

PAULA BRENER

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

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

“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. Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Edipro, p. 54, 2017.)

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho iniciou-se entre as estantes da biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG, quando, passeando pelos seus corredores, encontrei um pequeno livro 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 aquela provocativa leitura e, assim, decidi-me pelo objeto de meus estudos.

Ao professor Frederico Gomes de Almeida Horta 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, rigorosa e atenta a problemas concretos e reais.

Merecem agradecimento especial as professoras Sheila Jorge Selim de Sales e Beatriz Corrêa Camargo, pelas quais nutro grande admiração. A cuidadosa avaliação e o apoio ao longo do desenvolvimento do trabalho foram muito especiais e generosos. Agradeço as contribuições, discussões e apontamentos críticos, que permitiram um aprimoramento único do trabalho.

Ao professor Luís Greco, quem, além de ter me motivado, por seus escritos, a dedicar-me ao tema, teve a generosidade de conceder-

-me a oportunidade única de dialogar sobre as instigações que surgiram durante a pesquisa. Sua obra tornou-se um livro de cabeceira e guiou-me por todo o percurso, nossa conversa me estimulou a novos aprofundamentos e indagações. Agradeço-lhe por ter me ofertado esse espaço.

Não poderia deixar de registrar meus agradecimentos aos professores Adriano Teixeira, Heloisa Estellita e José Danilo Tavares Lobato, os quais, com verdadeiro espírito acadêmico e generosidade ímpar, viabilizaram o acesso a textos centrais para o desenvolvimento do trabalho. Ao professor Hermes Guerrero, o qual inspirou-me a paixão pelo direito penal. Ao professor Luís Brodt, cujas aulas me proporcionaram um aprofundamento único sobre a dogmática penal. Posso dizer que me tornei outra pesquisadora após suas aulas. Ao professor Fernando Galvão, sempre aberto ao diálogo crítico e honesto e um incentivador da coragem na academia. Também ao professor José Cirilo de Vargas, a quem agradeço as preciosas glosas deixadas em seus livros, tão generosamente doados à biblioteca da UFMG.

Ao professor Felipe Martins Pinto, agradeço o enérgico incentivo ao presente trabalho, suas provocações e *insights*, bem como a 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 apoiaram-me nas revisões. Atuar lado a lado com essa equipe é motivo de contínua evolução, tornando mais alegre e animador o enfrentamento das trincheiras da advocacia.

À professora Raquel Rainoni, agradeço a paciência, o carinho e a alegria, bem como toda a energia que suas aulas me proporcionam. As semanas se renovavam após nossos encontros e grande parte da bibliografia deste trabalho somente se tornou acessível a mim graças a você.

Aos amigos da pós-graduação, Fabio, Gabriel, João, Matheus, Mathias, Nathália, Regina e Vitor, agradeço os profícuos e alegres diálogos sobre o tema. Nossas trocas enriqueceram muito este trabalho.

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 –, a jornada e os projetos que juntos realizamos e que muito me transformaram e sensibilizaram.

Aos amigos da vetusta Casa de Afonso Pena – Giovani Pontes, Gustavo Caires, Marcel Torres, Rogério Campos e Thaís Maia – agradeço o companheirismo a cada passo do percurso. Foram muitos textos revisados, discussões acaloradas e compartilhamento de ideias, opiniões e conceitos. Foi tudo mais leve e alegre com a amizade de vocês, verdadeiros amigos que espero levar para a vida toda.

Agradeço, é claro, à Faculdade de Direito da UFMG, minha *alma mater*. A querida vetusta Casa de Afonso Pena forneceu-me uma formação sólida em Direito, transformou-me e sensibilizou-me para a importância e o valor dos princípios democráticos e para a responsabilidade que temos para com a nossa sociedade, ofertou-me o acesso a um imenso acervo bibliográfico, proporcionou amizades para toda a vida e possibilitou a abertura de inúmeras portas para as mais diversas oportunidades.

Quanto à publicação deste livro, agradeço aos coordenadores da coleção Reflexões Jurídicas, Professores Adriano Teixeira e Luís Greco, bem como à editora Marcial Pons, na pessoa de Marcelo Porciuncula. Muito alegrou-me a oportunidade de publicar a obra em uma coleção tão estimada, reconhecida pelo trabalho editorial rigoroso e pelo esforço louvável em tornar acessíveis trabalhos monográficos como este.

Aos meus pais, Lili e Serguei, que nunca mediram esforços em garantir minha formação, fomentando minha paixão pela leitura, pelo conhecimento e pelo estudo, além de representarem, para mim, grandes inspirações de vida, alegria, amor e compartilhamento! Aos meus avós, Lulu e Memel, Zilda e Edson, à minha madrinha, Sylvie, e ao meu irmão, Marcos, agradeço toda a torcida e energia ao longo do percurso.

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

PREFÁCIO

Apresentar este livro e sua autora é agradável como dar uma boa notícia, ainda mais quando elas escasseiam. Escrevo essas linhas ao fim de mais um dia de distanciamento imposto pela pandemia de uma traiçoeira doença respiratória, altamente contagiosa. Nesta situação já atravessamos mais de um ano. E neste difícil ano foi gestado, em boa medida, o trabalho que o leitor tem em mãos.

Eu testemunhei essa gestação na condição privilegiada de orientador da dissertação de mestrado, que agora vem a público. Seu produto é a própria concretização da pretensão inicial da autora, de analisar os critérios doutrinários de verificação da cumplicidade por ações neutras, a fim de testar-lhes ou mesmo apurar-lhes, para aplicação no vasto campo prático do direito penal econômico, especialmente nos delitos empresariais. Uma ideia tão boa quanto desafiadora.

Estudar a cumplicidade por ações neutras é investigar as últimas fronteiras da tipicidade ou das proibições penais, procurando compreender o requisito mínimo, o fundamento essencial de punibilidade de alguém por participação em um delito. Partindo da premissa de que o mero vínculo causal não torna alguém corresponsável pelo crime de outrem, o que se discute é se para tanto bastaria a consciência de oferecer alguma utilidade para a sua prática, ou se haveria ainda alguma qualidade objetiva desse aporte doloso, indispensável para que ele possa ser propriamente considerado uma concorrência para o crime, nos termos do artigo 29 do CP.

Trata-se de um tema nuclear da teoria do delito, que surge como um problema aparentemente conceitual, ilustrado por casos improváveis, mas que cada vez se mostra mais relevante na prática. O trabalho de Paula Brener revela bem a importância do debate sobre a punibilidade das ações neutras no campo dos delitos econômicos e empresariais, onde os fatos típicos decorrem de interações múltiplas, de intervenções cotidianas de diversos sujeitos. Assim a concessão de um crédito, a prestação de um serviço especializado, o fornecimento de um insumo, a intermediação de uma relação negocial por uma plataforma virtual etc., muitas vezes realizadas com conhecimento ou previsão de que ensejarão ou favorecerão crimes praticados por terceiros, como corrupção, sonegação de impostos, poluição ambiental, violações patrimoniais ou lavagem de dinheiro.

A pergunta que a jovem pesquisadora enfrenta, então, é até onde vai a liberdade de alguém oferecer bens e serviços, atuar profissionalmente ou praticar atos administrativos, sem ter de se haver com as intenções da contraparte, isto é; sem responder pelo emprego que o beneficiário fará da utilidade, possibilidade ou poder adquirido a partir dessa interação? A resposta a essa pergunta é indispensável para garantir as liberdades de atuação profissional, comercial ou política das pessoas, esclarecendo os seus limites jurídicos, com independência de eventuais interditos morais.

Este livro, distinguido pela rigorosa curadoria da coleção “Reflexões Jurídicas”, da Editora Marcial Pons, apresenta em boa medida a evolução do debate teórico sobre a cumplicidade por ações neutras, pontuada pela análise da autora. Paula Brener não se esquivava de expor suas críticas e ideias, mas tampouco deixa de reconhecer e indicar os avanços, o que merece ser aproveitado, das diversas contribuições analisadas. É assim que ela vai tecendo um diálogo profícuo, principalmente entre os aportes de Wolfgang Frisch, Luís Greco e Urs Kindhäuser, para tentar precisar aquilo que confere sentido delitivo a uma intervenção acessória na realização de um injusto penal.

A empreitada está à altura das virtudes da autora, como confirma seu texto, escrito com notável rigor teórico e conceitual, para além da elegância formal. Quem conhece Paula Brener sabe que essas qualidades bem a definem. Trata-se de uma acadêmica talentosa, mas

especialmente vocacionada, que se distingue por sua honestidade e seriedade, por forjar suas conquistas com a força incontornável do mérito e da dedicação, por não bajular nem tomar atalhos. Paula é representante de uma profícua geração de pesquisadores, amplamente conectados, que acessam e processam bem um amplo volume de informações e fontes, quase sem precisar sair de casa. Ao mesmo tempo, não se deixa seduzir pela superficialidade e aparência. Paula é das que buscam a essência, aceitando o tempo, a solidão e a angústia do labor científico. “Pega o boi pelo chifre”, para lembrar o saudoso Prof. José Cirilo de Vargas, que a Paula e seus contemporâneos de Faculdade conhecem apenas na eterna dimensão da obra publicada e das saborosas glosas nos livros de sua biblioteca, legada à Casa de Afonso Pena.

O resultado está aí. Um livro que merece ser lido e reconhecido como uma efetiva contribuição à dogmática brasileira do concurso de agentes. Uma surpresa feliz em tempos duros, ou nas palavras de Guimarães Rosa, “um pouco de saúde, um descanso na loucura”.

Belo Horizonte, outono de 2021.

FREDERICO HORTA

Professor Adjunto da Universidade Federal
de Minas Gerais

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	9
PREFÁCIO	13
CASOS	21
INTRODUÇÃO	27
1. Noções preliminares: intervenção na atividade delitiva e ações neutras	33
1.1. Ações neutras: precisões conceituais	33
1.2. Conceito e formas de intervenção na atividade delitiva	39
2. Contornos problemáticos da imputação por ações neutras	49
2.1. Teorias clássicas ou principiológicas	50
2.1.1. Princípio da Adequação Social	51
2.1.2. Princípio da Confiança	54
2.2. Teorias objetivas	58
2.2.1. Teoria da proibição de regresso	58
2.2.2. Teoria da adequação profissional de Winfried Hassemer	62
2.2.3. Teoria dos papéis e a proibição de regresso na doutrina de Günther Jakobs	68

2.2.4. Teoria quantitativa de Thomas Weigend.....	85
2.2.5. Teoria do abuso de direito de José Danilo Tavares Lobato.....	86
2.2.6. Teoria da solidariedade de João Daniel Rassi .	89
2.3. Teorias subjetivas.....	91
2.3.1. A solidarização com o injusto do autor: a proposta de Heribert Schumann	92
2.3.2. A restrição da punibilidade nos casos de dolo eventual: a proposta de Harro Otto	99
2.4. Teorias mistas	103
2.4.1. Teoria de Claus Roxin	103
2.4.2. A teoria de Wolfgang Frisch.....	106
2.4.2.1. Desenvolvimento teórico de Luís Greco: adoção e precisão do critério da idoneidade como solução para o problema das ações neutras	112
2.5. Conclusões intermediárias.....	132
3. Limites da intervenção delitiva e critérios de imputação nas ações neutras.....	135
3.1. Alocação da solução no tipo objetivo de participação.....	139
3.2. O desvalor do risco na imputação do tipo objetivo da participação	147
3.3. Idoneidade da proibição como critério negativo que consolida o risco permitido	150
3.4. O conteúdo do risco proibido: sentido delitivo do comportamento de cumplicidade	157
3.4.1. Sentido delitivo em Jakobs	158
3.4.2. Sentido delitivo em Roxin.....	162

3.4.3. Finalidade delitiva em Lopez Peregrin.....	166
3.4.4. Sentido delitivo em Frisch.....	168
3.5. Densificando o sentido delitivo da participação: a utilidade como critério normativo determinante do concurso	172
3.5.1. Compreensão analítica de auxílio: diálogo com as contribuições teóricas de Urs Kindhäuser ...	180
3.6. Consolidação da tomada de posição.....	186
3.6.1. Alcance da proposta para além da cumplicidade: breves apontamentos sobre a autoria de crimes de auxílio e sobre a instigação.....	189
3.6.2. Antecipando possíveis objeções à proposta.....	193
3.6.2.1. Contingência da linguagem na construção do critério da utilidade?	193
3.6.2.2. Crítica em considerar neutra conduta que proporcione piora na situação do bem jurídico?	195
4. Resolução dos casos	197
CONCLUSÕES	213
BIBLIOGRAFIA	217
POSFÁCIO	245

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 emprestada 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 com os desígnios de A, cuja esposa é compradora na loja e trata os 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 em frente a 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

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

“não é problema meu”. Na sequência, R assassina dois indivíduos que participavam da rixa. Punibilidade de V?

CASO 2 (dramatização feita por Greco de um caso de Jakobs²) – A paga sua dívida com 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 em sondagens do solo para que se ateste a estabilidade de barragens. S, sócio-gerente da Sondas Ltda., toma conhecimento pela televisão³ sobre o rompimento de uma barragem de rejeitos de uma de suas principais clientes, a Mineradora M. A mesma reportagem mencionava fraude nos relatórios de estabilidade de barragens, indicando 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, ocorre novo rompimento de barragem de rejeitos, novamente constatando-se dados irregulares nos relatórios de estabilidade. Os diretores de M são denunciados pelo cometimento do crime de desmoroamento qualificado pelo resultado morte (artigo 256 c/c artigo 258 do Código Penal). 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

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, confira-se a decisão na ação penal de nº 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 nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 20 de julho de 2015.

4. De forma similar ao caso hipotético, pode-se mencionar o Habeas Corpus nº 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, o 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 con-

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, contratando antigos conselheiros do órgão para exercerem sobre ele influência, bem como realizando pagamento de propina a conselheiros responsáveis pelo julgamento, o que configura o crime de corrupção ativa perante o órgão (artigo 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 influência no processo administrativo. O advogado A deve responder como participe no delito de corrupção ativa perante o órgão (artigo 333 do Código Penal)?

CASO 5⁵ – P, o único procurador do município de Distante, emite parecer opinando pela dispensa de licitação para a contratação

trato desse advogado, substabelecendo-lhe poderes para tanto. A decisão que indeferiu o pedido de trancamento da ação apresentou por fundamento a importância de apurar eventual responsabilidade, a título de participação, do advogado G.M.S., o que 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 a atuação técnica do advogado como contribuição para o 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, fazia 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 corrêus: “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).

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 à 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:

de uma empreiteira para realizar obras no município após período de fortes chuvas. O parecer de P embasa a determinação do Prefeito do município de contratar uma empreiteira sem que fosse realizada licitação, tendo o serviço custado um valor acima do usual no mercado. Não obstante a tecnicidade do parecer, P tem 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 6^o – O Deputado Federal X, integrante da cúpula do “Partido Partícipe”, atuou de forma determinante na decisão do chefe

15/05/2018. DJe 23/05/2018). Em contrapartida, no HC nº 369019/AP, foi realizado o trancamento do processo penal contra 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 acerca da atuação de procurador que emite parecer jurídico opinando pela aprovação de edital de licitação e da modalidade de certame escolhido, o STJ considerou 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 nº 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 a sua provável ciência dos fatos (conhecimentos especiais), não restou provada a sua adesão subjetiva 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 à manutenção do agente público pelo parlamentar e os crimes de corrupção. O comportamento de apoio político na indicação e na manutenção de agentes, no parlamentarismo de coalizão, é uma ação relacionada à função parlamentar e representa uma utilidade, permitindo a tomada de decisões mais plurais pelo executivo. A punição da

do executivo de indicar Y para compor os quadros de uma empresa estatal de economia mista como diretor, o tendo indicado para o cargo e apoiado politicamente e 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?

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 se tornar mercantilização da função pública.

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 de “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 Trata-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,

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.

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 chefe do Poder Executivo podem ser imputadas ao procurador que lhe fornece um parecer técnico contendo opinião juridicamente válida?

Esses exemplos indicam algumas das hipóteses abarcadas no grupo de casos das ações neutras, que tornam o processo de imputação de responsabilidades complexo. A pura e simples responsabilização por 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 converter-se delitivamente, a ponto de que, caso se buscasse impedir todo e qualquer aporte causal a injustos penais, seria necessário engessar gravemente as formas de contato social, bem como as liberdades profissional e negocial dos indivíduos.

Não obstante, a ausência de parâmetros dogmáticos para 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 por meio de uma análise simplificada, 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 debruçar-se sobre problemas clássicos, sem enfrentar o escopo no qual as ações neutras se tornam uma questão particularmente problemática: o direito penal econômico. É nesse âmbito que se manifesta com maior expressão a complexidade das relações interpessoais e negociais na sociedade contemporânea. Relações essas que se caracterizam por sua natureza massificada e envolvem a atuação de sociedades empresárias, organizadas em estruturas verticalizadas, marcadas pela

8. Vide notas 2 a 6.

hierarquização e pela divisão do 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 panorama, surgem os seguintes questionamentos, motivadores do 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 por meio 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. Assim, o trabalho se propõe 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

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 a crimes tributários, provedores de serviço de iniciação de pagamento em *internet banking*, entre 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. Luis Emilio Rojas A. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012.

quais serão tomados como 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 o trabalho seja orientado pelo pensamento problemático, não se olvidou do cuidado com a sistematicidade das propostas, sua adequação e sua coerência com o 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 o retorno do leitor a eles durante a análise das teorias e propostas que se apresentam. Note-se que os dois primeiros casos são adaptações de formulações selecionadas entre 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, que integram o presente trabalho como grupo de controle da proposta oferecida. Os quatro casos subseqüentes trabalham com a participação em um cenário mais complexo de direito penal econômico, permitindo desenvolver as discussões sob uma perspectiva aprofundada.

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-

10. VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofía del derecho*. Trad. 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. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 211 *et seq.*; e HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. 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. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 211-229.