

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

MARCIA ANDREA BÜHRING

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcia Andrea Bühring; Rogerio Luiz Nery Da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-721-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Cumprindo o compromisso com a promoção da cultura acadêmico-científica jurídica, o Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito - CONPEDI, realizou entre os dias 20 e 24 de junho de 2023, o VI Encontro Virtual do CONPEDI - Direito e Políticas Públicas na Era Digital, seguindo rica programação entre conferências magnas, painéis de debate e apresentações de trabalhos (artigos e posters), classificados pelos mais variados ramos jurídicos e distribuídos por dezenas de Grupos de Trabalho temáticos.

Coube aos professores-doutores Marcia Andrea Bühring (PUC-RS), Zulmar Antonio Fachin (Unicesumar) e Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC e UNIRV) a desafiadora e honrosa tarefa de coordenar os trabalhos do GT CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL I, em cuja sessão plenária logrou-se ver apresentados e postos em discussão variados artigos, da mais elevada qualidade argumentativa, na busca da solução de problemas concretos da realidade jurídica brasileira.

Nesta publicação temos a satisfação de oportunizar ao público leitor em geral para além dos círculos acadêmicos, os conteúdos versados, de modo a fomentar ainda mais efetivamente o debate com a sociedade civil, em busca de uma maior democratização na esfera pública do enfrentamento de questões atuais e que, sistematicamente, se sucedem a desafiar a a vida em sociedade e, notadamente, a chamar os profissionais do direito desafiando-lhes a criar e apresentar respostas capazes de pacificar a vida de relação social, as práticas socialmente desejáveis e o ajustamento de condutas típicas às soluções intercorrentes, desde as menos interventivas às de ultima ratio, conforme a moderna interpretação dos desenhos de tipificação das condutas penalmente reprováveis, a possibilidade de construção de soluções alternativas por meio de políticas criminais mais aptas a promover uma persecução penal atenta à lei e à ordem, mas respeitadora das garantias constitucionais, com vistas à pena proporcional e à ressocialização dos condenados, de forma atenta à dignidade da pessoa humana, compatível com a capacidade de gestão do sistema penitenciário pelo Estado e com os ditames de uma sociedade livre, justa e solidária.

A todos desejamos uma excelente leitura!

Profa. Dra. Marcia Andrea Bühring - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Universidade Franciscana de Santa Maria (UFN)

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin - Centro Universitário de Maringá (Unicesumar)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)
e Universidade do Rio Verde (UNIRV)

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS AÇÕES NEUTRAS E TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PROVENIENTES DE ATIVIDADE CRIMINOSA E A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

CRIMINAL LIABILITY FOR NEUTRAL ACTIONS AND THE THEORY OF OBJECTIVE IMPUTATION: RECEIPT OF ATTORNEY FEES FROM CRIMINAL ACTIVITY AND THE (IM)POSSIBILITY OF IMPUTING THE CRIME OF MONEY LAUNDERING

**Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Caio Mateus Caires Rangel**

Resumo

O presente artigo tem por objeto analisar a problemática acerca da responsabilização penal nos casos de ações neutras, a partir de um caso fictício de um advogado que recebe honorários em razão do exercício de sua profissão, mesmo tendo pontos de apoio concretos que levam a crer que a verba auferida é oriunda de atividade criminosa do cliente, bem como de uma variante da casuística, em que o agente possui conhecimento seguro da ilicitude dos honorários, para, perpassando pelo enquadramento dogmático da discussão ante a gama de teorias relativas ao tema, evidenciar a ausência dos critérios e fundamentos para se considerar a conduta típica, sob a perspectiva político criminal da idoneidade de proteção ao bem jurídico, com enfoque na teoria desenvolvida por Luís Greco. A abordagem discute se o recebimento de honorários decorrente de atividade ilícita representa a criação de um risco juridicamente desaprovado, e se a criminalização importa em meio idôneo para a proteção ao bem jurídico.

Palavras-chave: Lavagem de capitais, Honorários provenientes de atividade ilícita, Ações neutras, Bem jurídico, Política criminal

Abstract/Resumen/Résumé

This paper's purpose is to analyze the problem of criminal liability in cases of neutral actions, based on a fictitious case of a lawyer who receives fees due to the exercise of his profession, even though some evidence lead us to believe that the received money comes from the client's criminal activity. We'll also present a variant of this study's case, in which the agent has secure knowledge of the unlawfulness of the fees, to establish through the dogmatic framework of the discussion, the absence of criteria and legal foundations to consider the conduct typical, under the criminal policy perspective of the suitability of protection to the legal right, theory that has been developed by Luis Greco. The approach discusses whether the receipt of fees resulting from an illegal activity represents the creation of a legally disapproved risk, and whether criminalization matters in a suitable way to protect the legal right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Money laundering, Fees from illicit activity, Neutral actions, Legal right, Criminal policy

1 - INTRODUÇÃO

Imagine-se duas situações hipotéticas: na primeira, um advogado, no exercício de sua profissão, recebe os honorários advocatícios de um cliente, mesmo desconfiando – através de pontos de apoio concretos – que a verba auferida é oriunda de atividade criminosa. Na segunda, uma variante da primeira, o advogado possui conhecimento seguro da origem espúria do numerário.

A partir da análise destas situações postas, é apresentada ao leitor a hipótese, que é a possibilidade de responsabilização do advogado por lavagem de capitais, bem como a discussão quanto a obrigação deste em informar ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) as atividades suspeitas dos seus clientes, e seu suposto papel de garantidor.

A análise da referida questão será feita à luz de uma temática ainda não amadurecida na doutrina brasileira, que é o instituto das denominadas “ações neutras”, entendidas resumidamente como práticas ordinárias, comuns, geralmente correlatas ao exercício profissional, que, se analisadas isoladamente, consistem em um indiferente penal, mas, em alguns casos, podem contribuir ou configurar um fato delituoso principal, no caso em exame, a lavagem de capitais, prevista na Lei 9.613/98.

Assim, o trabalho busca, por intermédio da abordagem das denominadas ações neutras à luz da teoria da imputação objetiva, investigar os requisitos e pressupostos para fixar a responsabilidade penal nos casos sob análise. A partir do enquadramento dogmático do cerne do problema, objetiva-se identificar se a questão se desenvolve no bojo do tipo objetivo ou subjetivo, para, em seguida, analisar se em tais condutas existe ou não a criação do risco juridicamente desaprovado, e, conseqüentemente, se a sua proibição é idônea à proteção do bem jurídico.

Apenas após delinear o enquadramento dogmático do cerne da discussão, busca-se traçar um panorama das hipóteses e critérios para responsabilização das ações neutras, aptos a resolver figuras análogas e comuns na praxe cotidiana, desde o caso do vendedor de uma loja de ferramentas que fornece um machado a quem está participando de uma rixa, até mesmo o de um taxista que transporta um cliente, mesmo ciente que este vai praticar um delito de homicídio.

Portanto, a despeito da existência de discussões em outros âmbitos da teoria do delito, o estudo visa resolver a questão da responsabilização penal do advogado que

aufere honorários com numerário proveniente de atividade ilícita dos seus clientes, no âmbito da análise dos requisitos e fundamentos necessários para a punição das ações neutras, apresentando algumas propostas de soluções, temática que se afigura de relevância prática e teórica, gravitando pela órbita Direito Penal Econômico.

2- APRESENTANDO O CASO DO ADVOGADO QUE RECEBE HONORÁRIOS MACULADOS E SUA VARIANTE

Visando possibilitar uma melhor compreensão sobre o tema, metodologicamente apresentamos partir de um caso concreto fictício principal, envolvendo o recebimento por parte do advogado de honorários provenientes de atividades ilícitas, bem como a intercorrência de uma variante fática do caso.

Caso Original: No caso hipotético principal, “A” é um advogado criminalista, que labora na defesa de um cliente acusado dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Após celebrar contrato de honorários, recebe como pagamento determinada quantia auferida através da atividade ilícita do constituinte. Embora não tenha sido informado da origem espúria dos valores, “A” desconfiou da sua ilicitude, pois ao receber o pagamento final, o cliente solicitou que um subordinado fosse buscar a maleta com o dinheiro em espécie, sendo que o cliente afirma ao advogado que não quer nota nem recibo do pagamento ajustado.

A questão sob enfoque é analisar tecnicamente se o advogado seria responsabilizado criminalmente pelo delito de lavagem de capitais, e, principalmente, os fundamentos e critérios de eventual responsabilização, tendo em vista que apesar de não saber da prática delituosa, não possuindo o “conhecimento seguro” do fato principal, desconfiava da sua ocorrência apoiado em pontos concretos – dinheiro em espécie e ausência de nota fiscal – somado à ciência das práticas delituosas por parte do cliente.

Variante: Como variante, acresce-se ao caso principal, a hipótese de o cliente ter informado diretamente ao advogado que o numerário era decorrente da atividade ilícita da venda de drogas, fato que não impediu o seu recebimento. Percebe-se que na variante, ao contrário do caso principal, o agente tem plena ciência (conhecimento seguro) da origem espúria dos valores, de alguém que reconhecidamente praticou o fato principal. Convém, portanto, verificar se na análise quanto à responsabilização criminal das ações neutras, existem diferenças entre os casos em que o agente possui dúvidas acerca da

origem espúria dos valores – ainda que tenha fundadas razões para entender que a origem ilícita seria provável – (caso original), dos casos em que tem conhecimento seguro da sua ocorrência (variante).

3 ABORDAGEM DO TEMA A PARTIR DO PARADIGMA DAS AÇÕES NEUTRAS

O enfoque escolhido para analisar o caso em exame diz respeito à chamada cumplicidade por ações neutras, temática ainda pouco discutida em solo nacional, que praticamente se inicia com a obra de GRECO (2004), e que gravita por diversos institutos jurídico-penais, tais como o concurso de pessoas, a imputação objetiva, e, no caso, o Direito Penal Econômico.

De início, impende evidenciar que esse grupo de ações não possui um conceito nem nomenclatura uniformes na sua definição, de modo que além de “ações neutras” a doutrina as denomina também de “ações externamente neutras ou cotidianas” (ROXIN, 2014), “comportamentos socialmente estereotipados” (JAKOBS, 2010), dentre outras. Apesar das variações terminológicas, será adotada a expressão “ações neutras”, por entender ser a nomenclatura mais adequada a tal grupo de condutas, em consonância com o referencial teórico utilizado, tendo em vista que a ação, analisada isoladamente, se afigura neutra quanto a eventual responsabilização, de modo que a definição relativa à punição não é realizada aprioristicamente, devendo perpassar pelas peculiaridades casuísticas.

Na construção do conceito de ações neutras, Greco evidencia que se pode estabelecer conceitos de duas formas distintas, uma prescritiva, precisa, estabelecendo os requisitos para que uma conduta seja classificada como neutra, e outra descritiva, aberta, que apenas descreve um termo, sem delinear quaisquer requisitos ou se imiscuir em elementos valorativos quanto a punibilidade ou não, optando o autor pela forma descritiva, sob o fundamento de que, ao não se definir se são ou não proibidas, permite-se uma melhor visualização do problema (2004, p. 110).

Inicialmente, o autor as conceitua como sendo “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”, e, em seguida, de maneira ainda mais ampla, de modo a incluir também os casos de dúvida, define que

“ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”. Tais conceituações se ocupam apenas de definir, e não se imiscuem em questões relativas à responsabilização. Ou seja, o fato de ser ou não considerada ação neutra, não leva inexoravelmente a punição ou isenção, o que deve ser analisado casuisticamente.

Utilizando-se também de um viés descritivo, LOBATO (2005) estabelece que tal forma de conceituação evita o “erro metodológico de associar impensadamente a ação neutra de uma cumplicidade criminal a um determinado resultado, ou seja, a punição ou não-punição”, definindo-as como uma “contribuição ao injusto penal de outrem que não tenha reprovação penal manifestamente exteriorizada”.

Outros autores, entretanto, optam, em maior ou menor medida, por adotar conceitos prescritivos, estabelecendo requisitos para uma conduta ser considerada neutra, tais como RASSI (2014), que as define como “uma ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que seja utilizada para a prática de infração penal alheia”, e ROBES PLANAS (2003) que traz no seu conceito um aspecto objetivo, definindo-as como “condutas que se realizam de maneira adequada a um rol, *standard* ou estereótipo”, e, ainda, um subjetivo, consignando que nestas “existe o conhecimento por parte de quem as leva a cabo de sua idoneidade para, direta o indiretamente, produzir um resultado delitivo”.

Na mesma linha, PÉREZ MANZANO (2009, p.171) afirma não existem condutas *per se* neutras, pois qualquer conduta que abstratamente possa qualificar-se como penalmente irrelevante pode, caso se apresentem certas condições, adquirir sentido delitivo.

A despeito da variedade de definições, adotar-se-á a concepção meramente descritiva, podendo ser entendidas como ações cotidianas, rotineiras, isoladamente inofensivas, geralmente relacionadas a uma conduta social ou profissional, como auferir honorários advocatícios em razão do exercício lícito da profissão, dirigir um táxi, vender uma mercadoria, emprestar uma ferramenta, mas que acabam por contribuir com um injusto penal realizado por um terceiro.

Após a definição aberta, a indagação, portanto, é se tais ações, ao facilitarem ou configurarem o cometimento de um fato delituoso principal, como no caso sob análise

em que o advogado recebe como honorários valores provenientes da atividade criminosa do seu cliente, podem ser criminalizadas.

Portanto, o ponto nevrálgico consiste em definir se o advogado, ao receber tais honorários maculados, poderia ser considerado coautor ou partícipe do delito de lavagem de capitais, tendo em vista que após o recebimento dos valores por parte do advogado, estes retornarão de forma “limpa” à sociedade.

4 - TEORIAS RELATIVAS À CUMPLICIDADE POR AÇÕES NEUTRAS E A PROBLEMÁTICA ENQUANTO CRIAÇÃO DO RISCO JURIDICAMENTE DESAPROVADO - A TEORIA DESENVOLVIDA POR LUÍS GRECO.

A resolução da questão quanto à punição ou não das ações neutras depende do seu correto enquadramento dogmático. Ou seja, pela análise de onde está inserida a discussão no bojo do conceito analítico do crime, existindo uma certa uniformidade em situá-la no plano tipo penal, muito embora existam também proposições de soluções no âmbito da antijuridicidade e da culpabilidade (GRECO, 2004, p.114).

Situada a discussão no bojo do tipo penal, vislumbra-se na doutrina uma gama de construções teóricas que visam investigar a responsabilização das ações neutras na estrutura da teoria do delito, existindo fundamentos de ordem principiológicas gerais, no âmbito da tipicidade objetiva, da tipicidade subjetiva, além de teorias mistas, e até mesmo soluções casuísticas, no sentido de justificar ou não a sua punibilidade (CARDOSO, p. 100).

E o problema que envolve a questão das condutas neutras diz respeito à definição de como caracterizar a participação por meio delas. A dúvida que se apresenta é se apenas o conhecimento da intenção do criminoso principal e a vontade do partícipe de se unir a essa intenção são suficientes para transformar uma conduta neutra em participação criminosa. Para que a discussão não recaia em um campo subjetivo, parte da doutrina entende que a teoria das ações neutras deve se relacionar com a teoria da imputação objetiva. Isso significa que, para se caracterizar uma conduta como criminosa, é necessário verificar se ela representa um risco para o bem jurídico protegido e se a ação neutra é perigosa ou não, conforme destaca SCHORSCHER (2012, p. 455).

No entanto, o marco teórico adotado para responder aos questionamentos a partir dos casos hipotéticos apresentados se faz a partir da construção trazida por Luis Greco, que situa dogmaticamente a discussão na face objetiva do tipo, especialmente no âmbito da imputação objetiva. Logo, para se aferir a responsabilidade no caso da cumplicidade por ações neutras, necessário analisar se a conduta criou ou incrementou um risco juridicamente desaprovado, o que, sob a perspectiva político-criminal, ocorre quando a proibição do comportamento, de alguma forma, acarrete uma “melhora na proteção do bem jurídico” (GRECO, 2004, p. 138-140)

Portanto, para melhor análise da temática, imprescindível fazer um breve incursão na teoria da imputação objetiva, notadamente no que concerne à criação ou incremento do risco juridicamente desaprovado, posto que, tal teoria deve ser analisada não apenas com enfoque no autor, como também na conduta do partícipe.

De início, o autor situa problemática na face objetiva do tipo, o qual é responsável por definir os limites externos do permitido e do proibido, justamente onde situa-se o caso das ações neutras, e justifica tal posicionamento, asseverando que relegar ao tipo subjetivo a tarefa de distinguir ações permitidas de proibidas, acarreta o grave risco de recair no “direito penal de ânimo” (GRECO, 2004, p. 116). Assevera, portanto, que eventual responsabilização, pela própria segurança jurídica, não deve depender tão somente da disposição anímica do agente, mas sim ser analisada a partir de dados externos, objetivamente verificáveis.

Em resumo, a Teoria da Imputação Objetiva acresce ao desvalor da ação (que até então tinha caráter meramente subjetivo, verificando-se a finalidade) uma faceta objetiva, ou seja, a necessidade de “criação de um risco juridicamente proibido”. Noutra vértice, enriquece também o desvalor do resultado (que se resumia a “causação”), exigindo-se que a causação “realize o risco juridicamente desaprovado criado pelo autor” (GRECO, 2013), análise que refoge aos fins do presente trabalho. Trazendo a teoria especificamente para fins de se analisar a responsabilização por ações neutras, deve-se indagar se tais condutas “criam um risco”, e, ainda, se tal risco é “juridicamente desaprovado”.

Portanto, a primeira pergunta a ser investigada, é se a conduta neutra cria um risco? Nesse viés, aduz o autor que em razão do direito penal ter por finalidade a proteção

de bens jurídicos, só haverá tecnicamente a **criação de um risco**, se a conduta afetar ou puder afetar um bem jurídico, e fora dessa hipótese, qualquer criminalização seria apenas “proibir por proibir”, sem uma função útil, e, portanto, deslegitimada.

Nessa perspectiva, para definir quando há a criação do risco, a teoria se vale da *prognose póstuma objetiva*, que nada mais é do que analisar se no momento da conduta, o homem prudente (um observador objetivo) constataria que ela gera uma possibilidade real de lesão a bem jurídico. Complementa, aduzindo que em tal ponderação são levadas em consideração eventuais conhecimentos especiais do agente, momento em que refuta a crítica de que haveria uma “subjetivização” da teoria que é, por si só, objetiva (GRECO, 2004).

Com base nessa concepção, o fato de auferir honorários maculados, a princípio, não aumenta ou incrementa o risco. Contudo, se o partícipe tem ciência do plano delituoso, ou desconfia baseado em pontos de apoio concretos, que levariam o homem prudente à constatação da possibilidade de estar contribuindo para uma lesão a um bem jurídico, como, via de regra, ocorre nas hipóteses das ações neutras, há a criação do risco. Portanto, a “prognose-póstuma-objetiva” constata que em todos os 2 casos apresentados, as ações neutras criam um risco.

Não obstante, cumpre salientar que a própria questão do risco para o bem jurídico **é questionável**, quando se trata do crime de lavagem de dinheiro, pois se trata, sem dúvidas, de uma infração penal em que o bem jurídico tutelado é problemático (FERNÁNDEZ, 2009), não havendo, ainda, unanimidade quanto á sua delimitação (CASTELLAR, 2004, P. 176).

Mas, admitindo-se a existência do risco, cumpre ainda indagar se, para fins de responsabilização, indagar se tal risco é juridicamente desaprovado. Nessa esteira, enquanto a criação do risco remete à *prognose-póstuma-objetiva*, valorar se ele é desaprovado pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade (para que se permita algumas práticas consideradas perigosas) e o interesse de proteção de bens jurídicos (GRECO, 2004, p. 119). Segundo o autor, a questão não é verificar se a conduta em si é perigosa, pois geralmente é, mas sim, “delimitar se esta ação perigosa, arriscada, é ainda assim permitida, em nome do interesse geral de liberdade, ou se o direito considera esse risco algo desaprovado que mereça ser proibido, em nome do interesse de proteção de bens jurídicos”.

Conclui, portanto, consignando que a pergunta que deve ser feita para analisar a responsabilização por ações neutras, é “sob que pressupostos se pode declarar permitido o risco criado pela ação não manifestamente ilícita que contribuiu para fato injusto alheio”? Ou, em outras palavras, por que isentar de pena, afirmando um risco permitido, no caso de certas ações neutras (GRECO, 2004, p.121).

4.1. O risco juridicamente desaprovado e a idoneidade de proteção ao Bem Jurídico.

Ao responder a tal indagação, Greco chega ao fundamento principal da sua construção teórica, asseverando que a proibição de um comportamento não é justificável simplesmente em razão da existência de indícios concretos apontando para o cometimento do ato principal ilícito, e de conhecimento do cúmplice. Deve-se acrescentar a esses indícios concretos, a idoneidade da proibição para dificultar o cometimento do fato principal, e, conseqüentemente, acarretar uma melhor proteção ao bem jurídico.

Ou seja, nos casos das ações neutras, só se afigura legítima a criminalização, se a proibição “melhorar de alguma forma a situação do bem jurídico concreto”, posto que, ao contrário, perde-se sentido a punição, sendo apenas “punir por punir”, sem nenhum fim axiológico. Nessa esteira intelectual, argumenta o autor que se a recusa do agente dificulta de alguma maneira a lesão ao bem jurídico, pode-se falar em responsabilização, existindo, portanto, um risco juridicamente desaprovado.

Portanto, o ponto nevrálgico da teoria consiste em sustentar que não é o mero conhecimento ou desconfiança do agente apoiada em fatos concretos que deve ser ponderada para se analisar a responsabilização, mas sim, se na análise casuística a proibição de tal comportamento de alguma forma acarreta conseqüências positivas para a situação do bem jurídico.

Isso quer dizer que não é preciso que a proibição salve definitivamente o bem jurídico – até porque a própria ideia de tutela do bem jurídico por meio da proibição, é, em si mesma, discutível (ZAFFARONI, 1991). Para Greco, pressupõe que as coisas teriam ocorrido ao menos de modo diverso, uma melhora relevante: “menos que salvar, mais do que modificar”. Portanto, quanto mais fácil obter um substituto, menos idônea será a proibição para fins de proteção do bem jurídico, e tal análise independe da ciência do plano delitivo.

Nessa perspectiva, deve-se analisar se a contribuição do agente poderia ser substituída de forma legal, sem maiores complicações (GRECO, 2019), hipótese em que não haveria que se falar em punição. Isto porque, eventual proibição daquele

comportamento não acarretaria uma melhora considerável na situação do bem jurídico, inexistindo um risco juridicamente desaprovado.

Do contrário, se na substituição do comportamento do partícipe existir um esforço considerável para o autor principal, posto que a conduta não pode ser facilmente suprida por outro, haverá a punição, em razão da proibição se afigurar idônea a melhorar a situação do bem jurídico. Haverá, portanto, um esforço considerável, nos casos em que sua substituição levará a um atraso do plano geral. Quando a recusa não provocar dificuldades no plano geral, mostra-se desnecessária a punição, sob a perspectiva de proteção ao bem jurídico.

Portanto, não faria sentido em proibir o advogado de exercer o seu ofício, mesmo diante da desconfiança de se tratar de honorários maculados, em razão de estar diante de um agente provavelmente inclinado para a prática do crime, ou mesmo havendo a ciência da sua origem ilícita, se tal proibição não for idônea a proteger o bem jurídico. Em outras palavras, se a contribuição puder ser substituída sem esforço considerável, não há que se falar em responsabilização.

5- BREVES CONSIDERAÇÕES À TEORIA DE LUÍS GRECO E A RESOLUÇÃO DOS CASOS PROPOSTOS

Partindo das premissas teóricas suscitadas e desenvolvidas por Luís Greco, tendo como norte a perspectiva político-criminal da proteção ao bem jurídico, passa-se a resolução dos casos propostos, confirmando-se a validade dos critérios expostos.

5.1- Solução dos Casos Apresentados

Caso Original: No caso hipotético principal, o advogado criminalista “A”, laborou na defesa de um cliente acusado dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, e recebeu como pagamento dos seus honorários determinada quantia auferida através da atividade ilícita do constituinte, mesmo desconfiando da origem espúria dos valores, dúvida apoiada em fundadas suspeitas.

Em tal situação, embora não tenha sido informado da origem dos valores, “A” desconfiou da sua ilicitude, pois ao receber o pagamento final, o cliente solicitou que um subordinado fosse buscar a maleta com o dinheiro em “espécie”, além de que não exigiu nota fiscal nem recibo, além do fato do causídico ter ciência das atividades praticadas pelo cliente.

A solução apresentada é pela ausência de responsabilização. Para a análise da responsabilização, Greco entende que a dúvida do autor, mesmo embasada em pontos de apoios concretos, não é suficiente para a criminalização, se a proibição do seu comportamento não resultar numa melhora ao bem jurídico. E, no caso original, em caso de negativa do causídico, a sua “contribuição” seria facilmente substituída por outro profissional, sem demandar um esforço considerável, ou acarretar um atraso no plano principal, não ocorrendo, portanto, um risco juridicamente desaprovado.

Variante: Na variante do caso principal, onde o advogado tinha conhecimento seguro da origem ilícita dos valores, por ter sido informado expressamente pelo cliente se tratar de verba decorrente da atividade criminosa do tráfico de drogas, conclui-se, também, pela não responsabilização. Tal qual no caso original, o fato de ter conhecimento do plano delituoso, e da origem dos valores, não leva à criminalização, tendo em vista que a proibição do seu comportamento, a princípio, não é apta a proteger o bem jurídico, posto que o comportamento poderia ser substituído sem esforço considerável. A despeito do caso não conter maiores especificidades quanto à dificuldade de substituição, na visão do autor, o magistrado teria que diligenciar a produção de prova nesse sentido, e, em não havendo, o resultado seria absolvição em razão do *in dubio pro reo*.

Portanto, a par de tal entendimento, o fato de ter dúvidas ou mesmo o conhecimento seguro, por si só, não é apto à responsabilização, posto que tal proibição não acarreta uma melhora na proteção do bem jurídico, não devendo a questão ser resolvida em âmbito subjetivo.

Diferente seria o caso em que o causídico, em conluio com o cliente, auferir e declara os valores provenientes da atividade ilícita, e “restitui” parte do numerário ao cliente, incidindo no delito, ou mesmo se modifica ou transforma tais valores em ativos aparentemente lícitos em benefício do cliente. Até porque, em caso de recusa do advogado, o autor principal teria que procurar algum outro profissional que se submetesse a tal procedimento, devendo existir a responsabilização, posto que idônea à proteção do bem jurídico.

5.2- Questionamentos acerca da teoria

Dentro de uma perspectiva funcionalista, a despeito de considerarmos correto o posicionamento do autor, de inexistir proibição sem que esta de alguma forma melhore a

situação do bem jurídico, tal teoria não é imune de críticas, algumas das quais o próprio autor antecipa em seu trabalho.

Nesse sentido, observa-se que a análise da substituição do comportamento do cúmplice demandar ou não um esforço considerável, um atraso no plano principal, a bem da verdade, afigura-se uma indagação acerca de “cursos causais hipotéticos”, o que, em regra, é refutado pela doutrina, tendo em vista que a resposta à pergunta restaria em torno do “se”. Além de que, ninguém poderia se eximir de cumprir a lei, por existir alguém mais disposto a descumpri-la” (GRECO, 2004, p. 146-148).

Outra questão suscitada diz respeito a idoneidade do critério, em razão de sua imprecisão, posto que o princípio seria apenas uma diretriz orientadora para o legislador, e nem o juiz nem o dogmático poderia dele se valer para restringir a punibilidade. Ademais, definir se a proibição do comportamento é idônea a proteger o bem jurídico é um problema de ordem axiológica.

Pode-se questionar ainda que tal critério acarreta situações conflituosas, posto que a ideia de substituição com esforço considerável para se fundamentar uma punição, pode ser pautada em aspectos individuais do autor, como características peculiares, habilidades incomuns. Em consequência, em alguns casos, pode punir-se alguém por ser competente, diferenciado, hipótese em que, justamente por isso, não existe um substituto facilmente, sem esforço considerável, ao passo em que, outro agente, sem tal habilidade, não seria punido.

Nessa esteira, questiona-se o âmbito de aplicabilidade limitado da teoria, sob o argumento que ao adotar o critério da possibilidade de substituição do comportamento, seria inaplicável frente aos bens e serviços escassos, comuns em estruturas organizacionais voltadas para a flexibilidade e inovação. Com efeito, ao passo em que os critérios delineados pelo autor se amoldam perfeitamente ao caso do agente que entrega um machado a quem está participando de uma rixa, ou mesmo ao taxista que transporta um cliente, não seria suficiente para hipóteses mais complexas, onde está inserta a criminalidade econômica, que, não raro, se caracteriza por bens e serviços não tão disponíveis, em razão do alto grau de especialização (BRENER, 2021, p. 122-125).

Contudo, a despeito dos questionamentos inerentes a qualquer construção dogmática, até porque o próprio autor assevera que a teoria não consegue responder todos

os casos, ela apresenta requisitos sólidos e bem definidos, devidamente sistematizada dentro da sua perspectiva político-criminal.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou analisar quais os critérios e limites para a responsabilização criminal nos casos das ações neutras, condutas cotidianas, geralmente relacionadas à atividade profissional, que isoladamente afiguram-se lícitas, indiferentes ao direito penal, mas que podem contribuir para um fato delituoso principal.

Para tanto, foi apresentado um caso fictício original, com duas variações, de um advogado que no exercício da sua profissão recebe honorários advocatícios provenientes da atividade ilícita de seu cliente, onde se discute a possibilidade de imputação do delito de lavagem de capitais.

A par de uma gama de teorias existentes visando justificar a responsabilização ou não de tais comportamentos, procurou-se fixar o correto enquadramento dogmático do cerne do problema, ou seja, se a questão se desenvolve no âmbito do tipo objetivo ou subjetivo, concluindo que a problemática se localiza na face objetiva do tipo, no bojo da teoria da imputação objetiva, de modo a analisar se a conduta criou um risco juridicamente desaprovado, sob a perspectiva da idoneidade da proibição do comportamento para a proteção do bem jurídico.

Nessa perspectiva, considera-se que haverá um risco juridicamente desaprovado e, conseqüentemente, a responsabilização, quando a proibição do comportamento possibilitar uma “melhora na situação do bem jurídico”. Isto ocorre, a bem da verdade, apenas quando o comportamento não puder ser “substituído sem um esforço considerável”, sem um atraso no plano principal, tendo em vista que, ao contrário, se a contribuição puder ser substituída sem maiores complicações, eventual proibição daquele comportamento não acarretaria uma melhora considerável na situação do bem jurídico, inexistindo um risco juridicamente desaprovado.

Portanto, divergindo do entendimento da doutrina majoritária, concluiu-se, a partir do marco teórico adotado, para se analisar a responsabilização pena das ações neutras, é insuficiente a existência de conhecimento seguro do plano delituoso, ou o fato de estar diante de alguém “reconhecivelmente inclinado para a prática do crime”, mesmo que a dúvida seja embasada em pontos de apoio concretos, se tal proibição não for idônea

a proteger o bem jurídico, ou seja, se a contribuição puder ser substituída sem esforço considerável.

Portanto, a partir desta construção, o advogado que recebe honorários maculados em contraprestação aos seus serviços técnicos, atuando dentro de suas prerrogativas, desde que não objetive fraudar a lei, não acarreta o incremento de um risco proibido, não devendo ser responsabilizado criminalmente, mesmo desconfiando da origem espúria dos valores, ou tendo o conhecimento seguro da sua ilicitude, posto que tal proibição não tem o condão de melhorar a proteção do bem jurídico.

6- REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral I*. 21. ed. Ver., ampl e atual – São Paulo: Saraiva. 2015.

BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Marcial pons. 2021.

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, nº8, juldez, 2013.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. *A (im)possibilidade de imputação penal de lavagem de capitais por cumplicidade aos contadores no exercício cotidiano de sua atividade profissional*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2018.

CASTELLAR, João Carlos, *Lavagem de Dinheiro – A questão do Bem Jurídico*. Rio de Janeiro, Revan, 2004

DELEUZE, Gilles. *Conversações. Tradução de Peter Pal Pelbart*. São Paulo: 34, 2008.

FERNANDEZ, Fernando Molina. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático y, a la vez, aproximación a la participación en el delito. Em: **Política criminal y blanqueo de capitales**. Editores: Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009

FRISCH, W. *Delito y sistema del delito*, en Wolter/Freund, eds. El sistema integral del derecho penal, Barcelona, 2004

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

_____. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1. Ed. – São Paulo: marcial Pons, 2019.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. 16 e.d. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JAKOBS, Günther. *A imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Participação criminal por meio de ações neutras. O início (tardio) de um debate*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 830, 11 out. 2005. Disponível <https://jus.com.br/artigos/7406>. Acesso em: 6 jul. 2021.

MELO, Matheus Barbosa. *Lavagem de Dinheiro e a Imputação das Ações Neutras*. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2018.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. Política criminal y blanqueo de capitales. Marcial Pons: Madrid, 2009

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

ROBLES PLANAS. Ricardo. *La participación em el delito: fundamento y limites*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2003.

ROSSETTO, Luiz Henrique Carvalheiro. *O tratamento da Tipicidade no Funcionalismo Roxiniano e os Limites da Cumplicidade através de condutas neutras: Uma análise do caso Oskar Groning*. Revista Delictae, Vol. 4, Nº7, Jul-Dez. 2019. São Paulo.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo II*. Madrid: Civitas. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino Dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9 e.d. rev. atual. ampl. – São Paulo: tirant lo blanch, 2020.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. 179 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. e.d. – São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WEIGEND, Thomas. *Los Limites de La Complicidad Punible*. Revista de Derecho Penal Y Criminologia, 2. Época, n.º 10 (2002), Universidade de Colônia.

WELZEL. Hans. *Derecho Penal Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma Editora, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Ramos Pedrosa e Almir López da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991