



AÇÕES NEUTRAS PARA O DIREITO PENAL

Gustavo Henrique Rocha de Macedo¹

RESUMO:

O artigo faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: ações neutras; concurso de agentes; lavagem de dinheiro.

NEUTRAL ACTIONS FOR CRIMINAL LAW

ABSTRACT:

The article summarizes the neutral actions for Criminal Law. After exposing the concept and presenting some examples, essential notions of co-delinquency are presented, and an account is presented of the objective, subjective and mixed theories that seek to justify the institute, as well as criticisms of its existence as a dogmatic category autonomous. Briefly discusses the controversy about attorneys' fees "tarnished" and their classification as money laundering.

Key-words: Neutral actions; co-delinquency; money laundry.

1. Introdução

Situado no campo do concurso de agentes, o tema das ações neutras busca limitar hipóteses em que, malgrado haja colaboração de determinado agente à conduta típica praticada por outrem, essa se resume a algo inerente à determinada profissão ou costume. Trabalha-se com as ideias de ações laborais ou cotidianas, bem como negócios usuais da vida cotidiana (unilaterais ou bilaterais), rótulos também empregados pelos estudiosos do tema.

São ações dúbias, porque, ao mesmo tempo em que parecem lícitas, na medida em que se trata de algo corriqueiro, também têm aparência de ilicitude, porque facilitam ou possibilitam superveniência de resultado lesivo.

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: <ghrmacedo@hotmail.com>. Endereço postal: Rua Elvira Haupt Grotzner, 69, ap. 301, T. 1, Curitiba/PR. <https://orcid.org/0000-0001-5436-6604>.



O problema sobre o qual tem se debruçado a dogmática do Direito Penal é o estabelecimento de critérios que permitam distinguir os casos de participação de outros em que a imputação do tipo PENAL resultaria abusiva. Cuida-se, pois, de se estabelecer limite à punibilidade pela cumplicidade ou instigação.

Um exemplo bastante atual se refere à atuação remunerada do advogado e seu possível enquadramento como lavagem de dinheiro (art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei n.º 9.613/98). Por exemplo, o causídico que defende o autor do crime de peculato e tem ciência que seus honorários serão suportados com produto do crime praticado por seu cliente, poderia ser incriminado como coautor do crime de lavagem de dinheiro? Ou seria sua conduta uma ação neutra, indissociável de seu ofício?

Na breve pesquisa realizada, verificou-se que grande parte das investigações promovidas pelas doutrinas alemã e espanhola se dedica a avaliar a conduta de empregados de instituições financeiras e sua possível colaboração para crimes como evasão de divisas, fraudes fiscais ou lavagem de dinheiro cometidos por seus clientes.

Dáí se conclui que ações neutras orbitam o tema do Direito Penal Econômico, a justificar a pertinência e atualidade deste trabalho. Crimes cometidos no seio de redes de trabalho, com estruturas endógenas (interna da organização) ou exógenas (relações do indivíduo ou da pessoa coletiva com outros indivíduos ou outras pessoas coletivas) estão em terreno no qual facilmente se podem arrecadar condutas sujeitas à valoração da neutralidade.

A dificuldade em se apartar essas condutas de outras que evidentemente consistem em participação tem gerado polêmica tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial.

Este estudo pretende arrolar algumas das soluções propostas, bem como relatar as críticas a elas dirigidas. Utilizou-se o método dedutivo, partindo-se de conceitos amplos a respeito do concurso de pessoas no Direito Penal, adentrando-se, então, nas várias concepções específicas sobre ações neutras com breve apanhado de casos, enfrentados tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em tópico próprio, aborda-se especificamente a problemática dos honorários advocatícios maculados, apresentando-se, por fim, as conclusões sobre o problema.

O marco teórico adotado é a obra de TAVARES LOBATO (2014).

2. Noções gerais do concurso de pessoas



O art. 29, do Código Penal, estabelece que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Adota-se, então, o critério monista, de forma que todos os agentes que contribuem para determinado delito por ele respondem. A regra do monismo é excepcionada em algumas situações expressamente previstas pela lei, sendo ilustrativas as hipóteses dos crimes de corrupção ativa e passiva (artigos 317 e 333, do Código Penal), e do aborto consentido pela gestante causado por outrem (artigos 124 e 126, do Código Penal).

Não significa, porém, que o Código tenha adotado o conceito extensivo ou unitário de autor. Tanto é assim que o parágrafo 1º, de seu art. 29, faz expressa menção à figura da participação de menor importância, e, em seu art. 31, alude a ajuste, determinação, instigação e auxílio, hipóteses claras de condutas não correspondentes aos verbos núcleos dos tipos da parte especial.

Há, portanto, diferenciação entre autor e partícipe no tema do concurso de pessoas, malgrado ambos respondam pelo mesmo crime. Distinguir as categorias não é objetivo deste trabalho, cabendo apenas mencionar as principais teorias a respeito da controvérsia. Segundo PRADO (1999, p. 267), são elas: a) **teoria objetiva-formal**, segundo a qual o autor é quem executa o verbo núcleo do tipo, e partícipe quem com ele colabora; b) **teoria objetiva-material**, que leva em conta a importância, em termos de contribuição causal (gravidade da conduta), para separar o autor do partícipe; c) **teoria do domínio do fato**, define o autor como quem tem o domínio final do fato, tendo em suas mãos o desdobramento do acontecer causal do delito, sendo o partícipe fungível nos atos que lhe são confiados.

Conquanto não se ignore a existência de severos dissídios, adota-se como premissa a acessoriedade limitada da participação. Dito de outra forma, a participação não pode existir sem que haja uma conduta típica e ilícita alheia.

Ainda em termos bastante sumários, pode-se afirmar que o concurso de agentes pressupõe o atendimento a requisitos objetivos e subjetivos. A propósito, ensina BUSATO (2015, p. 694/695) que

objetivamente são necessárias: a pluralidade de condutas, mesmo que idênticas, e a relevância causal (nexo de causalidade) e de imputação (contribuição para a criação e realização do risco) de cada uma das ações para com o resultado e a identidade de resultado. No que tange ao momento de realização da contribuição para o delito, o concurso eventual de pessoas é computado desde a *cogitatio* até a consumação.(...). De



outro lado, ainda objetivamente, exige-se que o crime tenha sido, ao menos, tentado, para determinar a existência de responsabilidade penal. (...) subjetivamente, é necessária a união de vontades entre os agentes. Se cada conduta foi isoladamente perpetrada, não se está falando de concurso de pessoas.

O recorte, ainda que bastante sintético, é oportuno para se compreender em quais desses requisitos operam as teses que pretendem identificar se uma ação é verdadeiramente neutra, ou, em sentido oposto, se deve ser considerada como participação em fato típico cometido por outra pessoa.

Em outras palavras, essas noções elementares acerca do concurso de pessoas possibilitam a compreensão topográfica da incidência dos argumentos que especificamente alicerçam os critérios definidores das ações neutras, adiante explanados.

3. Ações neutras: conceito, exemplos e notícia histórica

É altura de se apresentar conceito das ações neutras. Segundo LOPEZ PEREGRIN (2000, p. 37), cuida-se daquelas “intervenções em um intercâmbio de bens ou serviços em princípio legal e habitual, mas que simultaneamente podem incrementar as possibilidades do cometimento de um delito”².

A doutrina cataloga inúmeros casos de condutas acessórias ao fato típico alheio que aparentam não ostentar os ingredientes necessários para merecer a censura penal.

WEIGEND (1998, p. 199) enumerou quatro exemplos a partir dos quais expôs as soluções tradicionalmente apresentadas pela doutrina, a seguir reproduzidos para ilustração:

- a) T escolhe uma chave de fenda em uma casa de ferragens. O vendedor G a vende, mesmo sabendo (ou contando com a hipótese) de que T a utilizará para forçar a porta de uma casa que planeja roubar;
- b) T está forçando um cofre. Devido à dificuldade de seu trabalho, T fica com sede. G adquire uma lata de refrigerante de uma máquina e a oferece a T. Este último, após beber o refrigerante, continua seu trabalho com as forças renovadas;
- c) em um local, T extorque o ofendido O na presença do advogado do primeiro, o qual se limita a estar presente sem pronunciar uma palavra.

² Tradução livre do seguinte trecho: “aquellas intervenciones en un intercambio de bienes o servicios em principio legal y habitual, pero que simultaneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito”.



d) T se apresenta com uma maleta em seu banco e solicita o saque de sua conta, da quantia de dois milhões de euros em espécie, com a intenção de depositá-los em Luxemburgo, para sonegar tributos. G, empregado do banco, lhe entrega o dinheiro.

Os casos apresentados somam-se ao exemplo aventado na introdução (honorários maculados) como ilustradores do dilema. O ponto de contato de todos eles – e onde está alojada a polêmica – é que se trata de comportamentos cotidianos de profissionais, que se agregam em determinado momento do *iter criminis*, e viabilizam a obtenção do resultado pretendido pelo autor.

Há quem sustente que o problema das ações cotidianas, em última análise, não desfruta de autonomia conceitual. ROXIN professa a ideia, afirmando, em resumo, que esse tipo de conduta deve ser avaliado com os mesmos critérios que incidem sobre qualquer outra forma de colaboração, pois a lei não faz distinção alguma (APUD – RASSI, 2013, p. 29):

Diante disso, não existem ações cotidianas por si só, já que o caráter de uma ação se determina pela finalidade a que serve. Assim, por exemplo, explicar o funcionamento de uma arma de fogo é uma ação cotidiana neutra se compreendida na prática esportiva de um clube de tiro; ao contrário, é cumplicidade no homicídio se com isso se ajuda ao autor a fazer alvo na vítima³.

A mesma compreensão é defendida por WEIGEND (1998, p. 1999), no qual pontua que

o fato de que a busca de uma distinção teórica sólida entre a cumplicidade punível e a impune se apresentar tão difícil, talvez, poderia ter sua razão em que o objeto buscado, a cumplicidade ‘cotidiana’ e, por isso, impune, não existe. A este resultado chega Niederamair em um profundo e interessante trabalho: para este penalista a necessária ‘relação de sentido delitiva’ da contribuição do cúmplice resulta, sem mais e de forma obrigatória, do fato de que favorece conscientemente o ataque ao bem jurídico perpetrado pelo autor e, desse modo, aumenta o risco de lesão.

³ No original: “Ante todo no existen acciones cotidianas per se, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a que sirve. Así, por ejemplo, explicar o funcionamiento de una arma de fuego es una acción cotidiana neutral si ella le sigue la práctica de deporte em un club de tiro; por el contrario, es complicidad em el homicidio si com ello se ayuda al autor a hacer blanco em la víctima”.



Todavia, a riqueza de casos decorrentes da sofisticação dos complexos arranjos sociais modernos justifica reconhecer-se que as ações neutras desfrutam de autonomia dogmática, constituindo-se em nova fronteira do concurso de pessoas.

Relata TAVARES LOBATO (2014, p. 114) que, apesar de soar como novidade, a primeira menção à expressão ações neutras remonta ao ano de 1985, quando o BGH (Tribunal Federal da Alemanha) assim qualificou “as ações de cumplicidade dos empregados de uma sociedade empresária que colaboraram com seus dirigentes na prática de sonegação fiscal”.

CARDOSO PEREIRA (2000) apresenta notícia ainda mais remota, reportando-se a estudo de estudo realizado por Ludwig Von Bar, datado de 1917.

Assim, o instituto despontou no início do século XX, e nos últimos 30 anos o debate a seu respeito ganhou viço, ao que consta em razão da ampliação do Direito Penal Econômico, pois, como dito, muito do que se produziu foi em torno de colaborações ocorridas no ambiente do mercado financeiro.

4. Algumas teorias a respeito das ações neutras

As teorias que buscam estabelecer a fronteira entre ações neutras e cumplicidade punível podem ser agrupadas em alguns blocos, variando a classificação de acordo com o respectivo autor:

a) o primeiro bloco se utiliza de critérios objetivos, atrelados a fatores como princípios gerais do Direito Penal (adequação social, insignificância, confiança e proibição de regresso), papel do cidadão e função do Direito Penal; incidência do princípio da proporcionalidade, avaliado sob a perspectiva da observância a regras e regulamentos profissionais, atuação limitada a esse espectro, monopólio da conduta contributiva, dever de impedir o resultado, e instigação e oferecimento de conselhos técnicos; atuação estrita à esfera procedimental da licença profissional e do âmbito normativamente pré-estruturado (adequação social regional), sugerindo-se a ideia de abuso de direito; caracterização do bancário na posição de garantidor;

b) o segundo bloco adota critérios subjetivos, excluindo a participação informada pelo dolo eventual; a caracterização da cumplicidade punível quando há externalização do sentimento de solidariedade ao crime de outrem, que deve aceitar o auxílio do partícipe;

c) o terceiro bloco é formado por critérios mistos, ou seja, mescla de superação do risco permitido pelo atuar profissional, somado ao conhecimento sobre o proceder do autor da conduta típica, utilizando conceitos como sentido delitivo e violação de norma de solidariedade; elevação de risco para a vítima e da possibilidade de êxito pelo autor, acentuada pela resolução em direção ao fato (conhecimento seguro do plano delitivo); proximidade da contribuição neutra aos atos



executórios típicos; avaliação de abuso do direito do trabalho, consciente e além dos limites econômico-sociais.

Cumpra, doravante, adentrar na análise dessas teorias, assim como expor-lhes as críticas e eventuais insuficiências.

4.1. Ações neutras pelo aspecto objetivo – incidência dos princípios gerais do Direito Penal

A proposta dessa linha teórica, de caráter marcadamente objetivo, é ler a ação praticada pelo partícipe com a lente dos princípios gerais do Direito Penal, nomeadamente adequação social, insignificância e confiança. Perceba-se que não se trata de atipicidade material do crime, é dizer, da conduta que corresponde ao núcleo do tipo executado pelo autor, mas tão somente da conduta acessória praticada pelo profissional.

A ideia de adequação social remonta a Hans Welzel, idealizador da teoria finalista da ação. Segundo PRADO (1999, P.83), trata-se da noção de que “apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente considerada”. A tese soa adequada, e parece ser suficiente para se excluir a possibilidade de se punir alguém que contribui para um crime pelo simples exercício profissional. Afinal, todas as profissões são socialmente aceitas e, como tais, adequadas ao meio social. Mas o critério, isoladamente, é raso, pois permitiria que qualquer pessoa, a pretexto de estar trabalhando, praticasse crimes e restasse impune.

Um exemplo facilita o entendimento. Imagine-se o motorista de aplicativo, associado ao tráfico de entorpecentes, que deliberadamente transportasse expressiva quantidade de drogas, levando-a do fornecedor ao consumidor final. A afirmação descuidada de que a contribuição para o crime, se ocorrida no exercício da profissão, torna a conduta socialmente adequada, implicaria a ausência de reprovação penal à conduta do transportador.

Seria necessário agregar alguns elementos, como o abuso do direito e o respeito aos limites regulamentares da profissão, para que a adequação social não fosse deturpada. Mas aqui residiria outro empecilho, qual seja, a crítica à adequação social como instituto volátil, que busca legitimar aquilo que é matéria de proibição pelo tipo.

Assim, a adequação social é o fim, e não o meio, pois é preciso percorrer um caminho para se determinar se, naquele contexto, a conduta acessória está adequada ao que o meio social tolera, trazendo-se a ideia de adequação social setorial ou regional.



Outro vetor é o princípio da insignificância, concebido por ROXIN, na década de 1960. ASSIS TOLEDO (1991, p. 133) o apontava como causa de exclusão da tipicidade da conduta. Afirmava que, não obstante a conduta formalmente fosse típica, por se subsumir, em tese, ao tipo penal, não ocorreria tipicidade material, em virtude da ausência de lesão do bem jurídico: "Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas".

TAVARES LOBATO (2014, p. 117) refere que essa técnica é sugerida por STEFAN ROGAT na órbita das ações neutras, e que o último defende que

o conceito de insignificância deve relacionar-se com o critério quantitativo do aumento do risco que a prestação da cúmplice causa na realização do fato principal, pois o risco não pode apenas ser qualificado, mas também quantificado. (...). Para tanto, torna-se necessário verificar todas as circunstâncias do caso concreto, principalmente as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição do auxílio para o fato principal.

Adiante, o articulista critica a proposta do doutrinador alemão, dizendo que

sem apresentar fundamentação convincente, Rogat conclui que apenas podem ser insignificantes as contribuições de auxílio que facilitem o resultado típico ou que assegurem o seu êxito, contudo jamais serão insignificantes as prestações que possibilitem o resultado criminoso, bem como as que o intensifiquem. A proposta de Rogat é interessante, mas oferece soluções *ad hoc* e de certo modo contraditórias. Quem facilita não intensifica as chances de obtenção do resultado típico?! Não há diferença em termos de tipo objetivo. Ambas as condutas aumentam o risco não permitido.

Uma vez mais a fluidez conceitual aparece como limitador do critério proposto, soando como jogo semântico a estratégia de se permitir ao intérprete diferenciar aquilo que facilita daquilo que possibilita um resultado típico.

RASSI (2012, p. 35) traz outro entrave à utilização do princípio da insignificância, ao aduzir que “não pode ser aplicado para os casos em que, p. ex., em que (sic.) a relevância do bem jurídico é nítida como no caso de conduta dolosa contra a vida”.

A essa crítica poder-se-ia somar que, se o crime é um só, não se vislumbra como possível o isolamento da conduta acessória para análise de sua insignificância. Afinal, o juízo a



esse respeito pressupõe avaliação do desvalor da ação e de seu resultado. Ocorre que o resultado da ação do partícipe, no plano ontológico, é exatamente o mesmo da conduta típica.

TAVARES LOBATO colacionou que parte da doutrina tem utilizado o princípio da confiança como parâmetro para aferição do risco permitido e eventual transbordamento. Esse princípio explicitaria a noção de proibição de regresso que, em rápida síntese, consiste na interrupção do nexu causal, a fim, de se afastar contribuições culposas em crimes dolosos, e evitar-se a responsabilidade *ad eternum*. A tese relatada (mas não aceita) por TAVARES LOBATO (2014, p. 11) é de que “os perigos inevitáveis de certas ocorrências delitivas são assumidas ou suportados em atenção às vantagens individuais e sociais. Do contrário, ter-se-ia de renunciar às oportunidades da vida moderna como forma de evitar que outros cometessem delitos”. O risco objetivo seria ampliado a partir do momento em que a contribuição se apresentasse solidária e inclinada ao fato delitivo.

Essas circunstâncias, porém, parecem carregar na análise do vínculo subjetivo, na medida em que se exige a solidarização. Então, a solução não se daria pela invocação do princípio da confiança, mas na apreciação do dolo.

Há outros problemas. ESTELITA (2017, p. 151) explica que o princípio da confiança pode ser invocado quando

há uma pluralidade de intervenientes em um curso causal danoso, que atua em cooperação. Os clássicos desta constelação são os das regras de trânsito e os das intervenções cirúrgicas desenvolvidas em equipe. Sua alocação dogmática se faz, majoritariamente, no âmbito da consideração da necessidade de criação de um risco não permitido no âmbito do tipo objetivo, e seus limites comumente reconhecidos são: a) não pode haver confiança se a outra pessoa não tem capacidade para ser responsável ou está dispensada de sua responsabilidade; b) não está permitida a confiança se a missão de um dos intervenientes consiste precisamente em compensar os erros eventualmente praticados por outrem (que pode ser o caso do *compliance officer*, a depender de suas atribuições concretas); c) o princípio da confiança cessa quando concorre a conduta que defrauda as expectativas, e o primariamente competente tem de retomar as tarefas atribuídas, como sucederia quando o copiloto de um avião está embriagado e o piloto tem de retomar as atividades delegadas, no ilustrativo exemplo de Jakobs, ou quando o delegante percebe a incapacidade do delegado para cumprir as tarefas delegadas.

Se o autor da pretensa ação neutra está em regime de cooperação com o autor da conduta típica, e o faz dolosamente, o princípio da confiança perde rendimento como fator de diferenciação do punível para o impunível. É que o conhecimento de que outrem está agindo ou



agir de forma criminosa afasta a presunção de que a conduta estaria conforme a lei. Noutros termos, não se pode alegar confiança na licitude de uma conduta que já se sabia antijurídica. O princípio da confiança é baseado em expectativas, e não em certezas.

Ademais, o princípio da proibição de regresso foi concebido como forma de eximir de responsabilidade aquele que apresenta comportamento imprudente, antecedente ao agir doloso posterior. A última conduta, mais grave, retiraria o sentido de se punir a primeira. Logo, esse critério não se presta para distinção das ações neutras, porque essas condutas sempre são dolosas.

4.2. Ainda a neutralidade sob o aspecto objetivo – o risco ao bem jurídico

Aparentam certa predominância as teorias objetivas acerca de ações neutras. Ou seja, consideram que determinada contribuição não pode ser penalizada porque não cria ou incrementa o risco ao bem jurídico, do que decorreria a impossibilidade de se realizar a imputação objetiva do tipo.

Os adeptos dessas teorias buscam o estabelecimento de critérios autorizadores da análise desse incremento do risco.

GUNTHER JAKOBS desenvolve o tema a partir de sua concepção de funcionalismo sistêmico, defendendo que a função do Direito Penal é a proteção do sistema normativo, e a pena é uma reação à quebra de expectativa indispensável ao convívio social. Nessa linha, JAKOBS argumenta que “haverá participação quando autor e partícipe produzirem um comportamento que objetivamente seja comum, isto é, quando o partícipe quebrar o papel de cidadão”, segundo o relato de TAVARES LOBATO (2014, P. 120). Essa quebra de papel seria marcada pelo encaixe do partícipe no contexto delitivo, a partir de um sentido objetivo, e então o partícipe estaria implicado em algo. Por exemplo, é partícipe quem explica ao executor como não ser percebido pela equipe de segurança do banco, mas não é quem, fora de qualquer contexto concreto ou próximo, ensina como se abre um cadeado. É que apenas no primeiro caso se desfaz o estereótipo socialmente adequado (o papel social). Assim, JAKOBS identifica uma unidade objetiva (o delito), que passa a ser não só do autor, mas também do partícipe, integrado pelo plano delitivo e pela modelagem da conduta acessória a esse contexto. A fuga do padrão de atuação profissional, decorrente dessa adaptação da ação cotidiana ao plano do autor da conduta típica, tornaria punível a ação do partícipe.



Critica-se essa teoria na medida em que papel social é uma expressão polissêmica, ora permeada por sentido normativo, ora sociológico. GRECO (2004, p. 42) assim lança o contraponto ao argumento de JAKOBS sobre o conceito de papel social:

Mas, ainda assim, Jakobs o aplica a vários casos, e chega a soluções que, pelo menos do ponto de vista de sua consistência interna, parecem convencer. Tal não seria a prova de que minhas objeções são infundadas? Creio que não. Porque o que Jakobs faz, a rigor, é aproveitar-se da ambiguidade do conceito de papel, utilizando-o às vezes como um conceito sociológico, às vezes como jurídico. P. ex., é claro que Jakobs não admitiria o papel de estuprador, com o que aparentemente negaria a concepção sociológica de papel. Mas, ao discutir o caso do taxista ou do padeiro diz claramente que o papel do padeiro é vender pães, e que o papel do taxista é levar o passageiro ao seu destino, ou seja, recorre a um conceito sociológico de papel, não faz referência a qualquer norma. Com o que concluímos que tampouco a construção de Jakobs representa uma alternativa plausível.

Tratando especificamente da atuação de empregados de banco e sua neutralidade em crimes financeiros, há vários doutrinadores que erigem critérios dentro dos quais não haveria possibilidade de imputação, inventariados na obra de TAVARES LOBATO.

Interessante é a proposta de OLIVER LÖWE-KRAHL, para quem a observância de regras e regulamentos do sistema bancário, e o atuar dentro dos limites aí estabelecidos acarretaria a neutralidade da ação. Também seria neutra a ação se o cliente pudesse obter, em outro local, prestação equivalente, propondo uma espécie de fungibilidade. Todavia, seria partícipe o bancário que de alguma forma adaptasse seu ato ao plano criminoso do autor; caso fosse seu o monopólio de conduta indispensável à obtenção do resultado; caso tivesse o dever de agir para impedir o resultado; e se fornecesse instruções bancárias facilitadoras do crime de evasão fiscal. Identifica-se um ponto de contato entre os pensamentos de LÖWE-KRAHL e JAKOBS, pois se referem à moldagem da conduta acessória e seu encaixe como essência de sua reprovabilidade.

KLAUS LÜDERSEN sustenta que os bancários somente poderiam ser punidos por evasão fiscal acaso houvesse a obrigação legal de impedir o resultado. Dito de outro modo, a punição seria viável se a lei os qualificasse como garantidores.

Essas últimas teorias consideram, em suma, que o agir dentro de espectros regulamentares não amplia o risco ao bem jurídico, excluindo a imputação objetiva do crime. Por



outro lado, parece fora de dúvida que, delineado o quadro de garantidor, a ação (ou a omissão) tornam-se penalmente relevantes e não há que se falar em ação neutra.

Contudo, a menção a fungibilidade de condutas (Löwe-Krahl) torna o critério questionável, por empregar como parâmetros cursos causais hipotéticos. Tome-se o exemplo do taxista que conduz o homicida ao local do crime: alega-se que, ainda que o taxista se negasse a fazer-lhe o serviço, o executor do homicídio tomaria outro meio de transporte. Mas não é possível afirmar que o homicida encontraria outro meio de transporte naquele exato momento, ou que o retardo no plano inicial permitiria que a vítima se ausentasse do local. Enfim, exercícios mentais permitem infinitas suposições.

4.3. Ações neutras pelo aspecto subjetivo

Essas teorias reconhecem que muitas profissões – senão todas – têm ínsito um fator de risco, indissociável na sociedade, e que não se pode limitar o exercício profissional pela possibilidade, em tese, de que alguém venha a delas se aproveitar para cometer crimes. Por isso, situam no dolo a fronteira entre a neutralidade da ação e a cumplicidade punível.

Nessa linha de pensamento, importa que o profissional conheça e manifeste sua solidariedade ao plano delitivo. Partidários dessa tese compreendem que o dolo eventual do partícipe exclui sua punibilidade, na medida em que a acessoriedade que presta deve estar preenchida pelo dolo direto.

Segundo o relato de TAVARES LOBATO (2014, p. 128), essa tese é defendida por HARRO OTTO e GRACE SCHILD TRAPPE, com a observação de que a última agrega outro elemento: o autor do crime deve aceitar a manifestação de solidariedade do partícipe.

O critério não se mostra satisfatório. Imaginando-se a situação do bancário que atua cumprindo todas as normativas relativas a suas competências, mas sabendo que seu cliente utilizará sua conduta (por exemplo, o saque em espécie) para cometer corrupção, seria punido, malgrado nada mais tivesse feito do que cumprir suas obrigações de depositário da pecúnia.

4.4. Critérios mistos - ações neutras por critérios objetivos e subjetivos

Há teóricos que combinam elementos objetivos e subjetivos para identificar se determinada ação profissional ou cotidiana é neutra.



Assim, seria correto afirmar que se o profissional tem a percepção de que seu ato de ofício poderá ser utilizado por terceiro para a prática de crime, a eventual realização da conduta do primeiro acabaria por ampliar o risco de ofensa ao bem jurídico, e então o resultado lhe seria imputável.

O sentido delitivo da conduta do partícipe (critério objetivo utilizado por Jakobs) é também desenvolvido na obra de WOLFGANG FRISCH, citado por WEIGEND (2002, p. 205), e estaria presente quando “o cúmplice não pode fazer valer nenhum interesse legítimo próprio na realização de sua contribuição porque a mesma conduz seu sentido objetivo exclusivamente ao plano delitivo do autor”. Em outros termos, esse comportamento do pretense autor neutro não lhe teria utilidade alguma, mas somente ao autor do crime, e aqui residiria o ajuste (elemento subjetivo) entre autor e partícipe. Daí que a excepcionalidade da conduta em relação ao cotidiano do profissional seria elemento decisivo na avaliação de sua responsabilidade. O duplo requisito pode ser traduzido com a seguinte fórmula: o partícipe altera deliberadamente sua ação cotidiana, transformando-a em movimento cuja utilidade é fruída apenas pelo autor do verbo núcleo do tipo.

Haveria, assim, uma espécie de dever de solidariedade, que deveria ser suportado universalmente para se prevenir a ofensa a bens jurídicos alheios.

CLAUS ROXIN expressa que “não basta o simples solidarizar-se com o autor do fato, nem as demonstrações de simpatia, mas é necessário que haja uma resolução em direção ao fato, ou seja, é necessário motivar ou intensificar a decisão do autor”, e que somente pode haver cumplicidade “quando se eleve o risco para a vítima e a possibilidade de êxito para o autor” (APUD – RASSI, 2013, p. 29). Então, para além da adesão dolosa direta (o dolo eventual não é suficiente), na sua ótica é imprescindível que o partícipe eleve o risco ao bem jurídico com sua conduta. Recorre, em certa medida, ao princípio da confiança e à proibição de regresso, porquanto o profissional não pode ser privado de seu mister em razão da possibilidade de que alguém o desvirtue (ex.: quem fornece produtos químicos a um poluidor não responde pelo crime ambiental). Mas a resolução em direção ao fato, permeada por dolo direto, incrementa o risco ao bem jurídico, ultrapassando-se, enfim, os limites regulamentares da profissão.

TAVARES LOBATO (2014, p. 138) ainda cita outros autores, dos quais parece interessante a persuasiva sugestão de ROBLES PLANAS, para quem é necessário avaliar a relação de espaço e tempo, e sua adaptação ao plano criminoso (sem embargo da possível posição do garantidor), a fim de se perquirir a proximidade da contribuição daquele que contribui



para o crime, e então se extrair sua pretensa neutralidade. A conduta do partícipe seria punível acaso customizada ao projeto estabelecido pelo autor.

Mas onde desponta o maior mérito de TAVARES LOBATO é em apontar o critério do abuso do direito como orientador desse tema (2014, p. 139/143). O articulista parte do argumento que não há direitos absolutos, e que a tese do abuso de direito, embora nascida no Direito Civil, pode ser aplicada no Direito Penal. No ponto, compara o direito à propriedade com o direito ao trabalho, mencionando que não se cogita de eximir de responsabilidade o proprietário de uma faca que a empresta para se executar um homicídio, porém muito se diverge sobre a possibilidade da punição de alguém que desvirtua sua profissão para cometer crimes. Admite que há riscos, mas somente na zona em que são permitidos é que os profissionais estariam imunes à censura penal, o que somente pode ser avaliado diante do caso concreto, não havendo regra abstrata que determine a superação dessa fronteira.

5. Honorários advocatícios e lavagem de dinheiro

O caso dos honorários maculados é emblemático e retrata a complexidade do tema.

Um exemplo concreto: A, ocupante de cargo de escalão inferior em determinado órgão público, é denunciado pela prática de crimes como peculato e fraudes em licitações, e tem seus bens cautelarmente tornados indisponíveis. A é exonerado do cargo em comissão que ocupava, todo seu patrimônio está bloqueado e a família não tem outra fonte de renda, remanescendo oculta parcela do produto do crime contra a administração pública, não localizada pelos órgãos de persecução. A consulta o advogado B para assumir-lhe a defesa, o qual aceita, estipulando o valor de R\$ 150.000,00 como honorários, o que está dentro do que costuma cobrar em casos da mesma dimensão, o que é aceito por A. B tem plena ciência que seus honorários serão suportados com valores provenientes do peculato.

A indagação, em suma, é: a conduta se enquadra no tipo do art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei 9.613/98 (“§ 2º. Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”)?

O entendimento do professor TAVARES LOBATO (2014, p. 146) é pela atipicidade da conduta, porque não há o especial fim de agir de ocultar ou dissimular seus bens. Embora reconheça que possa ocorrer abuso de direito, essa tese simplesmente entende que não se trata de crime em razão do modelo adotado pela lei brasileira. Portanto, havendo o devido registro



patrimonial e cumprimento de obrigações tributárias acessórias, faltaria o elemento subjetivo do injusto.

Em razão da falta da tendência transcendente, decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça considerou que a conduta do advogado que recebe honorários, conhecendo a origem ilícita do dinheiro, enquadra-se como receptação, e não lavagem de dinheiro. A decisão foi proferida no julgamento da ação penal nº 472/ES, da relatoria Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 1º de junho de 2011, cuja ementa segue transcrita:

PENAL. RECEBIMENTO DE DINHEIRO DECORRENTE DE CRIME DE PECULATO.

"LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE VALORES (LEI 9.613/98, ART. 1º, § 1º). ESPECIAL ELEMENTO SUBJETIVO: PROPÓSITO DE OCULTAR OU DISSIMULAR A UTILIZAÇÃO. AUSÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE RECEPÇÃO QUALIFICADA (CP, ART. 180, § 6º). *EMENDATIO LIBELLI*. VIABILIDADE. DENÚNCIA PROCEDENTE.

1. No crime de "lavagem" ou ocultação de valores de que trata o inciso II do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98, as ações de adquirir, receber, guardar ou ter em depósito constituem elementos nucleares do tipo, que, todavia, se compõe, ainda, pelo elemento subjetivo consistente na peculiar finalidade do agente de, praticando tais ações, atingir o propósito de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes indicados na norma incriminadora. Embora seja dispensável que o agente venha a atingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento ("utilização") de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Sem esse especial elemento subjetivo (relacionado à finalidade) descaracteriza-se o crime de ocultação, assumindo a figura típica de receptação, prevista no art. 180 do CP.

2. No caso, não está presente e nem foi indicado na peça acusatória esse especial elemento subjetivo (= propósito de ocultar ou dissimular a utilização de valores), razão pela qual não se configura o crime de ocultação indicado na denúncia (inciso II do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98). Todavia, foram descritos e devidamente comprovados os elementos configuradores do crime de receptação (art. 180 do CP): (a) a existência do crime anterior, (b) o elemento objetivo (o acusado recebeu dinheiro oriundo de crime), (c) o elemento subjetivo (o acusado agiu com dolo, ou seja, tinha pleno conhecimento da origem criminosa do dinheiro) e (d) o elemento subjetivo do injusto, representado no fim de obter proveito ilícito para outrem. Presente, também, a qualificadora do § 6º do art. 180 do CP, já que o dinheiro recebido pelo acusado é produto do crime de peculato, praticado mediante a apropriação de verba de natureza pública.

3. Impõe-se, assim, mediante *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), a modificação da qualificação jurídica dos fatos objeto da denúncia, para condenar o réu pelo crime do art. 180, § 6º do Código Penal.

4. Nesses termos, é procedente a denúncia.



A última solução não transparece adequada, porque, ao contrário do parágrafo 1º, o parágrafo 2º, do art. 1º, da Lei 9.613/98 não prevê o elemento diverso do dolo consubstanciado na expressão “para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”. Dito de outra forma, não se trata de tipo incongruente, pois não há excesso subjetivo.

Logo, em tese há tipicidade objetiva e subjetiva da conduta.

A despeito disso, argumenta-se que a conduta não incrementa risco ao bem jurídico, porque o advogado não tem obrigação de impedir o resultado, por isso não se qualifica como garantidor, em quaisquer das hipóteses do art. 13, § 2º, do Código Penal; que o advogado deve exercer livremente sua profissão para oferecer ampla defesa a seu cliente.

TAVARES LOBATO (2014, p. 149, nota 267) relata que essa interpretação foi acolhida em precedente da Corte Superior de Quebec, no Canadá. O julgamento reconheceu o direito constitucional à incondicional assistência por advogado, cujo princípio do privilégio absoluto regeria a relação entre este e seu cliente.

Essa posição foi adotada, em decisão monocrática, pelo Min. Ricardo Lewandowski, no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 129569. Eis o trecho mais importante da decisão:

A Constituição da República preceitua que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133).

E, de acordo com a legislação federal que rege as suas atividades, é direito do advogado “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”, sob pena de incorrer em infração disciplinar (arts. 7º, XIX e 34, VII, da Lei 8.906/94) e no crime tipificado no art. 154 do Código Penal.

Com efeito, para se preservar a higidez do devido processo legal, e, em especial, o equilíbrio constitucional entre o Estado-acusador e a defesa, é inadmissível que autoridades com poderes investigativos desbordem de suas atribuições para transformar defensores em investigados, subvertendo a ordem jurídica. São, pois, ilegais quaisquer incursões investigativas sobre a origem de honorários advocatícios, quando, no exercício regular da profissão, houver efetiva prestação do serviço.

A ação seria neutra porque o advogado estaria desempenhando seu papel social.



No extremo oposto, sustenta-se que essa conduta é lavagem de dinheiro porque, no Estado de Direito, a defesa criminal deve ser ponderada com o dever do advogado de exercer licitamente sua profissão, e que o recebimento doloso de produto de crime é reprovável; o abuso de prerrogativas profissionais é abuso de direito, extrapolando-se o limite das ações neutras. Em seu trabalho, TAVARES LOBATO (2014, p. 149) registra que se trata de conclusão do Tribunal Constitucional Alemão, em 2007.

Perfilham do mesmo entendimento GUARAGNI e ORTIGARA (2018) que desenvolvem o fundamento de que

o fato de o advogado estar recebendo dinheiro maculado para chefiar a defesa do seu cliente traz à tona a terceira etapa da lavagem de dinheiro, a integração, em razão de o agente estar tentando aplicar em uma atividade lícita o dinheiro derivado da lavagem. Pretende-se evitar que essa reintegração seja feita, pois “uma vez ingressados os valores na prática lícita, torna-se difícil apurar quais valores têm origem na prática criminosa e quais decorrem dos lucros normais da atividade econômica legal”, conforme ensina José Paulo Baltazar Junior.

Sabe-se que há discussão em torno do bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de capitais, havendo quem sustente que se trata da administração da justiça, da ordem econômica, de ambos, ou, ainda, do mesmo bem jurídico protegido pela norma que incrimina a conduta antecedente. Adotando-se qualquer dessas posições, se verificará que o recebimento de honorários maculados incrementa o risco ao bem jurídico, pela óbvia constatação de que dificulta a recuperação da *producta sceleris*. Por outro lado, permite que o criminoso desfrute dos proveitos do crime em seu benefício exclusivo, e nisso se verifica um sentido delitivo na conduta do advogado. O cliente abusa do direito de defesa, e o advogado abusa do direito ao trabalho ao saber e aceitar que será remunerado com dinheiro ilicitamente obtido.

Naturalmente que o dolo direto é imprescindível, porque a adaptação da conduta do causídico ao plano delitivo do autor exige o ajuste subjetivo.

Portanto, defende-se aqui que a conduta descrita no início deste tópico configura o crime tipificado pelo art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei 9.613/98.

6. Considerações finais



Não é simples a tarefa de demarcar até que ponto uma ação cotidiana ou profissional se mostra irrelevante para o Direito Penal. Crê-se que não é possível a formulação de juízos antecipados e absolutos a esse respeito, do tipo qualquer ação atrelada à atividade fim de uma profissão, ou cotidiana no contexto das relações sociais, é neutra.

As fórmulas que misturam a caracteres objetivos e subjetivos parecem, portanto, as mais satisfatórias para a resposta todas às indagações e identificar critérios axiológicos para atribuição do tipo. Conclui-se, portanto, que:

- a) é indispensável que a conduta incremente o risco ao bem jurídico, em termos quantitativos, agregando potencial ofensivo à conduta típica do autor;
- b) esse incremento pode decorrer da violação das regras reguladoras de determinada profissão, pelo abuso do direito ou pela modelagem da conduta cotidiana ao comportamento do executor da conduta típica (fuga do comportamento padronizado), revelando-se a existência de um sentido delitivo no atuar do colaborador, porque assim se suplanta o estereótipo social daquele personagem;
- c) quanto maior a proximidade temporal e espacial da conduta profissional ou cotidiana ao agir típico, maior será a possibilidade de incremento do risco;
- d) em campos altamente regulamentados, como a atividade bancária, o cumprimento estrito das pautas fixadas nos ordenamentos respectivos torna a ação neutra;
- e) sempre que o agente tiver o dever jurídico de impedir o resultado (*garantidor*), deverá abster-se de agir. No plano local, entende-se que a norma do art. 13, § 2º, do Código Penal, pode servir como bom referencial interpretativo, deixando de funcionar como norma de extensão, na medida em que não haverá crime comissivo por omissão, mas efetivamente contribuição comissiva para crime comissivo;
- f) o incremento ao risco deve estar revestido de carga subjetiva, sendo imprescindível que o agente conheça tal circunstância e dirija seus esforços para esse fim, ou, no mínimo, considere sua real iminência;
- g) advogado que recebe honorários advocatícios, sabendo que seu cliente o paga com produto de crime, comete, em coautoria, o crime tipificado pelo art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei 9.613/98.

REFERÊNCIAS





ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APn 472/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2011, DJe 08/09/2011.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 129569 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 30/07/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05/08/2015 PUBLIC 06/08/2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDOSO PEREIRA, Flávio. As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Síntese, v. 1, n. 1, abr/mai 2000.

ESTELLITA, Heloísa. **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**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

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

GUARAGNI, Fábio André; FERNANDES ORTIGARA, Marina. O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados. **Revista Jurídica – UNICURITIBA** – v. 1, n. 34. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/797>. Acesso em 29/8/2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro**. Tese de doutorado - USP, 1992, disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-152131/pt-br.php>. Acesso em 29/9/2018.

TAVARES LOBATO, José Danilo. Ações neutras e teoria do abuso do direito – um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 111. nov/dez 2014.

WEIGEND, Thomas. Los límites de la complicidad punible. **REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**. 2ª Época, n.º 10 (2002), págs. 199-213. Disponível em: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5050/Documento.pdf>. Acesso em 27/8/2018.