que ocorria diante da loja, havia possibilidade de cometimento do crime.

Nas circunstâncias descritas, tendo a rixa ocorrido diante dessa específica loja, a proibição de fornecimento da faca por V seria idônea para a proteção do bem jurídico, lesado com o cometimento do delito por R. Encontrar outra forma de obter referido instrumento, nas condições do caso traria dificuldades para R, inviabilizando que se realizassem os crimes na forma e intensidade como ocorreram naquele mesmo momento. Concretamente, dissolve-se a ubiquidade ou a disponibilidade do instrumento.

No entanto, a tipicidade objetiva da conduta de V requer ainda a verificação do sentido delitivo do comportamento, amoldando-se aos limites do tipo penal da participação. Conforme a proposta esboçada no trabalho, o tipo penal da participação encontra balizas restritas pelo emprego na norma do termo “concurso”. Por concorrer, entende-se o comportamento que apresente unicamente utilidade delitiva, suprindo necessidade do autor, que não poderia obter em seu campo causal.

Nesse caso, a utilidade da faca fornecida por V é unívoca, sendo determinada pelo contexto. Assim, tendo ocorrido uma terrível rixa diante da loja em que V exerce sua atividade profissional, a faca adquirida por R acaba por ter sua utilidade delimitada e restringida pelo contexto da rixa, a ela se encontrando vinculada. Nessa medida, pode-se afirmar o sentido delitivo – e, portanto, o desvalor do risco – do fornecimento da faca por parte de V, de forma tal que o emprego dessa faca por R no homicídio das vítimas pode, assim, ser atribuída a V como concorrente na forma do auxílio.

Ao afirmar “o problema não é meu”, V demonstra ter consciência da possibilidade de ocorrência de um crime, tendo V assumido o risco de realização do resultado. Por essa razão, pode-lhe ser atribuída responsabilidade a título de dolo eventual. Conclui-se, portanto, pela tipicidade do comportamento de V.

Enunciado do CASO 2 (dramatização por Greco de um caso de Jakobs³⁴⁸) – *A paga sua dívida a B, o qual não dispõe de qualquer outra fonte de recursos, sabendo que este usará o dinheiro para comprar uma arma e matar C. É o que efetivamente ocorre. Punibilidade de A?*

³⁴⁸ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

C comete o crime de homicídio doloso, antijurídica e culpavelmente, incorrendo no tipo do artigo 121, *caput*, do Código Penal.³⁴⁹

Questiona-se então se poderia A ser punido por participação no homicídio realizado por A por ter quitado com ele sua dívida.

Ao pagar a dívida que tinha com B, A causou a morte de C, a qual não teria ocorrido em sua configuração concreta sem esse aporte. Não obstante a causalidade do comportamento de A, é questionável se a morte da vítima pode lhe ser imputada. O pagamento cria um risco, pois um observador prudente, dotado dos conhecimentos especiais de A, reconheceria a possibilidade que o crime fosse cometido. Também se verifica a idoneidade da proibição para a melhora da situação do bem jurídico, pois, tomando por base os elementos do caso, não se verifica qualquer outra possibilidade para a obtenção do dinheiro por B sem maiores dificuldades.

Entretanto, para a conformação da tipicidade do aporte, é preciso ainda verificar se o comportamento de A apresenta sentido delitivo, podendo ser compreendido como “concurso” para a morte de C.

Conforme a proposta elaborada no presente trabalho, o critério que confere ao concurso linhas mestras na participação é a utilidade. Assim, a conduta apenas conforma participação quando apresentar uma utilidade unívoca delitiva, de modo a suprir uma necessidade do autor. No caso, o pagamento claramente não possui como única utilidade o delito. O dinheiro oferece inúmeras utilidades legais, sendo B quem desvia os valores para uma utilidade delitiva, a partir de sua decisão autônoma após recebê-lo. A não se integra ao fato como um concorrente, ou seja, não se vincula a ele como obra sua. Ainda que dotado de conhecimentos especiais, o aporte em si não apresenta desvalor, pois o pagamento do valor encontra uma miríade de utilidades legítimas. É B quem, por decisão autônoma e independente de A quem desvia sua utilidade. Assim, o pagamento da dívida por A não pode ser compreendida como concurso, de modo que não há que se falar em desvalor do comportamento de A, tampouco em tipicidade de sua conduta.³⁵⁰

³⁴⁹ Dispensa-se aqui a verificação sobre os crimes de porte ou posse de arma de fogo, em razão da ausência de descrição no caso sobre tais elementos, bem como da suficiência da análise sobre o homicídio para a testagem da hipótese aos casos.

³⁵⁰ Interessante observar que, ao solucionar ao presente caso em sua obra, Greco afirma que a idoneidade não é capaz de solucionar satisfatoriamente ao problema, apontando brevemente para uma possível solução a ser desenvolvida no sentido de uma interpretação restritiva de auxílio. Não obstante, entende que tal argumento careceria de uma boa fundamentação ou desenvolvimento. GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 166.

Por tais razões, conclui-se que A não criou risco juridicamente desvalorado em relação à C por meio do pagamento da dívida que possuía com B. O resultado típico não pode, assim, ser imputado a A como obra sua.

Enunciado do CASO 3 – *A Empresa Sondas Ltda. tem por finalidade o fornecimento de maquinário especializado utilizado para sondagens do solo para que se ateste a estabilidade de barragens. S, sócio-gerente da Sondas Ltda tomou conhecimento pela televisão³⁵¹ sobre o rompimento de uma barragem de rejeitos de uma de suas principais clientes, a Mineradora M. A mesma reportagem indicava fraude nos relatórios de estabilidade de barragens, indicando para o risco de rompimento de todo o complexo de barragens de M. Não obstante as reportagens televisivas, o Sócio-Gerente de S decide renovar o contrato com os Diretores de M, dizendo para si mesmo “não é problema meu”. Alguns meses depois, ocorreu novo rompimento de barragem de rejeitos, novamente constatando-se dados irregulares nos relatórios de estabilidade. Os Diretores de M foram denunciados pelo cometimento do crime de desmoronamento qualificado pelo resultado morte (art. 256 c/c art. 258 do CP). Punibilidade de S, Sócio-Gerente da Sondas Ltda?*

Os responsáveis em M cometem o crime de desmoronamento, incorrendo no tipo descrito no artigo 256 com a qualificadora do artigo 258 do Código Penal.

O Sócio-Gerente da Sondas Ltda., responsável pela negociação dos contratos com M, ao renovar o contrato de fornecimento do maquinário especializado causa o resultado, que não poderia ser realizado como ocorreu, haja vista a dependência da realização de testes utilizando as especializadas sondas para a emissão de relatórios, sem os quais não se permitiria o funcionamento da barragem. Houve ainda a criação de risco, uma vez que, com as avançadas apurações sobre as irregularidades nas atividades de M, um homem prudente reconheceria a possibilidade de ocorrência do resultado.

O maquinário fornecido é especializado, ou seja, trata-se de uma tecnologia de ponta, que não se encontra à disposição no mercado. Dessa forma, caso o S se negasse a renovar o contrato com M, os Diretores da mineradora não encontrariam um substituto

³⁵¹ Sobre os conhecimentos especiais obtidos por televisão, a decisão na ação penal de n.º 5083258-29.2014.4.04.7000/PR no âmbito da Operação Lava Jato. BRASIL. Seção judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação penal n.º 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Juiz federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 20 de julho de 2015.

no mercado com facilidade. A obediência a uma proibição de fornecer o maquinário nessas condições proporcionaria uma melhora para as condições do bem jurídico, sendo, portanto, idônea. Note-se mesmo que, considerando-se a amplitude da publicidade da apuração, essa proibição provavelmente alcançaria a todo e qualquer fornecedor de referido maquinário.

O negócio jurídico firmado por S e o conseqüente fornecimento das sondas, contudo, possui inúmeras utilidades legais, usos legítimos e benéficos para o desenvolvimento econômico das atividades de mineração com maior precisão e segurança. A decisão posterior de diretores de M em desviar essas utilidades para proveitos delitivos é autônoma e posterior à contribuição de S. Tratam-se de usos que ultrapassam as competências de S, o qual não se vincula ao fato como obra sua, não concorre para o ilícito, mas mantém-se nos limites da liberdade no exercício de suas atividades econômicas.

Conclui-se assim que S não cria um risco juridicamente desvalorado, sendo atípico o seu comportamento. Ou seja, S não responde por participação no crime de desmoração qualificado.

Enunciado do CASO 4³⁵² – *Um advogado A foi contratado por uma Empresa E para acompanhamento de um processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, tendo elaborado petições, pareceres, despachado e realizado sustentação oral no caso. Durante o curso do processo, entretanto, diretores da Empresa*

³⁵² De forma similar ao caso hipotético, pode-se mencionar o Habeas Corpus n. 0056868-71.2016.4.01.0000 julgado pelo TRF1 no âmbito da Operação Zelotes. O acórdão se debruça sobre suposto crime de contratação de ex-conselheiros do CARF para influenciar de forma ilícita em um julgamento de um contribuinte no órgão. No bojo da denúncia, foi incluído, como suposto partícipe, o advogado G.M.S. o qual havia sido constituído previamente pelo contribuinte e desempenhado uma atuação técnica na elaboração de petições e demais serviços jurídicos. O denunciado havia subscrito o contrato desses advogados, substabelecendo-lhes poderes para tanto. A decisão que indeferiu o pedido de trancamento da ação apresentou por fundamento a importância de apurar a sua eventual responsabilidade a título de participação do advogado G.M.S., a qual dependeria da demonstração de seu conhecimento acerca da finalidade delitiva da contratação dos ex-conselheiros do CARF para influenciar no julgamento por meio de despacho frente ao órgão. A decisão considerou sua atuação técnica como advogado como contribuição ao delito, conforme excerto: “7. De se ver, ademais, que o paciente também atuou de forma direta e efetiva no processo administrativo em testilha, fosse realizando a sustentação oral em favor do contribuinte, fosse requerendo o adiamento do julgamento, fato este que, segundo a denúncia, faria parte da urdidura perpetrada com o intuito de lesar o fisco”. É negado provimento ao Habeas Corpus para trancamento de ação, afirmando-se a importância de se verificar se o advogado teria ou não aderido subjetivamente às condutas delitivas dos corréus: “Necessário aferir se ele - paciente - teria ou não aderido à urdidura encetada para a consecução da finalidade ilícita a que se refere a denúncia, se teve ou não participação no esquema e, ainda, a relevância causal - se de maior ou menor importância - de eventual participação no iter criminis delineado na inicial acusatória”. (TRF1, Quarta Turma. HC nº 0056868-71.2016.4.01.0000. Julgado em: 12/12/2016. e-DJF1 20/01/2017).

E realizavam atos de corrupção para obter decisão favorável no julgamento, tendo sido contratados antigos conselheiros do órgão para exercerem sobre ele influência, bem como teria sido realizado pagamento de propina a conselheiros responsáveis pelo julgamento, restando configurado o crime de corrupção ativa perante o órgão (art. 333 do Código Penal). Essas informações eram conhecidas pelo Advogado A, presente em reuniões em que fora comentado o plano delitivo dos diretores com os ex-conselheiros responsáveis por exercerem sua influência em despacho. O Advogado A deve responder como partícipe no delito de corrupção ativa perante o órgão (art. 333 do Código Penal)?

Como o próprio enunciado do caso já indica, os diretores da Empresa E, juntamente com os ex-conselheiros contratados para exercerem influência e pagarem propina aos adjudicatadores do processo cometeram o crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal).

O advogado A, atuando no processo em questão, comporta-se de modo causal para o resultado, o qual não ocorreria em sua condição concreta sem sua contribuição – seus argumentos, peças e sustentação oral são determinantes do resultado na forma como ocorreu. Além disso, diante dos conhecimentos especiais de A, um homem prudente certamente reconheceria a possibilidade de ocorrência do resultado, razão pela qual o comportamento de A é uma criação de risco.

Contudo, proibir que A atuasse no caso seria medida absolutamente inócua para o fim de proteção de bens jurídicos. Os diretores da Empresa E não encontrariam dificuldades em encontrar advogados para o acompanhamento de seu processo, os quais, não possuindo os conhecimentos de A, prestariam o serviço que os contratantes necessitavam. Por essa razão, a proibição sobre a conduta de A é inidônea, o que fundamenta a eficácia negativa do risco permitido para a exclusão da responsabilidade de A.

Conclui-se, assim, que A não cria um risco juridicamente desaprovado para o resultado, de modo que o crime de corrupção ativa não pode lhe ser imputado.

Enunciado do CASO 5³⁵³ – *P, o único procurador do município de Distante, emite parecer opinando pela dispensa de licitação para a contratação de uma Empreiteira para*

³⁵³ De forma similar, foi julgado no Superior Tribunal de Justiça caso em que foi denunciado um assessor jurídico em função da emissão de pareceres favoráveis a dispensa de licitações cuja finalidade se dirigiria exclusivamente a conferir aparência de legalidade a atos ilícitos do prefeito da municipalidade. Fez-se uma

a realização de obras no município após período de fortes chuvas. O parecer de P embasou a determinação do Prefeito do município de contratar uma Empreiteira sem que fosse realizada licitação, serviço que acabou por custar um valor acima do usual no mercado. Não obstante a tecnicidade do parecer de P, este possuía conhecimentos acerca de relações pessoais e familiares entre o Prefeito do município e os profissionais da empresa indicada na sequência para a prestação dos serviços. P pode ser responsabilizado como partícipe no delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993?

Ao dispensar a realização de licitação para a contratação de Empreiteira da família, o Prefeito de Distante comete o crime de fraude à licitação, tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93.

Por fornecer ao Prefeito parecer jurídico opinando pela dispensa de licitação, P causa o resultado, que não teria ocorrido em sua condição concreta sem o parecer. Além disso, aplicando-se o critério da prognose póstuma objetiva, um homem prudente dotado dos conhecimentos de P, concluiria pela existência de possibilidade de ocorrência do resultado. Assim, ao proferir seu parecer, P cria um risco juridicamente relevante.

Questiona-se então se é desvalorado o risco criado, sendo necessário verificar a idoneidade da norma e o seu sentido delitivo.

Em se tratando de um município no qual há somente um procurador alocado, o Prefeito não poderia obter outro parecer que suprisse a sua necessidade. Concretamente, o parecer fornecido por P não é ubíquo e, caso o procurador se recusasse a opinar em favor da dispensa de licitação, o prefeito encontraria serias dificuldades para realizar o delito. Assim, a proibição é idônea para melhorar a situação do bem jurídico.

Entretanto, se a análise fosse interrompida nesse ponto, o comportamento de P encontraria seu desvalor em uma externalidade: a circunstancial alocação do procurador em um pequeno município. Caso estivesse na capital, cercado por outros procuradores, o

análise de sentido delitivo sobre os pareceres, apontando-se que estes não estariam consubstanciados no exercício de atividade profissional, mas conformavam-se como simples convalidações de ilegalidades em procedimentos licitatórios, uma vez que estavam dissociados de seu contexto fático e não apresentavam análise dos procedimentos autorizados pelo Prefeito. (STJ, Quinta Turma. RHC 81323/SP. Data do Julgamento: 15/05/2018. DJe 23/05/2018). Em contrapartida, no HC 369019/AP, foi realizado o trancamento do processo penal em face de uma subprocuradora da assembleia do estado que teria concedido parecer favorável à contratação direta de locação de imóvel, tendo em vista a não demonstração de dolo específico de causar prejuízos ao município por parte da acusada como partícipe (STJ, Quinta Turma. HC 369019 /AP. Data do Julgamento: 13/12/2016. DJe 19/12/2016). Note-se ainda o caso trazido por João Daniel Rassi em sua obra (STJ, Quinta Turma. HC nº 39.644-RJ. Julgado em: 17/10/2013, DJ 29/10/2013). RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: Liber Ars, 2014.

mesmo parecer, com os mesmos fundamentos, não seria desvalorado. Essa inconsistência é bem resolvida quando se avança a análise para o próprio comportamento de P, de forma que não são fatores externos que determinam seu desvalor objetivo, mas seu sentido próprio.

Assim, é preciso verificar se, ao emitir o parecer, P concorre para o resultado.

Aplicando-se o critério proposto no presente trabalho, verifica-se que o parecer elaborado por P possui utilidades legais. O procurador agiu dentro da legalidade, segundo o seu conhecimento perito, elaborando parecer favorável a dispensa de licitações em situação de grave urgência, hipótese inteiramente legal para a dispensa. Sua opinião jurídica encontra-se nos limites de liberdade e de forma alguma se vincula delitivamente ao injusto realizado pelo Prefeito. A partir da abertura de oportunidades lícitas que o parecer oferece, é o Prefeito que, por decisão autônoma, opta pela contratação de Empreiteira familiar, em prejuízo dos interesses públicos.

Dessa forma, P não criou risco juridicamente desvalorado, sendo o seu comportamento atípico.

Enunciado do CASO 6³⁵⁴ – *O Deputado Federal X, integrante da cúpula do “Partido Partícipe”, atuou de forma decisiva na tomada de decisão pelo chefe do executivo determinando a indicação de Y para compor os quadros de uma empresa estatal de economia mista como diretor, tendo lhe indicado para o cargo e apoiado politicamente de forma decisiva ao longo dos cinco anos em que Y foi diretor da empresa. Durante esse período, Y se envolveu em diversas licitações cartelizadas nas quais foram firmados contratos superfaturados entre a estatal e empreiteiras, fatos esses objeto dos*

³⁵⁴ A Ação Penal 996 julgada em 29/05/2018 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu caso similar. O acórdão analisa a conduta de N.M., Deputado Federal denunciado, a título de participação, em crimes de corrupção passiva realizados por P.R.C., diretor de uma Estatal brasileira. O comportamento imputado a N.M. como participação foi justamente a indicação e apoio político envidados a P.R.C.. O Deputado foi absolvido das acusações de participação nos crimes de corrupção passiva praticados no âmbito da Diretoria da Estatal. Conforme a decisão, embora tenha sido constatado que o deputado se beneficiou da sustentação política envidada, bem como sobre a sua provável ciência dos fatos (conhecimentos especiais), não restou provada a sua adesão subjetiva sobre à forma ilícita dos contratos celebrados no âmbito da estatal. (STF, Segunda Turma. AP nº 996. Julgado em 29/05/2018, DJe-025 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019). Embora o fundamento da decisão tenha se concentrado no plano da tipicidade subjetiva, parece que a sua solução se daria perfeitamente pela análise de sentido delitivo. O que não restou provado foi a relação de sentido delitivo entre a conduta de apoio à indicação e manutenção do agente público pelo parlamentar e os crimes de corrupção. O comportamento de apoio político na indicação e manutenção de agentes, no parlamentarismo de coalização, é uma ação relacionada à função parlamentar e representa uma utilidade, permitindo a tomada de decisões mais plurais pelo executivo. A punição da conduta, já no plano objetivo do tipo, exigiria que se demonstrasse a integração delitiva do comportamento de apoio aos atos de corrupção, de modo que essa utilidade legítima se perdesse, para tornar-se mercantilização da função pública.

conhecimentos especiais de X que tinha dúvidas sobre o envolvimento de Y. Constatou-se ainda que X realizara relevantes doações eleitorais para o “Partido Participe” nesse período. O Ministério Público apresentou denúncia contra Y pelo delito de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), tendo imputado o delito também ao Deputado Federal X a título de cumplicidade, considerando como favorecimento aos delitos de corrupção passiva o apoio político envidado na indicação e sustentação de Y no cargo público. Punibilidade do Deputado Federal X?

Y comete o crime de corrupção passiva, incorrendo no tipo descrito no artigo 317 do Código Penal por diversas vezes.

O Deputado Federal X, ao envidar crucial apoio político para a indicação de Y e sua manutenção no cargo causa os resultados, criando risco de sua realização uma vez que, também a dúvida consiste em um conhecimento especial relevante para a análise da prognose póstuma objetiva, de tal sorte que, aos olhos de um observador prudente, dotado dos conhecimentos especiais de X, havia possibilidade de ocorrência dos crimes.

Difícilmente se poderia dizer que Y conseguiria a indicação para o cargo sem o apoio de X, pois, embora sejam muitos os Deputados Federais no congresso brasileiro, encontrar apoiadores com a força política necessária, influência e alinhamento ideológico, convencendo-os ao apoio traria a Y dificuldades. Por essa razão, a proibição do comportamento seria idônea para a melhora da situação do bem jurídico, cumprindo sua função político-criminal.

O desvalor do risco criado pelo apoio político fornecido pelo Deputado Federal X, entretanto, depende ainda que se verifique sua utilidade delitiva, para que se amolde objetivamente aos limites do tipo penal da participação.

São inúmeros os fatores decisivos para que se envide apoio a determinado sujeito: seu alinhamento ideológico, qualificação, potenciais projetos direcionados à política eleitoral do Deputado, dentre outros. Para que se considere o apoio político cumplicidade, é necessário demonstrar que a única utilidade proporcionada é delitiva e, portanto, desvalorada. No caso, seria crucial a produção de provas demonstrando a vinculação entre a indicação e a obtenção de valores resultantes dos desvios realizados para o partido, demonstrando a unívoca utilidade delitiva na indicação, justamente o favorecimento aos injustos penais. Nesse caso, X teria concorrido para os crimes de corrupção passiva, criando risco juridicamente desvalorado ao envidar apoio político para a indicação e manutenção de Y no cargo, de modo que o resultado dos crimes lhe

poderiam ser imputados. Tratar-se-ia de aporte doloso de modo que, ausentes causas de justificação ou exculpação, X seria punível por concurso para corrupção passiva (art. 317 combinado com os artigos 29 e 31, todos do Código Penal)

Ausente a comprovação da integração de X nos fatos como concorrente, ou seja, não se demonstrando a univocidade delitiva da utilidade criada por seu aporte, sua absolvição é um imperativo da presunção da inocência, como regra de juízo (*in dubio pro reo*).

Pontue-se que, embora se possa afirmar que, em um presidencialismo de coalização³⁵⁵ o apoio político parlamentar-partidário é de grande relevância para a definição da ocupação de cargos do Executivo, o poder decisivo de apoiar decisões não é acompanhado de um dever de garantidor sobre o desempenho posterior do Diretor em seu cargo, não possuindo poder de controle sobre suas atividades. Note-se também que, mesmo que X pudesse retirar seu apoio a Y, ainda assim a decisão sobre a destituição do funcionário de seu cargo não lhe competiria. Destarte, X não poderia ser responsabilizado a título de participação, por omissão imprópria³⁵⁶, ao não retirar seu apoio político ou agir para a destituição de Y do cargo.

³⁵⁵ Por presidencialismo de coalização, entende-se um sistema político em que a formação de um executivo estável e dotado de governabilidade exige a aliança e negociação interpartidária, conformando coalizões entre partidos. Assim, recorre-se à coalização entre partidos – ampliando a influência do poder legislativo – na formação do Executivo, com a definição de cargos, ministérios dentre outros. Nesse modelo, a sustentação política do governo depende de uma análise partidário-parlamentar, bem como regional. Esse modelo se contrapõe ao denominado “presidencialismo imperial” o qual se fundamenta na hegemonia do Executivo e na independência dos poderes. Trata-se de um diagnóstico realizado a partir do funcionamento macropolítico das democracias contemporâneas, o qual demonstra a fragmentação partidário-eleitoral, reflexo de maior heterogeneidade social, que se percebe na atualidade, a qual tornaria improvável a formação de governos sustentados por um só partido majoritário. Segundo Sérgio Abranches, teórico que cunhou a expressão “presidencialismo de coalização”, trata-se de um fenômeno singular no Brasil, país que combina em seu modelo a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”. Desse quadro, resulta uma “necessidade, mais ou menos frequente, de recurso à coalizão interpartidária para formação do Executivo (gabinete)”. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, pp. 05-34 1988. p. 18 *et seq.*

³⁵⁶ Consigne-se em nota o entendimento adotado em favor da possibilidade da participação por omissão imprópria. Os limites do presente trabalho, contudo, não permitem a adequada análise sobre as controvérsias em torno do tema, de forma que, para o maior aprofundamento sobre as diversas teorias formuladas para o tema, indica-se aqui os seguintes trabalhos: BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de deber**: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios. Madrid: Marcial Pons, 2007; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007; e SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 48, Fasc/Mes 1, pp. 187-264, 1995.

CONCLUSÕES

1. As ações neutras, comportamentos que, em uma perspectiva causal, favorecem ou possibilitam o delito, mas que, entretanto, se conformam como condutas cotidianas, standard ou estereotipadas, em verdade, consistem em um grupo de casos limítrofes de cumplicidade. Assim, a questão das ações neutras, na verdade, é um verniz sobre o real problema, que consiste na zona cinzenta dos limites de responsabilidade na intervenção que possibilita ou favorece o injusto penal.
2. O princípio da autorresponsabilidade – ou responsabilidade pelo próprio injusto –, o qual determina que cada sujeito só pode ser responsabilizado pelo próprio comportamento, exige que se realize o processo de imputação sobre o comportamento do próprio partícipe. Conforme mais se distanciam do delito os aportes, intensificando-se a divisão de tarefas, mais complexo se torna fundamentar a responsabilidade do partícipe, identificando o desvalor próprio de sua contribuição.
3. Da mesma forma que na autoria, o raciocínio de imputação penal ao tipo objetivo da participação deve iniciar-se pela verificação da causalidade, avançando para a verificação da criação do risco e, então, de seu desvalor. Deve-se, portanto, identificar o conteúdo normativo do comportamento que fundamenta seu desvalor penal.
4. A proposta desenvolvida nesse trabalho defende a verificação do desvalor do risco a partir de dois critérios: o critério da idoneidade na verificação do risco permitido e o critério da utilidade para a análise do risco proibido.
5. Inicialmente, deve ser verificada a idoneidade da proibição, critério que faz valer a eficácia negativa do risco permitido, excluindo a proibição nos casos em que esta não for idônea para a proteção de bens jurídicos. Em outras palavras, a limitação da liberdade imposta por proibições que fazem valer a pena como meio coercitivo somente é idônea quando sua obediência proporcionar melhora relevante para a situação de bens jurídicos penais.
6. É inidônea uma proibição penal que, sendo obedecida pelo interveniente dotado de conhecimentos especiais, não levaria a uma melhora da situação do bem jurídico, mas sim apenas a um desvio pelo autor que, sem maiores dificuldades ou atrasos, logo encontraria um substituto disponível para fornecer o aporte.
7. O critério impõe um primeiro limite, de natureza consequencialista, à atribuição de responsabilidades na participação. Todo conceito jurídico-penal deve desempenhar determinada finalidade político-criminal e o critério da idoneidade representa importante

funcionalização do risco permitido para fazer valer o princípio de proteção dos bens jurídicos como um limite negativo à intervenção penal.

8. Entretanto, para além de um aglomerado de conceitos jurídicos que desempenham funções, o direito penal encontra-se limitado pela legalidade, conferindo racionalidade ao sistema punitivo, o qual apenas se desenvolve a partir da liberdade e pela liberdade.

9. O tipo penal cumpre justamente a função de estabelecer os limites entre a liberdade e responsabilidade no âmbito penal, estabelecendo o desvalor de todo e cada comportamento, fundamentando a sua punibilidade em respeito ao princípio da autorresponsabilidade. Mais especificamente, é na imputação do tipo penal objetivo, realizada de forma sistemática, com a articulação das exigências dos artigos 13, 29 e 31 do Código Penal, que se pode identificar os pressupostos de punibilidade da participação.

10. Conforme a disposição do artigo 29 do Código Penal, norma constitutiva da participação, mais do que causar o resultado, o partícipe concorre para ele. O termo concorrer traz consigo uma maior limitação ao que se entende por participação, exigindo que se verifique no comportamento do partícipe uma integração com o injusto, conformando uma relação de sentido de concurso para o crime (art. 29 do CP), precisamente de auxílio ou ajuda (art. 31 do CP).

11. Dessa forma, não é qualquer contribuição causal que conforma a participação, mas aquela que objetivamente possa ser compreendida como um ato de concurso, ou seja, que porte em si inequívoco sentido delitivo.

12. Nas omissões penalmente relevantes, o sentido delitivo se encontra já definido e expresso por deveres de garante ou deveres de solidariedade, os quais são previstos no ordenamento para situações de riscos especiais, nos quais estaria localizado o seu fundamento de idoneidade ou a razão para a sua proibição. Contudo, nas ações, o sentido delitivo do comportamento do partícipe dependerá da verificação do critério da utilidade.

13. Para que se compreenda a cumplicidade como concurso para o delito, o auxílio deve apresentar unívoca utilidade delitiva. Nas hipóteses em que se verifica utilidade legal para o aporte, cujo desvio decorre de decisão autônoma e posterior do autor, não se realiza o tipo penal da cumplicidade. Por meio do critério, busca-se estabelecer um padrão para a solução de problemas que faça valer os limites legais, estabelecidos no tipo penal para a participação, conformando um limite de natureza deontológica.

14. Em suma, entende-se por cumplicidade o comportamento causal para o resultado, que cria um risco proibido para o bem jurídico à luz do critério da idoneidade e que possua

sentido delitivo, ou seja, que apresente unicamente uma utilidade delitiva, integrando-se o interveniente ao fato como concorrente.

15. Noutros termos, o tipo penal da participação – "concorrer para um tipo penal" –, derivado da leitura sistemática dos artigos 13, 29 e 31 do Código Penal, configura-se quando (i) é identificado um aporte causal para o resultado, (ii) o qual, à luz do princípio da idoneidade cria um risco proibido para o bem jurídico, (iii) e conforma unicamente uma utilidade delitiva para o autor do injusto penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, pp. 05-34 1988.

ALCÁZER GUIRAO, Rafael. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico? **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n. 11, v. 7, pp. 293-335, 2001.

AMBOS, Kai. **Direito penal internacional econômico**: fundamentos da responsabilidade penal internacional das empresas. Trad. *par.* Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, 2019.

AMBOS, Kai. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. **Revista de Estudos Criminais**, n.10, v. 3, pp.23-32, 2003.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: parte speciale. V.1. 6ª ed. Milão: DOH.A. Giuffrè Editore, 1972.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. *par.* Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

AULETE, Caldas. **Dicionário Caldas Aulete** – Aulete Digital. Lexicon Editora Digital. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/concorrer>>. Acesso em: 02/12/2020.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. **Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974.

BACIGALUPO, Enrique. La función del concepto de norma en la dogmática penal. **Lecciones y ensayos**, n. 51, pp.33-49.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978.

BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción deber**: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2001.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BARROS, José Ourismar. **Criminalidade de empresa**: a responsabilidade penal dos diretores empresariais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014.

BECK, Ulrich. **Risk Society**: towards a new modernity. Trad. *par.* Mark Ritter. Londres: Sage Publications Ltda., 1992.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. V.1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 50, pp. 263-292, jan. - mar. 1997.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRASIL. STJ. Quinta turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81323/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 15 de maio de 2018. DJe, 23/05/2018.

BRASIL. TRF-1, SJMG, 1ª Vara Federal de Ponte Nova. Ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822/MG. Ponte Nova, 20/09/19.

BRASIL. TRF-4, SJPR, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Curitiba, 20/07/15.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região, quarta turma. Habeas Corpus nº 0050412-71.2017.4.01.0000/DF. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Brasília, 05 de dezembro de 2017. e-DJF1, 19/12/2017.

BRODT, Luís Augusto Sanzo (org.). **Criminalidade econômica em debate**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, vol. 5, nº 8, jul-dez. 2013.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 147-180, jan./jun. 2017

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A causalidade e o conceito de auxílio na discussão sobre as ações neutras. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR., José Roberto (orgs.). **Ações neutras e direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2020. pp.107-114.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas**: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Código penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Jurisprudência comentada: Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 102, v. 21, pp. 365-393, 2013.

CAÑADILLAS, Raquel Roso. **Autoría y participación imprudente**. Granada: Comares, 2002.

CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutras no punibles en virtud de la prohibición de regreso. *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; CARO JOHN, José Antonio (eds.). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo**: Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.285-305.

CARO JOHN, José Antonio. La impunidad de las conductas neutras: a la vez, sobre le deber de solidaridad mínima en el derecho penal. *In*: MONTES FLORES, Efraín; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso; SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel (coord.). **El derecho penal contemporáneo**: libro en homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Lima: Ara Editores, 2006, pp.335-368.

CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal**. Trad. par. Ernesto R. Gavier e Ricardo C. Nunes. Buenos Aires Arayú, 1955.

CARRARA, Francisco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. V.I. Trad. par. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Edição Saraiva, 1956.

CARRARA, Francisco. **Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado en la fuerza física del delito**. Trad. par. D. Vicente Romero Giron. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1877.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidade dos profissionais jurídicos**: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

COMISSÃO DE REDAÇÃO. Utilidade. *In*: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v.54, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 288.

COSTA JR., Paulo José da. **Nexo causal**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissivos impróprios**: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DIAS, Ferdinando Gardinali Caetano. Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.110, v.22, pp. 147-174, 2014.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real. **Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciências Penales**, n. 0, jun, 2012, pp. 36-49.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. **Nuevo Foro Penal**, n. 71, 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

DOTTI, René Ariel. O concurso de pessoas. **Ciência Penal**, n. 1, v. 7, p. 79-105, 1981.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 14ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal por omissão dos membros de conselhos de administração de sociedades anônimas. **Revista de Estudos Criminais**, n. 72, v. 18, pp. 53-82, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal por omissão dos membros de conselhos de administração de sociedades anônimas. **Revista de Estudos Criminais**, n. 72, v. 18, pp. 53-82, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 3, v. 28, pp. 403-439, 2018.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, p.26-57, 2012.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. **Revista de derecho penal y criminología**: Espanha. 1 extraordinario, 2º época, pp. 93-138, 2000.

FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law**, vol. 1: Harm to others. Oxford: Oxford University Press, 1987.

FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. *In*: FELDENS, Luciano; *et. alia.*. **Direito penal**

econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERNÁNDEZ IBÁÑES, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder.** Granada: Editorial Comares, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. *par.* Ana Paula Zomer *et ali.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa dicionário. 7ª ed. Curitiba: Editora Positivo., 2008, p.804.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993.

FREEMAN, Chris. The 'National System of Innovation' in historical perspective. **Cambridge Journal of Economics** 19, n.1, pp.5-24, 1995.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado.** Trad. *par.* Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, pp.-591-603. Buenos Aires: 2011

FRISCH, Wolfgang. **Estudios sobre imputación objetiva.** Trad. *par.* Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012.

FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar:** sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal:** parte geral. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GARLAND, David. **The Culture of Control:** Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GAROFÁLO, Gilson de Lima; CARVALHO, Luiz Carlos Pereira de. **Microeconomia:** teoria do consumidor e análise da procura. São Paulo: Editora Atlas, 1975.

GELSING, Lars. Innovation and the development of industrial networks. *In:* Lundvall, Bengt-Åke (org.). **National Systems of Innovation:** towards a theory of innovation and interactive learning. Londres: Anthem Press, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Que és la imputación objetiva? **Estudios penales y criminológicos**, n. 10, p. 167-185, 1987.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. **Novo Foro Penal**, v.10, nº 82., pp.81-131, jan. - jun. 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). *In*: PIERANGELI, José Henrique (org.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, pp.09-66.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. único, v. 50, p. 05-112, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 54, p. 5-26, 2001.

GITMAN, Lawrence J. **Princípios de administração financeira**. Trad. *par.* Jorge Ritter. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto? a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 8, v. 2, pp. 69-84, 1994.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Questionamentos sobre a necessidade de codificação do direito penal econômico. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. (Orgs.) **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. São Editora LiberArs, 2014, pp. 431-439

GRECO, Luís. **As razões do direito penal**: quatro estudos. Trad. *par.* Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, n. 3, v. 2, pp. 249-276, 2007.

GRECO, Luís. Comentário ao estudo de Schünemann "o direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídico: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal". *In*: **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017 pp. 201-210.

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

GRECO, Luís. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, v. 117, cad. 03, pp. 519-554, jan. 2005.

GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y desconstrucción. **En Letra: Derecho Penal**, año 1, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.enletrapenal.com/numero2>>. Acesso em 09 nov 2018.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. *par.* Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 01-180.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 32, v. 8, pp. 120-163, 2000.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, v. 12, pp. 89-147, 2004.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Trad. *par.* Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 82, v. 18, pp. 165-185, 2010.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. **Parte Geral do Código Penal**: uma proposta alternativa para debate. Versão revisada e ampliada. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; et alia. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et alia. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva: Una crítica fundamental. **Revista para el Análisis del Derecho** – Indret, Barcelona, nº1, pp. 01-32, janeiro de 2016.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.) et al. **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal**: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 63-74.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Trad. par. Patricia S. Ziffer. 2ª impressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

HASSEMER, Winfried. El fundamento del derecho penal económico. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135., 2013.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal**: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 275-285., 1989.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidade. In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidade**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 85-104.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. **Revista Penal**, Valencia, v. 1, n. 1, p. 37-41., jan. 1998.

HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Parte I. **Wistra** – Ano 14, Caderno 2, pp. 41-46, mar. 1995.

HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Parte II. **Wistra** – Ano 14, Caderno 3, pp. 81-87, mar. 1995.

HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): a German Perspective. In: SIMESTER, A P; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. **Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch**. Oxford : Hart Publishing, 2014. p. 187-204.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005. p. 241-266.

HEFENDEHL, Roland (ed.) et al. **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal: parte geral**. Trad. *par.* Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 155, v. 27, pp. 51-70, 2019.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 513.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. *par.* André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Gunther. **Atuar e omitir em direito penal**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

JAKOBS, Günther. Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, n. 3, v. 42, pp. 1051-1074, 1989.

JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato**: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos. Trad. *par.* Mauricio Antônio ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. *par.* André Luís Callegari. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) **Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)**. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, pp.03-33.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito penal. Trad. *par.* Pablo rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. *par.* Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

JALIL, Mauricio Schaun. **Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. *par.* Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KIEL, Andreas Hoyer. Riesgo permitido y desarrollo tecnológico. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, pp. 233-258, 2010.

KINDHÄUSER, Urs, Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. **Política Criminal**, V. 2, n. 3, jul. 2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2713983>

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. **Política Criminal**, n. 3, pp. 1-18, 2007.

KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 155, v. 27, pp. 213-225, 2019.

KINDHÄUSER, Urs. Acción e imputación de responsabilidad en el derecho penal. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, 2012. p. 119-152

KINDHÄUSER, Urs. Aumento de risco e diminuição de risco. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 1, v. 20, pp. 11-39, 2010.

KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la coautoría. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. n. 15, v. 9, p. 31-64, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de derecho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 78, v. 17, pp. 75-92, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. Derecho penal de la seguridad los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, n. 1, v. 45, pp. 05-20, 2017.

KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. **Revista de Derecho Penal**, n. 1, pp. 611-630, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 95, v. 20, pp. 85-95, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. par. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 108, v. 22, p. 127-148, 2014.

KÖHLER, Michael. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. Berlin: Springer, 1997.

KUDLICH, Hans. Jenseits des Schraubendreher-Handels– neutrale Beihilfe in Fällen des „richtigen Lebens“. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 231-243.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. par. José Lamego, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele. **El concurso de personas en el delito**. Buenos Aires: Depalma, 1967.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?** Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Trad. par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LIMA, Vinicius de Melo. As ações neutras na estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Vol.134, p.291-320. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

LIMA, Vinicius de Melo. **Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima**. Curitiba: Juruá, 2014.

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 – RBCCRIM**, n. 111, v. 22, pp. 113-156, 2014, pp. 142-144.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras: uma questão única de imputação objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. **La complicidad en el delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LÜDERSSEN, Klaus. La figura del tipo del partícipe. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n. 7, v. 3, p. 145-166, 1997.

LUNDVALL, Bengt-Åke (org.). **National Systems of Innovation: towards a theory of innovation and interactive learning**. Londres: Anthem Press, 2010

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La <<determinación objetiva del hecho>>: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 42, Fasc/Mes 3, pp. 889-914, 1989.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, 2017.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. **Revista de Derecho Penal**, n. 1, p. 13-40, 2011.

MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del derecho penal. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, 1/2, v. 2, pp. 145-165, 1996.

MAIWALD, Manfred. Diritto e potere. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, n. 1, v. 47, pp. 3-22, 2004.

MAÑALICH RAFFO, Juan. El concepto de acción y el lenguaje de la imputación. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, pp. 663-690, 2012.

MAÑALICH RAFFO, Juan. Norma e imputación como categorías del hecho punible. **Revista de Estudios de la Justicia**, n.12, pp. 165-185, 2010.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de Direito penal: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MATA MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de Teoria Geral do Direito: para os cursos de introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Trad. *par.* Elvira Serapicos. São Paulo: Portfólio-Pinguin, 2014.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do direito criminal: parte geral**. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Trad. *par.* José Arturo Rodríguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

MIR PUIG, Santiago. Evolucion de las ideas políticas y evolución del derecho penal. **Libertas** – Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, n. 0, jun. 2012.

MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Trad. *par.* Ricardo Breier. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 56, v. 13, p. 173-201, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 4, v. 1, pp. 94-104, 1993.

MORALES PRATS, Fermín. Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional. In: QUINTERO OLIVARES; MOLARES PRATS (Orgs.) **El nuevo derecho penal español**. Estudios penales em memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001, pp. 537-559

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. **Revista Penal**, n. 1, v. 1, pp. 67-76, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal y política criminal en la historia moderna del derecho penal y en la actualidad penal. **Revista Penal**, n. 36, pp. 172-181, 2015.

NAUCKE, Wolfgang *et al.* **La prohibición de regreso en derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

NELSON, Richard R.; WINTERS, Sidney G. **An evolutionary Theory of economic Change**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

NIETO MARTÍN, Adán. Autoría y participación en el Derecho Penal Económico. **Revista del Ministerio Público de la Defensa**, n. 6, v. 5, 2011, p. 52-81.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. V. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

O'MALLEY, Pat. Governmentality and Risk: Social theories of risk and uncertainty. **Legal Studies Research Paper**, nº09/98, pp. 52-75, setembro de 2009.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. São Paulo: IBCCrim, 2011.

OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. **JuristenZeitung - JZ**, n. 9, pp. 436-444, mai. 2001.

OTTO, Harro. La adecuación social como principio de interpretación. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, n. 10, p. 1706-1718, 2012.

PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El límite entre imprudencia y riesgo permitido en derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, n. 3, v. 49, p. 909-942, 1996.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. **El riesgo permitido em Derecho Penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)**. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, n. 12, p. 139-163, 2004.

PASTORIZA, Catalina. Reseñas bibliográficas. “Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas” de Luís Greco. **EnLetra: derecho penal**, a. IV, n. 6, pp.376-389, 2018.

PEÑARADA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Trad. par. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PEREIRA, Flávia Siqueira Costa. A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. n. 23, v. 13, 2014. p. 47-100

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. **Causalidad, resultado y determinación**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. A autoria mediata numa hipótese intrincada. *In*: PIERANGELI, José Henrique (org.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: DelRey, 2000, pp.41-60.

PIERANGELI, José Henrique. O concurso de pessoas no novo código penal brasileiro. **Jus: Revista jurídica do Ministério Público**. n. 18, v. 26, pp. 137-184, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. V. 1. Parte geral. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal Econômico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**. V.1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. *par.* Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado. Trad. *par.* Beatriz Corrêa Camargo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.155, v. 27, p.103-123, mai. 2019.

PUPPE, Ingeborg. **El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación**. Organizado de Núria Pastor Muñoz. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2018.

PUPPE, Ingeborg. **Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal.** Trad. *par.* Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAMACCI, Fabrizio. **Corso di diritto penale.** 2ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas:** contribuição ao tema na nova parte geral do código penal brasileiro. Belo Horizonte: DelRey, 1996.

RANIERI, Silvio. **Manual de derecho penal.** Parte general. Tomo II. Trad. *par.* Jorge Guerrero. Bogotá: Editora Temis, 1975.

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

REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito penal:** Parte Geral. 2ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RENZIKOSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas:** estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. Trad. *par.* Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos impropios de omisión. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, pp. 209-238, 2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. **Revista Magister de Direito penal e Processual Penal**, n. 69, v. 12, pp. 70-100, 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Entre la complicidad y la omisión del deber de socorro. *In:* SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. **Dogmática actual de la autoría y la participación criminal.** Lima: IDEMSA, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal:** fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. 2ªed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices:** la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito:** fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Participación en el delito e imprudencia. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n. 11, v. 7, 2001. p. 383-414

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal, neurociência e linguagem**: Anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 33, pp. 101-120, 2001.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSSETTO, Luiz Henrique Carvalheiro. O tratamento da tipicidade no funcionalismo roxiniano e os limites da culpabilidade através de condutas neutras: uma análise do caso Oskar Grönin (3 StR – 49/16). **Delictae**, v. 4, n. 7, pp. 42-86, jul.-dez. 2019.

ROTSCH, Thomas. Autoría y participación: una diferenciación superflua. *In*: COUSO, Jaime; WERLE, Gerhard (dir). **Intervención delictiva em contextos organizados**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp.51-70.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2ª ed. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Trad. *par.* Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Tradução da 9ª ed. alemã. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. *par.* Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. *par.* Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Las formas de intervención em el delito: estado de la cuestión. Trad. *par.* María Teresa Castiñera Palou. Em: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito** (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, pp.155-178.

ROXIN, Claus. Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 9, p.545-560, 1999.

ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, n.12, v.7, 2001, p.81-94.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. *par.* Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. **Revista Penal**, n. 2, p. 61-65, 1998.

ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito** (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Trad. *par.* Luis Greco [*et. alii*]. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Alflen da Silva. **Revista Panóptica**, ano 3, volume 17, pp.69-94, 2009.

ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 42, v. 11, p. 192-213, 2003.

ROYSEN, Joyce; NUNES GARCIA, Denise; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. O tratamento penal do creditamento de ICMS por meio de documentos fiscais posteriormente considerados inidôneos. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; NUNES GARCIA, Denise (Orgs.). **Direito penal tributário**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p.241-264.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas. **Derecho penal contemporáneo**. n. 3, 2003. p. 99-130.

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

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SAAVEDRA TRONCOSO, Walter Jose. Responsabilidad penal del empleador por delitos cometidos en la empresa por sus subordinados. **Panorama**, v.7, nº12, pp. 69-96, jan.-jun. 2013.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre a pluralidade de sujeitos ativos (na parte especial do Código Penal Brasileiro). In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp.329-356.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do código penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos tipos plurissubjetivos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. En los límites de la inducción. **Revista para el análisis del Derecho** - InDret, Barcelona, nº2, pp., abr. 2012.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 48, Fasc/Mes 1, pp. 187-264, 1995.

SANCINETTI, Marcelo A. El ilícito propio de participar en el hecho ajeno: sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación. **Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM**, n. 15, v. 4, pp. 51-67, 1996.

SANCINETTI, Marcelo A.. ¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal? *In*: GARCÍA VALDÉS, Carlos; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael (orgs.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. v.2. Madri: Edisofer, 2008, pp. 601-638.

SANCINETTI, Marcelo A.. La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal. **Revista de derecho penal y procesal penal**, n. 4, pp. 583-605, 2010.

SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHUMANN, Heribert. **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd. A figura jurídica do <autor por trás do autor> e o princípio dos níveis do domínio do fato. Trad. par. de Adriano Teixeira. *In*: GRECO, Luís (Coord). **Estudos de Direito penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. ADPCP, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Trad. par. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. **Revista de Derecho Penal**, n. 2, pp. 29-62, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata. In: **Derecho Penal y Criminología**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, vol. 25, n. 75, 2004, pp. 27-42.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 53, v. 13, pp. 9-37, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. *par.* Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; BALDÓ LAVILLA, Francisco. **Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Estudios sobre los delitos de omisión**. Lima: Grijley, 2004.

SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Madrid: IBdef, 2016.

SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria. **Normas y acciones em derecho penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no Direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos delituosos ou “impróprios para o consumo”. In: LOBATO, José Danilo Tavares;

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp.211-237.

SLOAN, Harold S.; ZURCHER, Arnold J.. **Dictionary of economics**. 4ª ed. Nova York: Barnes & Noble, 1961.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Trad. *par.* Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

STUART MILL, John. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. Aproximação a uma teoria da corrupção. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito penal Econômico**, n. 1, pp. 59-88, 2017.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal económico: introducción y parte general**. Trad. *par.* Hector Hernandez Busualto. San José: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales**, Buenos Aires, nº. 5-8, ano 4, pp. 461-475, 1975.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANNA, Túlio Lima. Da estrutura morfossintática dos tipos penais. **Prisma Jurídico**, núm. 2, 2003, pp. 121-141.

VIEHWEG, Theodor. **Topica y filosofía del derecho**. Trad. *par.* Jorge M. Seña. 2.ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

VILLELA, João Baptista. **Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta**. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1982.

VOGEL, Joachim. Individuelle verantwortlichkeit im völkerstrafrecht. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 2, v. 114, pp. 403-436, 2002.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. *par.* José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

WEIGEND, Thomas. Los límites de la complicidad punible. **Revista de derecho penal y criminología**, 2ª Época, nº10, pp.199/213, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 11ª ed. Trad. *par.* Juan Bustus Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. *par.* Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Trad. *par.* Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WOHLERS, Wolfgang. Complicidad mediante acciones "neutrales": ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional? **Derecho Penal y Criminología**, v. 27, nº. 80, pp. 129-143, 2006.

WOHLLEBEN, Marcus. **Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen**. München: Beck, 1996.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004.

YACOBUCCI, Guillermo J. Intervención en el delito y conducta neutral. *In*: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). **Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos, 2019. pp. 615-627.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do direito penal. Trad. *par.* Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoría del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. V.1. Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.