

LUIZ HENRIQUE CARVALHEIRO ROSSETTO

**A proibição de regresso enquanto elemento da imputação objetiva: uma
análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas
“ações neutras”**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

**A proibição de regresso enquanto elemento da imputação objetiva: uma
análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas
“ações neutras”**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Penal, sob orientação do Prof. Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Carvalho Rossetto, Luiz Henrique

A proibição de regresso enquanto elemento da imputação objetiva: uma análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas "ações neutras" ; Luiz Henrique Carvalho Rossetto ; orientador Renato de Mello Jorge Silveira -- São Paulo, 2021.

172

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Penal. 2. Teoria do crime. 3. Proibição de regresso. 4. Imputação de condutas neutras. I. Silveira, Renato de Mello Jorge, orient. II. Título.

Defesa da dissertação de mestrado do candidato Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto, intitulada: A proibição de regresso enquanto elemento da imputação objetiva: uma análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas “ações neutras”, orientado pelo Prof. Titular Renato de Mello Jorge Silveira, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, apresentado à banca examinadora designada pela Comissão de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em [data].

Os membros da Banca Examinadora consideraram o candidato _____

Banca Examinadora:

Renato de Mello Jorge Silveira – presidente

Ao meu pai, com gratidão pelo
incentivo de sempre.

AGRADECIMENTOS

A produção de um trabalho de mestrado envolve caminhos sinuosos que desafiam a resiliência e a capacidade intelectual de concluir, num abreviado espaço de tempo, o primeiro passo na formação de um acadêmico. Sem o auxílio e o exemplo de pares mais experientes, encontramos-nos à deriva e minados pelo espectro do desconhecido. Reconhecer esse estado de coisas representa tanto um ato de humildade como um exercício de gratidão.

Portanto, nada mais natural do que prestar meus agradecimentos ao Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira, cuja gentil acolhida nas arcadas possibilitou a viabilidade dessa pesquisa. Devo acrescentar, ainda, as valiosas discussões e conselhos acadêmicos favorecidos sob sua orientação, bem como o inestimável empréstimo de material bibliográfico essencial para o presente trabalho.

Agradeço, ainda, aos professores, colegas e funcionários da Universidade de São Paulo, sem os quais a realização dessa pesquisa não seria possível. Também reitero minha gratidão aos professores e funcionários da Universitat Pompeu Fabra, cuja breve – e valiosa – estadia orientada por Ricardo Robles Planas se revelou primordial para a realização dessa dissertação. Que ela possa contribuir de alguma forma à discussão dos temas aqui trabalhados.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2021.

ROSSETTO, Luiz Henrique Carneiro. A proibição de regresso enquanto elemento da imputação objetiva: uma análise da discussão doutrinária relativa à punibilidade das chamadas “ações neutras”. 175 páginas. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo analisar a discussão relativa às condutas denominadas “neutras”, as quais consistem em práticas que, não sendo necessariamente puníveis, contribuem de alguma forma para o plano delitivo de terceiros. Apesar de ter sido objeto de inúmeras monografias e artigos de autores de língua espanhola e alemã, esse tema passou a ser abordado pela doutrina nacional de forma relativamente tardia. Neste contexto de aparente novidade, nem mesmo a terminologia do objeto de discussão parece livre de dissensos, na medida em que a literatura jurídico-penal costuma recorrer a uma série de conceitos para (supostamente) designar o mesmo fenômeno; assim, há quem fale em “ações (ou condutas) neutras”, “cumplicidade por ações neutras”, “ações cotidianas”, condutas “laborais” ou “profissionalmente adequadas”. Para um leitor pouco familiarizado com o tema, é difícil compreender se os termos em questão são intercambiáveis, se a função a eles assinalada é puramente descritiva ou se o emprego deles justificaria alguma solução jurídica distinta. Nada obstante, inexistente qualquer acordo no que diz respeito ao ponto de partida adequado ao seu desenvolvimento no âmbito da teoria do crime, havendo quem opte por tratar a questão no marco da tipicidade, na antijuridicidade, na culpabilidade ou na dogmática do concurso de pessoas. Diante de tais dificuldades, o trabalho busca conceituar minimamente o que se entenderia por “conduta neutra”, tendo como ponto de apoio a doutrina da proibição de regresso, bem como seus antecedentes e suas reformulações no âmbito da tipicidade objetiva. O que se pretende, portanto, é ir além de uma exposição sumária dos distintos modelos teóricos relativos ao tratamento das condutas neutras, avaliando-se a capacidade de rendimento da(s) doutrina(s) da proibição de regresso em face de outras construções dogmáticas, tendo em vista a necessidade de uma alternativa consistente e livre de contradições internas.

Palavras-chave: teoria do crime; condutas neutras; proibição de regresso; imputação; intervenção delitiva.

ROSSETTO, Luiz Henrique Carvalheiro. Prohibition of regress and imputation: an analysis concerning the liability of the so-called "neutral conducts". 175 pages. Dissertation (Masters). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the discussion concerning the so-called “neutral” conducts, briefly defined as those behaviors that are not punishable - despite its contribution to any criminal offense perpetrated by third parties. Although this issue has not been discussed by Brazilian scholars until recently, a significant amount of papers and essays in Spanish and German-speaking countries have addressed it in various ways. In this sense, not even the terminology is free of dissent, then each author uses different terms to describe the (supposedly) same phenomenon: some speak of "neutral actions (or conducts)", while others would rather name them as "daily" or "professional" behaviors. One who is not acquainted with this discussion might wonder if these terms are interchangeable, if their nature is purely descriptive or if this label could justify a specific legal solution. Nonetheless, there is no consensus when it comes to theory: while some authors justify this "neutral" character by the legal definition of the offense (Tatbestandsmäßigkeit), others rely on the justification of wrongdoing (Rechtswidrigkeit) or focus on complicity theories (Strafgrund der Beihilfe). Given these difficulties, I intend to address this problem using the "regress prohibition" theory (Regressverbotslehre) and its new developments in German criminal law. Far beyond a wide exposition of different theoretical models, the goal lies in discussing its possible advantages as a reasonable path to deal with the aforementioned neutral conducts.

Keywords: crime theory; neutral conducts; prohibition of regress; criminal liability; criminal participation.

ROSSETTO, Luiz Henrique Carvalheiro. Das Regressverbot als Zurechnungsmerkmal: eine Analyse über die Auseinandersetzung hinsichtlich der sogenannten "neutrale Handlungen". 175 Seiten. Dissertation (Magister). Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität von São Paulo, São Paulo, 2021.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Dissertation bezieht sich mit dem Problem der sogenannten "neutrale Handlungen" zu bewältigen. Unter diesem Begriff werden Verhalten, die zu einem Straftat beitragen und jedoch nicht strafbar sind, verstanden. Obwohl die brasilianische Lehre sich seit Kurzem mit dieser Frage beschäftigt hat, wurde die Diskussion in deutsch- und spanischsprachige Raum grundsätzlich entfaltet. Allerdings bleibt das Thema weit von unbestritten. Sogar die begriffliche Bestimmung stösst auf Schwierigkeiten: auf einer Seite spricht man von "neutralen Handlungen", auf der andere von "taglichen" oder "professionelladäquaten" Verhalten. Wer damit unvertraut ist soll sich Fragen, ob diese Namen Synonyme sind, ob sie rein deskriptiv verwendet werden sollen oder ob die angebliche "Neutralität" eines Verhaltens eine spezifische rechtliche Betrachtung begründet. Nichtsdestotrotz gibt es keine Übereinstimmung wenn es um die Verbrechenslehre geht, da einige Autoren behandelt das hier vorgestellte Problem mithilfe verschiedene Kategorien, sei das Tatbestand, die Rechtswidrigkeit, die Schuld oder der Strafgrund der Beihilfe. Angesichts dieser Schwierigkeiten, ich berufe auf die Regressverbotslehre und ihre neue Versionen. Hier geht es nicht nur um verschiedene Theorien darzustellen, sondern die Leistungsfähigkeit des Regressverbotes hinsichtlich der Problematik der neutralen Handlungen zu überprüfen.

Stichwörter: Verbrechenslehre; neutrale Handlungen; Regressverbot; Zurechnung; Beteiligung.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	10
1. DA PROBLEMÁTICA DAS AÇÕES NEUTRAS EM DIREITO PENAL.....	13
1.1. Contextualização do tema no âmbito da teoria do delito e da dogmática jurídico-penal ...	13
1.2. Ações “neutras”, “cotidianas” ou “laborais”: uma tentativa de definição	22
1.3. O tema desde uma perspectiva brasileira.....	34
2. DA PERTINÊNCIA DA DOCTRINA DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO	37
2.1. Relevância e capacidade de rendimento em face do problema das ações neutras.....	37
2.2. Casos limítrofes e pano de fundo político-criminal: expansão do Direito Penal, Direito Penal do risco e Direito Penal econômico.	49
2.3. Delimitação em relação à dogmática do concurso de pessoas.....	56
3. DA ABORDAGEM DO PROBLEMA A PARTIR DO TIPO OBJETIVO: POSSIBILIDADES E LIMITES	60
3.1. Adequação social e profissional.....	60
3.2. “Relação de sentido delitiva”, princípio da confiança e imputação objetiva (Roxin)	69
3.3. “Relação de sentido delitiva” e comportamento típico (Frisch)	85
3.4. O critério da solidarização (Schumann)	93
4. RESSIGNIFICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO EM DIFERENTES SETORES DA DOCTRINA	95
4.1. Considerações iniciais	95
4.2. “Dirigibilidade” e definição de âmbitos de responsabilidade (Otto)	101
4.3. Princípio da autorresponsabilidade e injusto de ação (Schumann).....	104
4.4. Proibição de regresso como limite típico (Diel)	107
4.5. Proibição de regresso e princípio da autonomia (Renzikowski)	113
4.6. Proibição de regresso, papéis sociais e expectativas normativas (Jakobs, Lesch, Caro-John)	116
4.6.1. Pena e imputação como “sequência comunicativa”: um panorama necessário sobre a obra de Günther Jakobs	117
4.6.2. Responsabilidade por organização e proibição de regresso.....	123
4.7. Proibição de retrocesso como limite mínimo da intervenção delitiva (Robles Planas).....	137
5. RESOLUÇÃO DE CASOS CONCRETOS A PARTIR DA PROPOSTA DE JAKOBS	147

5.1. Análise de casos concretos.....	147
5.2. Verificação conclusiva da proposta de Jakobs	153
6. Conclusões finais	154
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo investigar os antecedentes históricos e dogmáticos da antiga doutrina da proibição de regresso, bem como as diversas reformulações dessa figura no âmbito da teoria geral do delito. Esta concepção, elaborada inicialmente por Frank, visava a limitar os excessos da teoria da equivalência dos antecedentes, segundo a qual toda condição que não pudesse ser hipoteticamente excluída sem alterar o resultado deveria ser considerada causal. Assim, entendia esse autor que as condições anteriores à decisão do autor doloso (*Vorbedingungen*) não seriam caracterizadas dessa maneira, uma vez que a contribuição autônoma do último agente inauguraria uma nova cadeia causal.

Em outras palavras, haveria uma proibição de regredir para responsabilizar quem tivesse contribuído de forma culposa para um delito doloso: a título de exemplo, o dono de uma arma que, por descuido, esquecesse o equipamento em lugar acessível, não poderia ser responsabilizado se um terceiro empregasse esse instrumento na prática de um crime doloso. As avaliações dos penalistas contemporâneos a respeito dessa construção teórica variam entre o ceticismo e as mais diversas tentativas de reformular seus pressupostos.

Por um lado, há quem critique os fundamentos dessa concepção, haja vista o evidente equívoco¹ de normatizar a categoria naturalística da causalidade, cuja “interrupção” só seria concebível sob o custo de se incorrer num contrassenso.² Ainda que se admita a ideia de proibição regresso no âmbito da imputação³, esses críticos contestam a capacidade de rendimento desta figura, a qual se limitaria a um grupo de casos cuja resolução seria obtida de forma mais consistente na dogmática do concurso de pessoas⁴. Por outro, alguns autores vislumbram um efetivo retorno dessa doutrina,⁵ ainda que à luz de outros alicerces dogmáticos.

¹ Cf. GRECO, Luis. Um Panorama da Imputação Objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 83; idem, Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 25.

² Em outros termos: o nexa causal existe ou não existe, não sendo possível falar numa “interrupção” propriamente dita. Cf. ROXIN, Claus. Strafrecht, Bd. I. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 363.

³ Cf. ROXIN, idem, ibidem; GRECO, Luis. Um Panorama da Imputação Objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 83

⁴ GRECO, Um Panorama da Imputação Objetiva., p. 84.

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 886.

Apesar dessas discordâncias, a sua razão de ser permanece atual. Nesse sentido, uma antiga e permanente questão continua a chamar a atenção dos penalistas: até que ponto uma pessoa pode ser responsabilizada pelos atos de terceiros? Não é de se espantar que alguns autores argumentem que aquilo que Frank designava por “proibição de regresso” não seria nada além das condições para a punição do instigador,⁶ que a interrupção do nexo causal poderia ser compreendida como uma metáfora para criticar a teoria da equivalência dos antecedentes,⁷ que o chamado princípio da confiança representaria o seu “núcleo correto”⁸ ou mesmo que essa concepção representaria uma ponderação, de fundo jusfilosófico, entre a liberdade e a atribuição de responsabilidades⁹.

Seja como for – e independente da análise posterior dessas questões – o presente trabalho também se dedicará a sintetizar e discutir a problemática das denominadas “ações neutras”, “cotidianas” ou “laborais”. Sem prejuízo de uma definição desses termos numa ocasião oportuna, a questão diz respeito à relevância penal daquelas condutas diárias e estereotipadas, como o pagamento de uma dívida ou a distribuição de produtos e serviços, que contribuam de alguma forma para o plano delitivo de terceiros. É importante assinalar que a solução desses casos não chegou perto de atingir qualquer consenso doutrinário, e que as inúmeras reformulações da proibição de regresso são apenas uma via entre tantas no que diz respeito ao tratamento desses casos limítrofes.

Eis a motivação central da presente pesquisa: qual o nível de aptidão da(s) doutrina(s) da proibição de regresso para auxiliar a resolução dos casos envolvendo as chamadas ações neutras? Para isso, expor e discutir as principais contribuições da literatura jurídico-penal nessa seara é inevitável, uma vez que somente o juízo comparativo pode fornecer parâmetros para avaliar as vantagens e desvantagens de cada proposição teórica.

É nesse ponto que reside uma das maiores, senão a maior, limitação para a presente pesquisa: há uma infinidade de propostas buscando estabelecer critérios para fundamentar a punibilidade das ações neutras. Assim, há autores recorrem ao tipo objetivo, à antijuridicidade¹⁰ ou ao dolo¹¹; por fim, há quem enxergue essa problemática como um tema

⁶ HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 110, n. 3, p. 581.

⁷ JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, p. 6.

⁸ ROXIN, Claus. Strafrecht, Bd. I. Munique: C.H. Beck, 2006, p. 1072.

⁹ PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 36.

¹⁰ Assim fazem autores como Malison. Cf. TAG, Brigitte. Beihilfe durch neutrales Verhalten. Juristische Rundschau, 1997, p. 51.

referente aos limites da participação. Por tal motivo, afigura-se necessário realizar um recorte metodológico, a fim de concentrar a discussão às construções dogmáticas que tenham como referência a tipicidade objetiva.

O crescente interesse pela temática das ações neutras ou cotidianas não decorre do acaso e, indo além do afirmado por autores como Amelung, não se trata apenas de um tema da moda¹². É de se notar a relação entre o tema aqui exposto e o Direito Penal econômico, o que torna forçosa uma revisão dos fundamentos da teoria do delito, especialmente no âmbito do tipo objetivo.

Em síntese, o presente trabalho visa a analisar e discutir o tratamento jurídico penal das condutas neutras a partir de uma definição conceitual minimamente viável e com foco nas diversas tentativas de reformular a antiga doutrina da proibição de regresso. Assim, o capítulo 1 é marcado pela tentativa de contextualizar a problemática das ações neutras no âmbito da teoria do delito e a partir da perspectiva brasileira. Por sua vez, o capítulo 2 visa a demonstrar a pertinência da doutrina da proibição de regresso, bem como a sua capacidade de rendimento no tocante à delimitação da punibilidade de comportamentos penalmente neutros.

Em seguida, o capítulo 3 abordará as principais propostas de solução para o problema dessas condutas a partir da tipicidade objetiva. Trata-se de uma abordagem explicativa e comparativa, com a finalidade de demonstrar a necessidade de um caminho alternativo. O capítulo 4 traz um panorama da resignificação da ideia de proibição de regresso a partir de diferentes perspectivas teóricas. Em apertada síntese, manifestamos uma predileção pela abordagem de Günther Jakobs. Finalmente, o capítulo 5 busca concretizar esses critérios a partir de casos práticos familiares ao público brasileiro.

¹¹ É o caso de Kitka e, mais recentemente, Schild-Trappe. Cf. TAG, Brigitte. Beihilfe durch neutrales Verhalten. Juristische Rundschau, 1997, p. 50.

¹² RACKOW, Peter. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts. Peter Lang: 2007, p. 23.

1. DA PROBLEMÁTICA DAS AÇÕES NEUTRAS EM DIREITO PENAL

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA TEORIA DO DELITO E DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

O debate em torno das chamadas ações neutras não pode se furtar de uma análise comparativa com as principais contribuições da literatura jurídico-penal a respeito deste tema, uma vez que a própria ideia de escolha pressupõe comparação.¹³ Por outro lado, qualquer comparação deve ter um parâmetro: o que define a viabilidade de uma figura dogmática é a sua aptidão de cumprir satisfatoriamente as pretensões da ciência jurídico-penal. Assim, antes de buscar definir o que se entenderia por ações neutras ou explorar as possibilidades trazidas pelas diversas reformulações da antiga doutrina da proibição de regresso, cumpre salientar a relevância da dogmática penal.

Inicialmente, pode-se afirmar que a dogmática e o pensamento sistemático constituem ideias mutuamente indissociáveis. A noção de sistema encontra-se enraizada já no pensamento grego, abrangendo áreas tão díspares como a retórica, a gramática, a matemática e a geometria¹⁴, de forma que a sua influência no pensamento jurídico não seria mais do que um fato inescapável. Assim, Christian Wolff condicionava a possibilidade de obter clareza das ideias a uma sistematicidade rigorosa das especulações filosóficas,¹⁵ enquanto Kant sustentava uma conhecida e influente definição de sistema, consistente na “unidade de múltiplos conhecimentos reunidos sob uma única ideia”¹⁶.

Por sua vez, a dogmática se ocupa da interpretação, sistematização e ensino das disposições legais e escolas de pensamento do Direito Penal.¹⁷ A ela incumbe a tarefa de construir e desenvolver um sistema jurídico-penal.¹⁸ É de se notar que a tentativa de fundamentar essa disciplina a partir da análise de conceitos e sua subsequente integração num

¹³ Cf. PERELMAN, Chaim. Tratado da argumentação – a nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 280.

¹⁴ Cf. LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no direito, vol. 1. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 12.

¹⁵ LOSANO, Sistema e Estrutura, vol. 1, p. 105.

¹⁶ ROXIN, Strafrecht I, 2006, p. 195. Para uma exposição referente à absorção da ideia de sistema nas universidades alemãs e sua consequente influência no pensamento Paul Anselm de Feuerbach, cf. PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, pp. 2-4.

¹⁷ ROXIN, Strafrecht I, 2006, p. 194.

¹⁸ ROXIN, Strafrecht I, 2006, p. 195.

sistema foi alvo de incontáveis críticas, seja pela sua associação a uma estéril jurisprudência de conceitos, pelo seu suposto caráter “reacionário”, pelo seu parentesco com o racionalismo abstrato e apartado da realidade do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII ou em função da sua vinculação ao Direito positivo.¹⁹ O reproche alcança inclusive o finalismo, cujo apego às estruturas lógico-reais teria reforçado essa tendência²⁰.

Entretanto, importa assinalar que a dogmática cumpre uma função política essencial, ao representar uma consequência da intervenção formalizada do poder estatal e garantir, ainda que minimamente, os direitos fundamentais do indivíduo em face de potenciais abusos e arbitrariedades.²¹ Seu afã sistematizador constitui uma condição necessária para a previsibilidade da aplicação do Direito.

Essa “função de estabilização”²², representa uma necessidade prática, uma garantia mínima contra os riscos do imprevisto, do casuísmo e do arbítrio, como já ressaltava Gimbernat Ordeig:

La dogmática juridicopenal, pues, averigua el contenido del derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución.²³

A afirmação de que a dogmática não representaria nada além de um formalismo conceitualista ainda esbarra no fato de que a influência da hermenêutica, da filosofia da linguagem e das incontáveis correntes funcionalistas acabou por relativizar o papel do Direito positivo²⁴. Estas tendências intelectuais abalaram a razão de ser de tais críticas, seja ao demolir a ilusão de que o Direito se esgota na lei, ao manifestar a vagueza das linguagens

¹⁹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Aproximación al Derecho penal Contemporáneo. 2ª ed. Barcelona: BdeF, 2012, pp. 81, 120, 161, 167. Para uma exposição compreensiva do influxo da ideia de dogma no meio jurídico, sobretudo através da chamada teologia sistemática, ver LOSANO, Sistema e Estrutura, vol. 1, pp. 291 e ss.

²⁰ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 214.

²¹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 63.

²² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 261.

²³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, p. 41.

²⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, pp. 195-198; KAUFMANN, ARTHUR. “Durch Naturrecht Und Rechtspositivismus Zur Juristischen Hermeneutik.” JuristenZeitung, vol. 30, no. 11/12, 1975, pp. 339 e ss.

naturais ou ao possibilitar a construção de um sistema penal aberto²⁵ a valorações político-criminais.

A influência da hermenêutica no âmbito do Direito Penal, ainda que tardia,²⁶ ressaltou a relação entre a atividade interpretativa, consistente no esclarecimento de um significado necessário à resolução de uma tarefa prática, e a inevitabilidade da influência das pré-compreensões do intérprete.²⁷ Como se vê, a dogmática “não se limita a descobrir um sentido, mas, sim, se esforça por atribuir um sentido, ou sentidos”;²⁸ ela “constrói a teoria do Direito correto para âmbitos concretos da vida e para a solução de determinados problemas”²⁹.

No entanto, disso não decorre a conclusão de que a ciência penal tenha abandonado a sua pretensão sistemática³⁰: o preço desse abandono seria alto³¹, haja vista os riscos de se render a uma abordagem tópica.³² Por mais que os trabalhos legislativos modernos dificultem a orientação da prática penal nos termos de um sistema e a atual proliferação de teorias³³ alimente a desconfiança dos mais céticos, a via contrária comprometeria qualquer

²⁵ Nesse sentido, Hassemer argumentava que o Direito Penal moderno se caracterizaria por uma postura avessa a conceitos metafísicos. Ver HASSEMER, Winfried. “Kennzeichen Und Krisen Des Modernen Strafrechts.” *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, vol. 25, no. 10, 1992, p. 379. Ao discutir a famosa frase de Liszt, para quem a lei penal constituiria uma “barreira intransponível” em relação à política criminal, afirma Roxin que “[...] resta claro que o caminho correto só pode residir em permitir o influxo de valorações político-criminais no sistema de Direito Penal, de modo que a sua fundação legal, sua clareza e previsibilidade, sua interação consistente e seus efeitos em detalhes não se limitam aos avanços do sistema positivista de Liszt. Vinculação jurídica e conveniência político criminal não se contradizem, mas devem ser conduzidas a uma síntese” Cf. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: Walter De Gruyter, 1973, p. 10 (trad. livre). A respeito do que se entende por “sistema penal aberto”, cf. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 231: “El sistema abierto, em efecto, pretende lograr una permanente adaptación a las circunstancias cambiantes, para lo que se estructura sobre la base de categorías de conformación normativa, valorativa”.

²⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, p. 74.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, pp. 196-197; fundamental, GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode I*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, pp. 330 e ss.

²⁸ ROBLES PLANAS, Estudos, p. 22.

²⁹ Cf. ROBLES PLANAS, Estudos, p. 37.

³⁰ Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 8.

³¹ Cf. PAWLIK, op. cit., p. 15. A ideia de sistema, portanto, seria um fruto da “razão organizadora humana” (op. cit., p. 1).

³² Nesse sentido, Hruschka alerta para o risco de obscurecer conceitos, definindo-os de forma mutuamente contraditória. Cf. HRUSCHKA, Joachim. “Kann Und Sollte Die Strafrechtswissenschaft Systematisch Sein?” *JuristenZeitung*, vol. 40, no. 1, 1985, p. 9.

³³ Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 11-13. O autor de Freiburg aponta uma série de razões para a desconfiança em relação à dogmática, dentre as quais duas podem ser destacadas: em primeiro lugar, a multiplicação de discussões e publicações teóricas resulta numa “atomização” da disciplina, o que dificulta o acompanhamento desta pelos próprios órgãos judiciais; além disso, a ideia de sistema seria tributária da época das grandes codificações, que já se encontraria irremediavelmente superada. Num sentido próximo, cf. HRUSCHKA (Kann und Sollte die Strafrechtswissenschaft Systematisch Sein?, p. 2), para quem “a doutrina penal contemporânea não dispõe de uma teoria bem ordenada, estruturada e abrangente”. Por sua vez, Schünemann constata um “refinamento excessivo” da dogmática, consistente num desenvolvimento minucioso de cada categoria sistemática, o que culminaria num “desnormatização” desses conceitos (cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *El refinamento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa?* In: *Temas Actuales del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002).

possibilidade referente a um sistema penal minimamente racional³⁴. Em outras palavras, a abordagem sistemática constitui um bom critério para avaliar a viabilidade de qualquer fundamentação jurídica.³⁵ Nesse sentido, é sintomática a afirmação de que as regras de imputação devam ser desenvolvidas na forma de um sistema.³⁶

Dessa maneira, a pertinência do trabalho analítico e classificatório da doutrina é ainda mais evidente quando se tem em vista a teoria geral do delito, que consiste numa “disciplina de reflexão e recepção” no sentido de “regular as relações entre a dogmática penal e o conhecimento acumulado, os standards argumentativos e as demandas de legitimação de ciências afins”³⁷. A boa dogmática deve prezar pela resolução de problemas práticos, favorecendo decisões comprometidas com um direito penal de garantias³⁸. Mais do que isso, a investigação de temas afetos à parte geral traduz a busca por uma unidade sistemática e valorativa do Direito Penal³⁹.

Nesse sentido é a lição de Juarez Tavares:

a teoria do delito não é construída pela jurisprudência, que está vinculada, geralmente, a casos concretos, mas sim por reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa. Com isso a teoria do delito exerce a importante função de instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição.

³⁴ Nesse sentido, afirma Silva Sánchez (Aproximación, p. 225) que a função da dogmática é “instrumental”. Próximo: KÖHLER, Michael. Strafrecht, p. 8.

³⁵ Cf. ZACZYK, Rainer. “Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht”” Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 123, n. 4, p. 693.

³⁶ Cf. JAKOBS, Günther. System der Strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, p. 16.

³⁷ PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, p. 16. Assim, argumentam Zaffaroni e Nilo batista que rechaçar a tradição sistemática “significaria uma prodigalidade onipotente condenada ao fracasso, exposta aos riscos da insensatez intuicionista, do desmonte pelo absurdo” (Direito Penal Brasileiro, 2º vol. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p 25). No mesmo sentido, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, p. 5. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). Grundfragen des Modernen Strafrechts. Berlin, Walter De Gruyter, 1984.

³⁸ Falar abstratamente num “Direito Penal de garantias” pode motivar a impressão que o termo representaria um clichê desprovido de significado, de maneira que algumas explicações podem ser pertinentes. A expressão tem como referência a conhecida formulação de Hassemer, geralmente traduzida por “Direito Penal libertário” ou “Direito penal de liberdades” (*Freiheitliches Strafrecht*). Esse modelo normativo “não se compõe apenas de ameaças de punição e proibições, mas também (...) em garantias jurídicas para os que estão sujeitos à ameaça de punição” (HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 79). É interessante notar como essa compreensão também é compartilhada por penalistas de tendências distintas: Köhler, por exemplo, fundamenta o Direito Penal a partir do “reconhecimento recíproco e geral da liberdade”, enquanto Pawlik ressalta a função desse ramo jurídico no sentido de “possibilitar a livre definição da própria existência”, definindo o delito como a violação de um dever de cooperação de um estado de liberdades. Cf. KÖHLER, Michael. Strafrecht Allgemeiner Teil. Berlin: Springer, 1997, p. 14; PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, pp. 101 e 107.

³⁹ FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos *neutros* na cumplicidade, Lisboa: AAFDL, 2014, p. 37. Próximo, Robles Planas (Estudos, p. 37) chega a afirmar que a dogmática constrói o “Direito Correto” para a resolução de certos problemas.

Sua função crítica persegue também o escopo de demonstrar aos destinatários da norma o significado preciso das condutas proibidas e mandadas, para que esses não se sintam iludidos por uma prática judicial que, sob o pretexto de mutação ou atualização constitucional ou legal, lhes restrinja ou elimine direitos fundamentais.⁴⁰

Na mesma linha argumenta Michael Pawlik:

Uma dogmática jurídico-penal que pretenda ser não só uma ciência de textos, mas também corresponsável por uma práxis decisória convicta em relação aos valores do Estado de Direito, precisa tanto de uma imersão competente na contingência dos detalhes como dos voos elevados da teoria geral do delito⁴¹ (tradução livre).

Feitas essas breves considerações, cumpre pontuar alguns aspectos essenciais referentes à relação entre a dogmática penal, a teoria geral do delito e os discursos justificadores da pena. Sabidamente, as correntes de orientação funcionalista se caracterizam por derivar a compreensão das diferentes categorias do delito a partir dos fins do Direito Penal. Assim, afirma-se que os elementos analíticos do conceito jurídico de crime devem ser vistos a partir do “ponto de vista da sua função político-criminal”,⁴² que “as teorias gerais do Direito Penal, e especialmente os princípios dos diferentes níveis de imputação penal, devem ser preenchidas tendo em vista a especificação funcional da punição estatal”⁴³, que a questão referente à finalidade da pena pertence ao início da teoria geral do crime⁴⁴, que “pena e imputação se relacionam entre si”⁴⁵ ou que a força da dogmática reside em “vincular a teoria da responsabilidade penal à teoria sobre o fim e o sentido da pena”⁴⁶.

Todas estas proposições, elaboradas por penalistas das mais diversas orientações teóricas, podem ser resumidas numa única ideia: o conceito de crime é dependente da respectiva função que se atribua ao Direito Penal. Muito embora isso não constitua

⁴⁰ TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 28; em sentido similar, Noll afirma que caberia à ciência jurídico-penal exercer o papel de “consultora da Jurisprudência”: cf. NOLL, Peter. Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 92, n. 1, p. 75.

⁴¹ Das Unrecht des Bürgers, p. 47 (tradução livre): “Eine Strafrechtsdogmatik, die nicht nur Textwissenschaft, sondern auch Mitgarantin einer rechtsstaatlich überzeugenden Eintscheidungspraxis sein will, bedarf der kompetenten Versenkung in das kontingente Detail nicht weniger dringlich als der von seiten der Allgemeinen Verbrechenslehre offerierten Höhenflüge“.

⁴² Cf. ROXIN, Kriminalpolitik, p. 15.

⁴³ RUDOLPHI, Hans-Joachim. Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, pp. 69-70. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin: Walter De Gruyter, 1984.

⁴⁴ PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, p. 57.

⁴⁵ JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 13.

⁴⁶ ROBLES PLANAS, op. cit., p. 32.

propriamente uma novidade⁴⁷, tampouco é possível afirmar que essa concepção seja uma obviedade na literatura jurídico-penal alemã. Em outros termos, a abordagem sistemática aqui discutida nem sempre foi desenvolvida sob tais pressupostos. Tal primado da dogmática em relação à política criminal – esta concebida como algo meramente acessório – teve o seu auge no período do pós-guerra⁴⁸, época caracterizada tanto pela repressão de conflitos como pelo estabelecimento de uma dogmática pretensamente despolitizada⁴⁹.

Tal quadro se manteve até os anos 70, quando essa separação passou a ser questionada por uma série de penalistas, dentre os quais Roxin. Sabidamente, o autor de Munique definiu o Direito Penal como a forma jurídica da política criminal⁵⁰. Por outro lado, é de se mencionar a existência de concepções teóricas que, em sentido contrário, partiam de um primado do conceito de crime, como aquela defendida por Hegel, para quem o ilícito criminal consistiria no “juízo infinito [...] que nega o Direito enquanto Direito”⁵¹. Aqui, a relação se inverte: a pena pode ser imposta *porque* um crime foi cometido⁵², considerada a especificidade do injusto penal. O conceito de delito é entendido como uma categoria lógica⁵³ do Direito Abstrato, cujo fundamento reside na personalidade⁵⁴.

Nesse sentido, há quem argumente que Hegel e seus alunos não concebiam a relação entre crime e pena como uma pura sequência comunicativa entre crime e pena⁵⁵. O contraste dessa perspectiva com as teorias modernas da imputação, apontada por autores como

⁴⁷ Sobre a construção de um conceito de crime a partir das funções do Direito Penal já em Feuerbach, cf. GRECO, Luis. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker und Humblot, 2009, p. 59.

⁴⁸ Cf. PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, pp. 47 e ss.

⁴⁹ Cf. PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, p. 48.

⁵⁰ Cf. ROXIN, *Kriminalpolitik*, p. 40. Pawlik (*Das Unrecht des Bürgers*, p. 49) chama a atenção para o paradoxo da pretensão de fundamentar a dogmática a partir da política criminal, a qual é contingente e, portanto avessa a qualquer sistematização: essa abordagem representaria uma ficção, ou – o que seria mais grave – o sacrifício de qualquer racionalidade sistemática. Tratando especificamente do modelo proposto por Roxin, Pawlik critica tanto a definição generosamente ampla do penalista de Munique sobre o que se entenderia por “política criminal” (op. cit., p. 50) como o “intuicionismo flutuante” (op. cit., p. 51) da sua argumentação. Assim, por exemplo, Roxin afirma que a finalidade da pena é puramente preventiva, ao mesmo tempo em que se ressalta que essas finalidades preventivas não poderiam fundamentar o Direito Penal. Posteriormente discutiremos se essa fundamentação se reflete no tratamento das condutas neutras.

⁵¹ HEGEL, *Logik II*, p. 233; PAWLIK, Michael. *Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?*, pp. 255 e ss. In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (org.). *Hegels Erben?* Tübingen, Mohr Siebeck, 2017. É de se notar que os penalistas influenciados por Hegel, como Köstlin e Berner, não se baseavam no que Hegel chamava de Direito Abstrato. Cf. KLESCZEWSKI, Diethelm. *Kritik am hegelianischen Strafrechtsdenken*. In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (org.). *Hegels Erben?* Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

⁵² PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 55.

⁵³ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 54.

⁵⁴ HEGEL, G.W.F. *São Paulo: Martins Fontes*, 1997, §36; idem, *Wissenschaft der Logik II*, pp. 324 e ss; PAWLIK, *Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?*, p. 255.

⁵⁵ PAWLIK, *Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?*, p. 263. Em contraste com a já apontada leitura de Jakobs, cf. PAWLIK, *Rückkehr*, pp. 271 e ss.

Seelmann⁵⁶, é um ponto que merece ser discutido. Para o intento da presente pesquisa, os limites da possibilidade de um agente restar responsabilizado por terceiros não parece dissociável da exigência de que ele possa “controlar a si mesmo”⁵⁷.

Superadas essas questões introdutórias, cumpre salientar a pertinência dessas considerações para o tema da presente pesquisa. Como se verá, as diversas tentativas no sentido de formular critérios aptos a lidar com a problemática das denominadas ações neutras perpassam pelos mais diversos elementos da teoria geral do delito, em especial pelo campo da tipicidade objetiva. Assim, recorre-se a figuras como a adequação social (ou profissional), aos princípios da confiança e da insignificância, bem como a outros critérios que, direta ou indiretamente, remetem a esse aspecto do fato punível. É nesse contexto que se insere a ideia de proibição de regresso e suas ressignificações por parte da doutrina, de maneira que a comparação desta figura com as demais alternativas terá como parâmetro a necessidade de uma abordagem sistemática do Direito Penal.

Por outro lado, a análise dos fundamentos de cada teoria deverá levar em conta não apenas a relação de cada uma delas com uma ou outra doutrina geral do delito, mas também o possível vínculo destas com as distintas concepções a respeito da pena e do Direito Penal. A título de exemplo, algumas propostas teóricas voltadas ao problema das condutas neutras derivam de um modelo de imputação objetiva; este, por sua vez, traduz uma concepção específica de crime, como aquela fundamentada na lesão ou ameaça de lesão de um bem jurídico. Em outras palavras, pretende-se avaliar o impacto de uma determinada teoria da pena na moldura de cada modelo de imputação, bem como os seus respectivos critérios relativos à relevância ou irrelevância de uma intervenção por condutas neutras.

Ainda assim, como é de se notar, há setores na doutrina que reputam essa problemática como um tema a ser resolvido, ainda que parcialmente, a partir da tipicidade subjetiva, seja restringindo a punição aos casos de dolo direto, como fazem Otto⁵⁸ e Schild-

⁵⁶ SEELMANN, Kurt. Hegels Zurechnungslehre, p. 49. In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (org.). Hegels Erben? Tübingen, Mohr Siebeck, 2017

⁵⁷ SEELMANN, Kurt. Hegels Zurechnungslehre, p. 43.

⁵⁸ TAG, Brigitte. Beihilfe durch neutrales Verhalten. Juristische Rundschau, 1997, pp. 50 e ss. Um esclarecimento necessário: a exigência de dolo direto para a punibilidade do cúmplice já era defendida por Ludwig Von Bar em 1907. À época, predominava a teoria da equivalência dos antecedentes, a qual considerava causal qualquer contribuição cuja eliminação hipotética alterasse o resultado. Como toda condição era tida como equivalente, restava fixar os limites da participação a partir de critérios subjetivos. Tal posição se contrapunha ao entendimento dominante na jurisprudência da época, a qual adotava a chamada doutrina do fomento (*Tatförderungswille*): a ação do partícipe seria punível desde que ele fosse consciente de que a sua prestação serviria aos propósitos delitivos do autor principal. Ver TAG, Beihilfe, p. 51; RACKOW, Peter. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts. Peter Lang: Frankfurt Am Main, 2007, pp. 254, 282, 269. Cf. OTTO,

Trappe⁵⁹, seja através da adoção de um conceito normativo de dolo como critério para perquirir a adesão ao plano delitivo do autor, como argumenta Busato⁶⁰.

O presente trabalho não abordará essas proposições teóricas a fundo, o que se deve a algumas razões. Em primeiro lugar, as tentativas de contornar os limites da relevância penal das condutas neutras a partir do tipo subjetivo esbarram em uma série de dificuldades, uma vez que a representação do agente que contribui para o fato principal é algo pouco verossímil, sobretudo no contexto de uma prestação cotidiana e anônima⁶¹. Se rejeitarmos os argumentos dos autores supracitados, resta claro que desenvolver a discussão das condutas a partir do dolo eventual em nada auxilia na resolução de casos envolvendo as ações neutras.

Diante da notória complexidade das teorias da representação, a doutrina buscou critérios adicionais para a responsabilização de quem colabora para o plano delitivo de terceiros. Assim, por exemplo, tanto Puppe quanto Frisch, autores que fundamentam o dolo em termos normativos, exigem a presença de indícios “concretos” a respeito da possibilidade de realização do resultado delitivo.⁶² Se o intuito é evitar a punição indiscriminada de qualquer pessoa que tenha alguma suspeita sobre o plano delitivo do autor principal, a dogmática do dolo não parece trazer qualquer parâmetro que seja frutífero⁶³.

Por outro lado, ainda que a análise do injusto subjetivo fornecesse um critério unívoco, remanesceria a questão referente à possibilidade de responsabilização a título culposo, modalidade delitiva que permanece atrelada a um conceito unitário de autoria⁶⁴.

Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. *JuristenZeitung*, 56(9), 436-444; KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. *RBCCrim* 108, pp. 131 e ss.

⁵⁹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 69 e ss.

⁶⁰ BUSATO, Paulo César. O Sentido da Cumplicidade. *Revista Duc in Altum*, v. 5, n. 8, pp. 352 e ss.

⁶¹ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 95.

⁶² RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 98. Para uma exposição detalhada acerca das diferentes teorias do dolo, cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, pp. 445 e ss. Um panorama elucidativo sobre as diversas teorias da representação pode ser encontrado em MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 121-146. Na mesma linha, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 195 e ss. No que diz respeito ao presente trabalho, importa assinalar que as tentativas de delimitar a punibilidade das condutas neutras a partir de critérios subjetivos trazem a dificuldade de buscar fundamentos num terreno incontáveis disputas doutrinárias.

⁶³ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 102.

⁶⁴ Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht II*. München: C.H. Beck, 2003, p. 8. É de se ressaltar a argumentação de Renzikowski, que integra a problemática das ações neutras no concurso de pessoas, a partir de um conceito restritivo de autoria culposa cf. RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pp. 261 e ss. Sobre esse tema, aponta Feijóo Sanchez que a discussão referente à responsabilidade culposa independe da distinção qualitativa entre autoria e participação: “Sin embargo, aunque al partícipe imprudente (aquél que realiza algo que sería entendido como participación si fuera realizado con dolo) se le trate como si fuera un autor, es preciso determinar primero si realmente su contribución cobra relevancia típica.” Cf. FEIJÓO

Concordando-se ou não com a tese da impunibilidade nos casos de dolo eventual, ainda seria necessário explicar por qual razão o prestador da conduta tida como neutra não responderia pela lesão do dever de cuidado.

Ademais, a premissa de que a punibilidade das condutas neutras dependeria da existência do dolo direto carece de fundamentação. Não está claro o que justificaria essa diferença de tratamento entre os casos de dolo direto e os de dolo eventual⁶⁵, o que parece se aproximar de um inadmissível Direito Penal do ânimo (*Gesinnungstrafrecht*)⁶⁶. Tal risco torna-se mais evidente na argumentação da suíça Schild-Trappe, que condiciona o injusto da participação à solidarização do cúmplice com o fato principal⁶⁷, circunstância não se verificaria nos casos de dolo eventual.

Como se vê, qualquer construção pautada no Direito Penal do fato não pode se fundamentar na esfera interna do cidadão, mas na sua conformidade externa. Nas palavras de Pawlik, cujas contribuições teóricas serão exploradas ao decorrer desse trabalho, o delito consistiria na violação de um dever de cooperação (*Mitwirkungspflicht*) com uma comunidade jurídica fundada num estado de liberdades⁶⁸. Assim, imputação jurídico-penal não pode ser fundamentada pura e simplesmente em dados psíquicos⁶⁹, uma vez que o mero conhecimento não gera deveres⁷⁰.

O último motivo para não abordar as teorias subjetivas aqui mencionadas é metodológico: uma análise profunda dos fundamentos e implicações de cada proposição

SANCHEZ, Bernardo José. Límites de participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal? Universidad Externado. Edição do Kindle.

⁶⁵ Cf. GRECO, Cumplicidade, p. 67; ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 65.

⁶⁶ Cf. ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 65 e ss.

⁶⁷ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, pp. 263 e ss. Há dois aspectos a serem ressaltados no entendimento da autora: em primeiro lugar, como se verá, o *topos* da solidarização por ela empregado também se encontra na argumentação de autores como Schumann, ainda que assumindo contornos distintos; em segundo, o argumento referente ao direito penal do ânimo deve ser contextualizado, já que nem toda construção subjetiva da teoria do delito padecerá desse mal, mas somente aquelas que se valham da esfera interna do autor para fundamentar, de forma independente, a sua punibilidade. Ver RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, pp. 118-121. Sobre essa relação entre as soluções subjetivas e um direito penal do ânimo, ver também CARO JOHN, Jose Antonio. La Impunidad de Las Conductas Neutrales. In: MONTES FLORES, Efraín (coord.). El derecho penal contemporáneo - libro homenaje al Profesor Raúl Peña Carbrera, vol. 1. Lima: ARA Editores, 2006.

⁶⁸ PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, p. 92; no mesmo sentido, ver CARO JOHN, Conductas Neutrales, p. 353; RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 117.

⁶⁹ Cf. CARO JOHN, Conductas Neutrales, p. 346.

⁷⁰ Nesse contexto, vale trazer à baila o argumento de Polaino-Orts: “(...) o conhecimento que interessa ao Direito penal não é mero conhecimento, senão, em todo caso, o conhecimento normatizado pelo dever”. Cf. POLAINO-ORTS, Miguel. As Quatro Faces da Imputação Penal. Notas Críticas ao Conceito Kantiano de Imputação Desde uma Perspectiva Funcionalista. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD DINIZ, Eduardo (orgs.). Teoria da Pena, bem jurídico e imputação, p. 197.

prejudicaria o recorte necessário para o trabalho aqui desenvolvido. Portanto, buscaremos discutir as teses desenvolvidas a partir da tipicidade objetiva. Ressalte-se que, apesar de algumas delas conceberem o problema das ações neutras como um tema restrito aos fundamentos e limites da participação, o caminho trilhado será o do tipo objetivo, o que não impede que um ou outro fundamento seja objeto de análise.

Todavia, antes de dissertar acerca da doutrina da proibição de regresso e suas possibilidades ou explicar por qual razão a temática das condutas neutras não está restrita à dogmática do concurso de pessoas, é preciso delimitá-las e conceituá-las. É o que se fará.

1.2. AÇÕES “NEUTRAS”, “COTIDIANAS” OU “LABORAIS”: UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

Definir o que se entende por ações “neutras”, “cotidianas” ou “laborais” não consiste numa tarefa simples. Neste sentido, é sintomático que a literatura jurídico-penal tenha fornecido uma infinidade de pretensas soluções para o tema. Nas palavras de Fonseca de Aguilár, essa colcha de retalhos resulta numa verdadeira “Torre de Babel explicativa”⁷¹. Muito embora essa discussão possa ter alguma aura de novidade aos olhos do público brasileiro, a quantidade de trabalhos monográficos e artigos sobre essa questão em língua espanhola e alemã é imensa: o tema, outrora negligenciado⁷², passou a ser visto como um ponto central da discussão sobre a intervenção delitiva⁷³. Outra questão reside em saber se essas terminologias podem ser empregadas de maneira intercambiável. Retornaremos a esse ponto posteriormente.

Ao contrário do que se possa imaginar, essa proliferação de teorias não resultou na formação de um consenso mínimo sobre o tema, cujo tratamento dogmático continua refém da obscuridade e da falta de sistematicidade⁷⁴. Em grande parte, isso se deve à dificuldade

⁷¹ Cf. FONSECA DE AGUILAR, Dos Comportamentos Ditos Neutros na Cumplicidade, p. 49. Para uma exposição sumária de outros termos referentes ao tema das ações neutras, como “condutas estereotipadas”, “inócuas” ou “adequadas a uma profissão ou ofício”, cf. CARO JOHN, Jose Antonio. La Impunidad de Las Conductas Neutrales. In: MONTES FLORES, Efraín (coord.). El derecho penal contemporáneo - libro homenaje al Profesor Raúl Peña Carbrera, vol. 1. Lima: ARA Editores, 2006.

⁷² ROXIN, Claus, Strafrecht II, p. 207.

⁷³ CARO JOHN, Jose Antonio. Conductas Neutrales no Punibles em Virtud de La Prohibición de Regreso. In: LYNNET, Eduardo Montealegre; CARO JOHN, Jose Antonio (eds.). El Sistema Penal Normativista en El Mundo Contemporaneo, p. 288.

⁷⁴ FONSECA DE AGUILAR, op. cit., p. 87. Arthur Hartmann chega a afirmar que a literatura jurídico-penal não fornece qualquer definição clara da categoria, que transita entre paráfrases e descrições de casos (Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 116, p. 598).

ínsita de definir no que consistiriam essas ações neutras, bem como em esclarecer até onde vai a capacidade de rendimento dessa definição⁷⁵. Por mais que a obtenção de alguma clareza a respeito do objeto de investigação constitua uma necessidade prática⁷⁶, o próprio termo já gera inquietação: tratar-se-ia de algo puramente conceitual? Pressuporia o alegado caráter neutro dessas contribuições alguma valoração? Onde termina a delimitação descritiva e se inicia a valoração penal⁷⁷?

Dessa maneira, um conceito pré-normativo auxiliaria na resolução de um problema normativo, na medida em que a definição do significado dessas “ações neutras”, “laborais”, “cotidianas” ou “tipicamente profissionais” consistiria num grande trunfo para subsumir de antemão o que seria considerado penalmente irrelevante⁷⁸. No entanto, a falta de clareza parece inerente a esses conceitos, como mostra a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha (Bundesgerichtshof - *BGH*). Nesse sentido, é difícil saber se a neutralidade é algo característico desse grupo de casos ou se ela traduz o resultado de uma valoração jurídica⁷⁹.

Por essa razão, a possibilidade de um conceito pré-normativo também suscita discordâncias. Assim, Kudlich procura desenvolver uma primeira descrição, inicialmente externa, das ações neutras, antes da sua posterior avaliação normativa⁸⁰. Para este autor, o caráter neutro de uma conduta dependeria do contexto de cada acontecimento, cuja análise teria como ponto de partida a filosofia e a sociologia da ação⁸¹. A partir dela, buscar-se-ia estabelecer uma “escala objetiva”⁸² para descrever o objeto dessa consideração.

Essa “descrição fenomenológico-objetiva” representaria um primeiro passo para determinar, numa perspectiva *ex post*, a vinculação contextual entre uma conduta tipicamente profissional e o emprego dessa prestação para fins delitivos⁸³. O mesmo fato, portanto, pode

⁷⁵ FONSECA DE AGUILAR, Dos Comportamentos Ditos Neutros na Cumplicidade, pp. 50 e ss; RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 29

⁷⁶ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 23.

⁷⁷ Nesse sentido, explica Rackow (Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 25) que o atributo de neutralidade de uma determinada conduta situa-se próximo à sua valoração como algo penalmente neutro.

⁷⁸ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 29.

⁷⁹ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 35.

⁸⁰ Cf. KUDLICH, Hans. Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, 2004, p. 175: “(...) deve-se prescindir, conscientemente, de uma valoração normativa, limitando-se a uma descrição aproximada do fenômeno das ações neutras” (trad. livre: “(...) soll bewusst auf eine normative Bewertung verzichtet werden und nur eine nähere Beschreibung der Phänomen „neutralen Handlungen“ gefunden werden”); RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 38.

⁸¹ Cf. KUDLICH, Unterstützung, pp. 175 e ss.

⁸² Cf. KUDLICH, Unterstützung, p. 178.

⁸³ Cf. KUDLICH, Unterstützung, p. 180.

suscitar diversas descrições. Nesse sentido, menciona-se o exemplo de um disparo fatal, que poderia ser compreendido tanto como uma contração de músculos como o assassinato do herdeiro do trono austríaco ou a causa da primeira guerra mundial⁸⁴.

Ao se engajar na discussão acerca da relevância penal da atuação de agentes bancários em delitos fiscais, Kudlich argumenta que a alegação de uma suposta neutralidade dessas condutas não seria suficiente. Nesse sentido, não há como se falar em um comportamento que seja isoladamente neutro, na medida em que essa qualificação depende de uma avaliação contextual⁸⁵. Esse caráter neutro estaria, portanto, sujeito a uma gradação, na medida em que a atividade tipicamente profissional poderia abranger desde uma disponibilização anônima de um meio posteriormente empregado para fins delitivos até uma prestação individualmente adaptada ao plano do autor principal⁸⁶.

Nessa linha, o referido autor fundamenta a neutralidade das condutas tipicamente profissionais nos seguintes termos:

Numa avaliação puramente externa, uma conduta tipicamente profissional será considerada neutra em relação à sua posterior utilização delitiva por um terceiro quando for típica da profissão e motivada por ela, de maneira que uma decisão abstrata no sentido de realizar uma atividade nos termos de uma possível demanda, já concebida independentemente da requisição concretamente delitiva do autor⁸⁷

No entanto, essa construção padece de alguns problemas, uma vez que Kudlich recorre frequentemente a parâmetros normativos e legais para realizar essa contextualização, como a liberdade de trabalho, prevista no artigo 12 da Lei Fundamental alemã⁸⁸. Resumidamente, sustenta-se que o favorecimento de atividades delitivas no contexto laboral deve ser analisado sob a perspectiva da intromissão do direito fundamental à liberdade profissional, nos termos

⁸⁴ Cf. KUDLICH, *Unterstützung*, p. 177.

⁸⁵ Cf. KUDLICH, *Unterstützung*, p. 172; idem, *HansBGH*, 1. 8. 2000 — 5 StR 624/99. *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter*. *JuristenZeitung*, vol. 23, p. 1178.

⁸⁶ KUDLICH, *Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, op. cit., p. 1179; no mesmo sentido, v. *Unterstützung*, pp. 184 e ss.

⁸⁷ Cf. KUDLICH, *Unterstützung*, p. 185. Cabe esclarecer que a recorrente opção de traduzir o termo utilizado por Kudlich (*berufbedingtes Verhalten*) não se apoia na sua literalidade. Uma tradução literal e – creio – mais precisa pode ser mais explicativa: trata-se, nos termos do próprio autor, de condutas condicionadas profissionalmente (op. cit., p. 31).

⁸⁸ KUDLICH, *Unterstützung*, pp. 268 e ss; para uma crítica a esse fundamento, ver RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 38-42; GRECO, Luis. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12), p 94. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (org.). *As Razões do Direito Penal. Quatro Estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

da dogmática dos direitos fundamentais⁸⁹. Nesse sentido, a interpretação de uma determinada norma de conduta estaria intimamente entrelaçada à justificação dessa restrição.⁹⁰

Essa argumentação esbarra numa crítica incontornável: se a delimitação dessas condutas privilegiadas é pré-normativa, o critério dessa contextualização não pode ser normativo⁹¹. Por outro lado, a pretensão de resolver problemas especificamente penais a partir da interpretação constitucional está longe de ser incontroversa⁹². Mesmo entre os constitucionalistas, há quem minimize essa possibilidade⁹³. Nesse sentido, o próprio Kudlich admite a necessidade de argumentos adicionais para justificar a impunidade de condutas tidas como neutras.⁹⁴

Em síntese, pode-se concluir que essa tentativa de estabelecer um âmbito pré-normativo recorrendo a critérios normativos não conduz a resultados convincentes⁹⁵. Prova disso é a diferença de tratamento concedida por Kudlich a uma série de casos envolvendo atuações profissionais. Assim, por exemplo, argumenta-se que o conhecimento seguro sobre o resultado delitivo afastaria a neutralidade da produção e comercialização de bens, mas isso não se aplicaria aos casos de assessoria jurídica ou fiscal⁹⁶. Em outra passagem, atribui-se um papel determinante ao dolo direto, que tornaria o profissional “menos digno de proteção”⁹⁷. Esse inexplicável subjetivismo, além de contradizer as premissas do próprio autor, flerta com um Direito Penal de disposição interna⁹⁸.

⁸⁹ KUDLICH, *Unterstützung*, p. 269.

⁹⁰ KUDLICH, *Unterstützung*, p. 269.

⁹¹ A distinção entre atos “profissionais” e “privados”, na qual Kudlich se baseia para justificar o tratamento privilegiado às condutas de favorecimento praticadas no meio laboral, é de natureza normativa. Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 42.

⁹² Nesse sentido, concordamos com a crítica de Greco: “Levado às últimas consequências, esse recurso ao direito constitucional desemboca em nada mais do que um teste de proporcionalidade caso a caso, ou seja, em uma imprevisível e arbitrária ponderação”. Cf. Punição de cumplicidade por ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? In: *As razões do direito penal. Quatro estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 94.

⁹³ Em linhas gerais, argumenta-se que o espaço de discricionariedade do legislador ordinário resultaria numa redução da capacidade de rendimento do princípio da proporcionalidade. Cf. LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 518; KORINEK, Karl; DUJOVMOVITS, Elisabeth. *Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsverwirklichung*, §23, n. 85. In: MERTEN, Detlef et. al. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2004.

⁹⁴ Cf. KUDLICH, *Unterstützung*, p. 273.

⁹⁵ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 42.

⁹⁶ Cf. KUDLICH, *Unterstützung*, pp. 473 e 483.

⁹⁷ KUDLICH, *Unterstützung*, p. 459. Pode-se afirmar, salvo melhor juízo, que esse tipo de conclusão resulta da já criticada tentativa de resolver um problema especificamente penal a partir da dogmática dos direitos fundamentais.

⁹⁸ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 238 e ss.

A despeito dessas críticas, a abordagem de Kudlich tem o mérito de ressaltar a necessidade de uma adaptação às finalidades delitivas do autor principal⁹⁹. Como se verá, esse critério é empregado por outros autores para delimitar os limites mínimos da intervenção delitiva.

Notoriamente, a dificuldade é ainda maior quando se fala em ações “laborais”, ou “tipicamente profissionais”, como nos trabalhos de Wolff-Reske e do próprio Kudlich¹⁰⁰. Por um lado, essa denominação restringe os desenvolvimentos mais recentes da discussão a partir da imputação objetiva, dos limites da participação e de outros critérios, na medida em que a abrangência desse contexto laboral é mais restrita¹⁰¹. Ademais, essa restrição parece injustificada, e o emprego de um conceito dotado de tamanha densidade normativa comprometeria ainda mais a definição do objeto a ser valorado.

Igualmente problemática é a definição do que seria uma ação “cotidiana”¹⁰². O termo pode designar tanto uma situação frequente e diária como uma conduta desprovida de significado delitivo. Na primeira hipótese, o termo não delimita nada (afinal, qualquer atividade delitiva pode ser cotidiana); na segunda, afirma-se algo que deveria ser fundamentado¹⁰³. Isto porque não existem condutas que sejam *per se* cotidianas, de sorte que a restrição da punibilidade dos comportamentos assim definidos depende de uma valoração cujos critérios são pouco claros¹⁰⁴. Ainda, a própria qualificação de um comportamento como “cotidiano” depende da perspectiva do respectivo observador¹⁰⁵.

Diante desses apontamentos preliminares, e antes de abordar uma ou outra definição particular, percebe-se que o emprego indiscriminado de termos como “ações neutras”, “ações laborais”, “ações cotidianas”, como se sinônimos fossem, traduz uma imprecisão conceitual¹⁰⁶. Embora o pano de fundo da discussão seja comum, o mesmo não pode ser dito

⁹⁹ Cf. KUDLICH, *Unterstützung*, p. 183.

¹⁰⁰ KUDLICH, Hans. BGH, 1. 8. 2000 — 5 StR 624/99. Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter, pp. 1175-1180.

¹⁰¹ Nesse sentido, aponta RACKOW que a condição laboral não é um critério apto a justificar uma diferença de tratamento à luz do Direito Penal (*Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 29).

¹⁰² RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 31.

¹⁰³ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 32.

¹⁰⁴ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 31.

¹⁰⁵ HARTMANN, *Sonderregeln für Beihilfe?*, p. 598.

¹⁰⁶ Trata-se de um mero “consenso de palavras, mas não de conceitos” - cf. HRUSCHKA, Joachim. “Kann Und Sollte Die Strafrechtswissenschaft Systematisch Sein?” *JuristenZeitung*, vol. 40, no. 1, 1985, p. 4. Em sentido contrário, Kudlich considera desnecessária a distinção entre ações “cotidianas”, “neutras” e “tipicamente profissionais” (*Unterstützung*, p. 172, nota 5). Ainda que se concorde com essa asserção, parece problemático utilizar esses termos como sinônimos e sustentar um tratamento jurídico privilegiado ao favorecimento de delitos através de condutas tipicamente profissionais.

do grupo de casos que cada setor da doutrina delimita, bem como sobre os fundamentos de cada qual. Ignorar esses matizes equivaleria contrariar o esforço sistemático do presente trabalho.

Como se vê, o amontoamento de conceitos pouco claros e carentes de uma efetiva concretização pouco contribui para definir o que seria uma conduta propriamente neutra¹⁰⁷. Neste sentido, Rackow sustenta a necessidade de uma delimitação que vá além da formação de conceitos pré-normativos, sem dispensar o devido distanciamento em relação à valoração especificamente penal¹⁰⁸. Indo além da dicotomia entre a lógica conceitual abstrata e a solução pragmática de problemas¹⁰⁹, argumenta o autor que uma distinção clara entre descrição e valoração seria impossível, o que inviabilizaria a pretendida perspectiva pré-normativa¹¹⁰. Dessa forma, Rackow sustenta uma perspectiva *normativa provisória* (*vorläufig-normativ*), a qual teria como referência as chamadas ações insuspeitas¹¹¹. O eventual caráter neutro dessas condutas independeria dessa definição. Em sentido similar, Greco propõe um conceito aberto, definindo as ações neutras como “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”¹¹².

No que consiste uma ação *insuspeita*? Como se trata de um critério fundamental na argumentação de Rackow, alguns apontamentos são necessários. Em primeiro lugar, é preciso compreender que este autor recorreu ao conceito de *suspeita inicial* (*Anfangsverdacht*),

¹⁰⁷ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 36.

¹⁰⁸ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 29.

¹⁰⁹ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 34.

¹¹⁰ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 49. Em termos filosóficos, essa dificuldade pode ser considerada um reflexo do colapso entre a distinção entre fato e valor, fenômeno apontado por Putnam (*The Collapse of the Fact-Value Dichotomy and other essays*. Harvard University Press, 2002, pp. 7 e ss). Um panorama semelhante é o da crítica de Polaino-Orts a tentativas de conceber a imputação em termos não-normativos, mediante a separação entre “imputação de fato” e “imputação de sentido” (POLAINO-ORTS, Miguel. *As Quatro Faces da Imputação Penal. Notas Críticas ao Conceito Kantiano de Imputação Desde uma Perspectiva Funcionalista*. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD DINIZ, Eduardo (orgs.). *Teoria da Pena, bem jurídico e imputação*, p. 193). Se esse quadro compromete a relevância e a atualidade das teorias clássicas da imputação – as quais eram baseadas na distinção entre *imputatio facti* e *imputatio legis* – é algo a ser discutido. Para uma visão favorável à reabilitação do conceito, cf. DIEHL, Katja. *Das Regressverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*. Frankfurt Am Main: Peter Lang, 1997, p. 297; DONNA, Edgardo Alberto. *La acción libre como base de toda imputación penal*, p. 199. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 297 e ss.

¹¹¹ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 49.

¹¹² GRECO, *Cumplicidade*, pp. 110. Tal como Rackow, argumenta o autor que a punibilidade do que se entende por ação neutra independe dessa definição. O penalista alemão chega a assinalar que “é possível afirmar que as ações *pareçam* permitidas” (p. 42). Em sentido contrário, Brigitte Tag (*Beihilfe*, p. 55) efetua uma distinção entre a cumplicidade “nata” (*geborene Beihilfe*) e a atribuída (*gekorene*). A primeira modalidade seria relativa àquelas contribuições que, estariam direcionadas, “por sua própria natureza”, à realização de um plano delitivo; a segunda modalidade diria respeito às condutas cuja neutralidade pode ser perdida. Tal distinção é criticada por Rackow (op. cit., pp. 44), que enxerga nessa perspectiva os mesmos problemas da definição de Kudlich.

próprio do processo penal alemão: este seria o mínimo denominador comum¹¹³ do objeto de discussão. Embora essa figura não tenha um correspondente exato no nosso ordenamento jurídico, a ideia é muito próxima da nossa *notitia criminis*, uma vez que, no Direito alemão, a suspeita inicial representa uma condição mínima para a abertura de um inquérito¹¹⁴.

Assim, a ação insuspeita deixará de ser neutra quando se verificar, a partir do respectivo contexto, a perda do seu significado social. Essa valoração provisória não é vinculada em relação ao Direito Penal material¹¹⁵. A partir dessa premissa, Rackow procura estabelecer uma terminologia adequada, distinguindo ações insuspeitas e ações neutras – suspeitas e insuspeitas¹¹⁶.

Assim, fala-se numa ação insuspeita (*unverdächtige Handlung*) ou cumplicidade insuspeita (*unverdächtige Beihilfe*) para designar o objeto da posterior valoração penal¹¹⁷. Não se trata de um conceito pré-normativo e fechado para subsumir as hipóteses compreendidas sob a denominação comum das ações neutras. A questão da neutralidade passa a ser rigorosamente limitada às constelações de casos que, por razões objetivas, devam receber uma valoração privilegiada. Em síntese, nem todas as ações insuspeitas serão neutras e, adotada essa terminologia, toda ação considerada neutra será desprovida de relevância penal¹¹⁸. Num sentido amplo, o fenômeno das ações neutras pode ser compreendido como algo que destoa do usual, demandando uma atenção especial¹¹⁹.

Feitas essas considerações e assimilada a inviabilidade de uma definição fechada, cumpre analisar algumas das principais tentativas de conceituar as chamadas ações neutras. A partir de tal exposição, pretende-se ilustrar as dificuldades já discutidas, além de dar contornos mais concretos ao problema. Os casos limítrofes envolvendo o tema serão tratados posteriormente, nas considerações introdutórias acerca da doutrina da proibição de regresso.

Tradicionalmente, quando se fala no problema da punibilidade de “comportamentos cotidianos” ou “condutas neutras”, o que se tem em mente é um problema específico de

¹¹³ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 44.

¹¹⁴ Cf. SHULZ, Lorenz. A suspeita legítima. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, p. 617.

¹¹⁵ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 45.

¹¹⁶ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 46.

¹¹⁷ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 47.

¹¹⁸ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 48.

¹¹⁹ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 44.

participação¹²⁰. Em termos mais específicos, trata-se da imputação do tipo objetivo à pessoa do partícipe¹²¹. A questão central, portanto, residiria em saber sob quais pressupostos a cumplicidade¹²², isto é, o auxílio a condutas delitivas de terceiros, é penalmente relevante. Em outras palavras, o que se busca definir é se toda e qualquer contribuição causal configura cumplicidade punível, ainda que se trate de condutas cotidianas, comerciais ou laborais¹²³, ou se essas ações, qualificadas como “neutras”, seriam exceções à punição do partícipe¹²⁴. Como se esclarecerá mais adiante, essa abordagem não é a única possível, e nem impede que os fundamentos de uma ou outra teoria assim concebida sejam discutidos no presente trabalho¹²⁵.

Uma das primeiras definições de condutas neutras foi cunhada por Wohlleben. Para ele, é neutro todo comportamento que teria sido realizado para qualquer pessoa, cujos fins – independentes em relação ao fato e ao autor – não seriam juridicamente desaprovados¹²⁶. Esse conceito foi adotado setores relevantes da literatura jurídico-penal, razão pela qual nos ocuparemos dele de maneira mais detida¹²⁷. O critério para resolver esses casos residiria numa ampla ponderação de interesses¹²⁸, como os conhecimentos do partícipe, a utilidade da prestação, sua conformidade a papéis sociais e outros fatores¹²⁹.

A grande deficiência dessa definição reside no seu *caráter circular*: ao definir como neutra toda ação que persiga objetivos juridicamente permitidos, Wohlleben delimita o objeto a partir da sua própria valoração¹³⁰. Assim, a conduta é neutra por ser permitida, e deve ser permitida por ser neutra. Aderir a essa definição implica em incorrer num evidente *petitio principii*.

¹²⁰ Cf. FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos *neutros* na cumplicidade, p. 41; RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 31.

¹²¹ GRECO, Luís, Cumplicidade Através de Ações Neutras, p. 110.

¹²² Assim, a cumplicidade seria uma das formas de participação, ao lado da instigação (GRECO, op. cit., pp. 6 e ss.). Vale lembrar que ROXIN fundamenta a punibilidade do partícipe a partir na criação de um risco juridicamente desaprovado, representada pela agressão autônoma de um bem jurídico (Strafrecht II, pp. 203 e ss.).

¹²³ Cf. FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos *neutros* na cumplicidade, p. 40.

¹²⁴ NIEDERMAIR, Harald. Strafloße Beihilfe durch Neutrale Handlungen? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 107, n. 3, pp. 507-544.

¹²⁵ Assim, Rackow (op. cit., p. 27, nota 49) afirma que tanto a proibição de regresso como o princípio da confiança podem ser úteis para a solução de casos envolvendo condutas neutras, embora a relação dessas figuras dogmáticas seja – na visão desse autor – relativamente restrita. No entanto, essa terminologia envolvendo a proibição de regresso e as condutas neutras também gera algumas controvérsias, já que alguns autores empregam esses termos como sinônimos, como faz Robles Planas (op. cit., p. 130).

¹²⁶ Cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 37; RASSI, op. cit., p. 28.

¹²⁷ Cf. ROXIN, Strafrecht II, p. 206; WESSELS/BEULKE, Strafrecht. Münster: C.F. Müller, 2011, p. 221.

¹²⁸ GRECO, Cumplicidade, pp. 87 e ss.

¹²⁹ GRECO, Cumplicidade, p. 88.

¹³⁰ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 37.

Esses fatores fragilizam a fundamentação do autor, a qual é criticada em razão da quantidade de critérios empregados para orientar a solução de casos práticos¹³¹. Por fim, o fato dos autores que adotam esse conceito recorrerem a outros fundamentos para resolver o mesmo problema é sintomático em relação às deficiências aqui apontadas. Se essa adesão compromete uma ou outra proposição teórica é outra questão. A ela retornaremos nos capítulos posteriores.

Ainda que com outros contornos, essa lógica encontra ressonância no trabalho de outros penalistas. Assim, Lüderssen tenta resolver a questão referente a condutas dúbias no setor bancário a partir de uma ponderação entre o incremento do risco e a lesão do bem jurídico¹³², ao passo que Amelung se apoia no caráter vantajoso da livre disponibilidade de objetos que possam servir a propósitos delitivos para condicionar a punibilidade da prestação à presença de conhecimentos especiais acerca da intenção delitiva do autor¹³³. Não nos aprofundaremos nessas construções. O intuito dessa exposição sumária se limita a demonstrar a inviabilidade dessas soluções casuísticas, as quais pouco se coadunam com o rigor sistemático pretendido pela teoria do delito.

A insuficiência desse conceito abriu espaço para uma série de novas tentativas de definir os contornos do tema das condutas neutras, cujo reconhecimento na jurisprudência alemã se verificou a despeito da ausência de uma conceituação dogmática satisfatória¹³⁴. Assim, por exemplo, Tag afirma que as ações neutras constituem um “fenômeno frequente, ainda que raramente reconhecido na nossa sociedade marcada pela divisão do trabalho”¹³⁵, o qual consiste nos negócios diários que, direta ou indiretamente, causem ou propiciem a realização de um delito posterior¹³⁶. Deve-se assinalar que, apesar de tentar resolver o problema a partir do princípio da proporcionalidade e tendo como referência a tutela de bens jurídicos, a autora reconhece a relação do tema com a definição do conteúdo de cada esfera de responsabilidade¹³⁷.

¹³¹ GRECO, Cumplicidade, p. 89.

¹³² GRECO, Cumplicidade, 57; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 233.

¹³³ GRECO, Cumplicidade, p. 89; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 235.

¹³⁴ HARTMANN, *Beihilfe*, p. 598.

¹³⁵ TAG, *Beihilfe durch Neutrale Handlungen.*, p. 49.

¹³⁶ TAG, *Beihilfe durch Neutrale Handlungen*, p. 50.

¹³⁷ Cf. TAG, *Beihilfe durch Neutrale Handlungen*, p. 55. Como se discutirá posteriormente, o conceito de bem jurídico, subjacente à maior parte dos argumentos aqui apresentados, é criticado por autores de diferentes filiações teóricas. Uma das críticas mais frequentes nesse sentido reside na alegação de que essa doutrina seria inapta a delimitar esferas de responsabilidade, por se limitar a descrever estados lesivos. Renzikowski, recorrendo à teoria das normas e à antiga doutrina de direitos subjetivos, afirma que o conceito de bem jurídico seria “incapaz de determinar a extensão da norma de comportamento” (*Direito Penal e teoria das normas –*

Robles Planas¹³⁸ conceitua como neutras aquelas condutas “em si lícitas e intercambiáveis”, o que se revelaria numa aparência simultaneamente delitativa e não delitativa, ainda que o seu prestador tenha ciência da sua aplicação ilícita por parte do autor principal. É de se notar que o penalista espanhol parece tratar a (moderna) doutrina da proibição de regresso e a temática das ações neutras como conceitos equivalentes, fundados na “criação desaprovada [...] de um risco levando-se em conta a conduta autor responsável de outro sujeito [...]”¹³⁹. Trata-se de condutas estereotipadas (i.e. alinhadas a um papel ou *standard* social) que favoreçam, de forma direta ou indireta, o plano delitivo de terceiros¹⁴⁰. Novamente, a menção ao critério do risco juridicamente desaprovado vem acompanhada da referência à autorresponsabilidade¹⁴¹ do autor principal.

Como se vê, um traço comum dessas e de outras definições das chamadas condutas neutras recai na circunscrição de diferentes esferas de responsabilidade. Assim, Rabe von Kühlewein enxerga o cerne do problema nos limites da punibilidade de quem estimula, prepara ou presta apoio a atos delitivos de terceiros¹⁴². Nessa mesma linha, argumenta Jakobs que a intervenção delitativa consiste pura e simplesmente na divisão de trabalho no cometimento de um delito, na medida em que cada um é responsável pelo desenvolvimento da própria esfera organizatória¹⁴³, enquanto Lesch fundamenta a sua doutrina da proibição de regresso na necessidade delimitação dos âmbitos de responsabilidade numa sociedade cada vez mais interdependente¹⁴⁴. Por sua vez, Kindhäuser restringe a relevância do auxílio do cúmplice nas hipóteses em que o fato delitivo resulta de uma decisão ulterior e autônoma do

estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 34). Em sentido similar, Pawlik argumenta que o defeito congênito do pensamento pautado no bem jurídico reside em reduzir a danosidade social e o merecimento de pena à lesão de objetos externos (Das Unrecht des Bürgers, p. 140).

¹³⁸ Cf. RASSI, Ações Neutras, p. 29.

¹³⁹ Cf. ROBLES PLANAS, Estudos, p 130.

¹⁴⁰ Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites, p. 33. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

¹⁴¹ Em sentido próximo, mas tratando das ações neutras como um problema específico de participação, Feijóo Sanchez afirma que a conduta do partícipe não cria um risco desaprovado, mas apenas favorecem essa criação. Dessa maneira, a imputação passa a ser mais difícil quando “se constata um comportamento livre e responsável de um terceiro”. Cf. Límites de participación criminal, s.n.p. Como se verá, o critério da autorresponsabilidade encontra guarida em várias propostas teóricas referentes ao tema do presente trabalho.

¹⁴² VON KÜHLEWEIN, Malte Rabe. Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer. JuristenZeitung, vol. 57, n. 23, p. 1139.

¹⁴³ JAKOBS, Günther. Theorie der Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 29.

¹⁴⁴ Cf. FONSECA DE AGUILAR, Dos Comportamentos ditos Neutros na Cumplicidade, p. 148; LESCH, Beihilfe, pp. 162-165.

autor principal¹⁴⁵. Essa referência à questão da responsabilidade também se encontra presente nos trabalhos brasileiros sobre o tema¹⁴⁶.

Todavia, alguns modelos de imputação mais difundidos e conhecidos, como o de Roxin, parecem dedicar pouca atenção a esse aspecto. Nos termos dessa perspectiva, bastaria a criação de um risco não permitido e a sua realização no resultado¹⁴⁷, na medida em que a discussão relativa à atribuição de um resultado a um âmbito de responsabilidade diverso, que Roxin atribui ao chamado alcance do tipo, assume um caráter quase que marginal¹⁴⁸. Como se vê, o critério do risco não parece possibilitar qualquer leitura mais restritiva¹⁴⁹.

Nesse sentido, cumpre mencionar o comentário de Rackow sobre a figura do risco permitido. Em seu trabalho monográfico sobre o problema das condutas neutras, argumenta o autor que esse conceito seria meramente formal, não representando um princípio unitário apto a nortear soluções concretas para casos particulares¹⁵⁰. Assim, rotular um risco como permitido não significaria nada mais do que a afirmação de que a conduta arriscada seria admitida dentro de um contexto em particular, de maneira que o fundamento e os limites dessa permissão demandariam uma explicação situacional plausível¹⁵¹. Em outros termos,

¹⁴⁵ Cf. KINDHÄUSER, Auxílio, p. 137.

¹⁴⁶ Cf. LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de dinheiro e ações neutras. Juruá, Curitiba, 2014, p. 30; próximo, RASSI, Ações Neutras, p. 25.

¹⁴⁷ ROXIN, Strafrecht I, p. 372.

¹⁴⁸ ROXIN, Strafrecht I, p. 416.

¹⁴⁹ Assim, “o critério de imputação objetiva na atuação por autoria que aqui mais interessa, isto é, a criação de um risco juridicamente proibido de realização do tipo penal, dificilmente se deixa associar a culpabilidade”. Cf. KINDHÄUSER, Auxílio, p. 134.

¹⁵⁰ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 64. É de se notar que alguns autores chegam a minimizar a relevância atribuída a essa figura. Assim, Frisch afirma que “o risco desaprovado (...) não é um problema normativo autônomo da doutrina da imputação objetiva” (Tatbestandsmässiges Verhalten, p. 43), mas um aspecto limitado ao injusto de ação do crime culposos (op. cit., p. 34). Em sentido contrário, sustenta Caro John que as condutas neutras consistiriam pura e simplesmente na concretização do risco permitido aos casos de favorecimento decorrentes de comportamentos cotidianos ou estereotipados (La impunidad de las conductas neutras, p. 352). Sobre o caráter formal do conceito de risco permitido, ver PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, pp. 280 e ss. Para este último, a pretensão de encontrar um mínimo denominador comum a respeito do que os juristas conhecem por “risco permitido” esbarra no fato de que a multiplicidade de problemas trabalhados a partir dessa figura resultaram numa mera “cláusula geral desprovida de conteúdo”.

¹⁵¹ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 65. Referido autor considera pouco clara a conceituação de Roxin, para quem a figura diria respeito a riscos “em geral permitidos” (Strafrecht I, pp. 382 e ss.). Jakobs (Strafrecht, pp. 200 e ss.) procura fundamentar a ideia de risco permitido indo além de juízos puramente estatísticos e considerando a finalidade das normas penais, a qual consistiria na manutenção de expectativas normativas necessárias à realização de diferentes contatos sociais, nos termos de uma ponderação entre perdas e ganhos (p. 200) ou, alternativamente, a partir do denominado “risco permitido por legitimação histórica” (p. 201). Rackow (op. cit., p. 66) considera exemplar para a sua postura crítica que a fundamentação por ponderação não possa ser definida a partir de critérios juridicamente vinculantes. Aliás, essa distinção entre “riscos permitidos por ponderação” e “riscos permitidos por legitimação histórica” também é posta em dúvida, havendo autores que negam qualquer distinção qualitativa entre essas modalidades. Cf. MARAVER GÓMEZ, Mario. Riego permitido por legitimación histórica, p. 209. In: CARO JOHN José Antonio; MONTENEGRO

tratar-se-ia de um comportamento perigoso que, por não representar qualquer desvalor de conduta, não configuraria fato punível¹⁵². Outro problema, apontado por Puppe, residiria no emprego indiscriminado dessa figura dogmática a distintas constelações de casos – dentre as quais se situa aquela relativa ao injusto da participação¹⁵³.

A questão referente à relação entre esse juízo probabilístico de risco e as diferentes vias propostas para resolver o problema aqui abordado será trabalhada nos capítulos posteriores. De qualquer maneira, as reflexões aqui realizadas permitem formular um conceito provisório do que pode ser entendido como conduta neutra. Sendo assim, designaremos por *ações* ou *condutas neutras* aquelas contribuições que, direta ou indiretamente, propiciem ou facilitem o plano delitivo de terceiros, a despeito de serem majoritariamente irrelevantes para efeitos penais.

Neste sentido, a doutrina menciona uma miríade de exemplos-limite: um farmacêutico vende um inseticida utilizado por um terceiro homicida; um taxista transporta um assaltante até o local do roubo; um devedor paga uma dívida cuja quantia é utilizada para adquirir a arma do crime, etc¹⁵⁴. Não se trata, portanto, de um conceito fechado, mas de uma chave interpretativa apta a identificar e delimitar as constelações de casos problemáticos, os quais poderão se enquadrar nesse juízo de neutralidade, após a devida valoração jurídica.

O caráter ambíguo dessas condutas é bem explicado por Kindhäuser:

a caracterização de uma prestação qualquer como ação de auxílio pode enfrentar dificuldades quando o autor só viola a proibição devido à forma e ao modo do emprego da prestação realizada, a qual, se não fosse isso, serviria a uma finalidade lícita¹⁵⁵.

Na seara dos crimes econômicos, o debate sobre essa forma de intervenção ganha novos contornos, haja vista a frequência de atividades altamente reguladas, cujo contorno se caracteriza por rígidos deveres de cuidado¹⁵⁶. Cumpre assinalar que isso não significa que a discussão esteja restrita a tais delitos, mas apenas que a relevância prática do problema passou

LYNETT, Eduardo (eds.). El Sistema Penal Normativista en El Mundo Contemporaneo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

¹⁵² RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 66.

¹⁵³ Cf. PUPPE, Ingeborg. Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 95 n. 2, p. 292. Próximo, Feijóo Sanchez (Límites..., s.n.p.) parte do pressuposto de que o partícipe não cria um risco, mas apenas ajuda a criá-lo.

¹⁵⁴ Cf. CARO-JOHN, Conductas Neutrales no punibles em virtud de la prohibición de regreso, p. 290; GRECO, Cumplicidade, pp. 1-4.

¹⁵⁵ Cf. KINDHÄUSER, Auxílio, p. 136.

¹⁵⁶ RASSI, Ações Neutras, p. 26.

a ser algo manifesto com as mudanças promovidas pelo paradigma penal econômico¹⁵⁷, característico de um Direito penal do risco. Estas questões serão esclarecidas de forma mais detalhada no próximo capítulo.

Por essas razões, o tema da presente pesquisa não se limita à chamada “criminalidade de manual”¹⁵⁸. Como se verá, a temática das ações neutras fundamentou uma série de decisões jurisprudenciais, especialmente nos países de língua alemã. A relação entre esse problema e a relevância das releituras da doutrina da proibição de regresso, no entanto, é algo a ser explorado. O ponto central do presente trabalho, portanto, residirá no esclarecimento dessa e de outras questões.

1.3. O TEMA DESDE UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA

Feitos esses breves apontamentos sobre a problemática das condutas neutras, é tempo de contextualizar o tema no âmbito brasileiro. Tal contextualização se presta a facilitar a compreensão sobre o problema aqui discutido, sobretudo a partir de uma perspectiva nacional. Evidentemente, não se trata de ignorar as contribuições da doutrina estrangeira ou negar a existência de problemas fundamentais que transcendam a realidade estritamente local, mas de enquadrar a discussão dessas questões a partir de casos práticos que possam despertar a atenção e o interesse do leitor brasileiro¹⁵⁹.

Conforme se explicará, o interesse atual pelo tema da punibilidade das chamadas ações neutras deve-se, em grande parte, aos reflexos da realidade penal econômica e empresarial. Esta relação fica mais clara diante de exemplos como o do crime de lavagem de capitais, cuja prática se caracteriza tanto por uma “simbiose entre o lícito e o ilícito”¹⁶⁰ como

¹⁵⁷ Próximo, RASSI, *Ações Neutras*, p. 16. Nada obstante, o nível de aceitação da ideia de intervenções ou condutas neutras também é fonte de controvérsias. Silva Sánchez, por exemplo, parece entender que o tema seria relativo apenas aos crimes econômicos e empresariais (cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Fundamentos de derecho penal de la Empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 24). Em sentido contrário, Feijóo Sanchez (Límites..., s.n.p.) afirma que “La ‘sensibilidad jurídica’ suele ser más reacia a asumir una limitación de la responsabilidad penal cuando están en juego bienes jurídicos tan importantes como la vida o la salud. Con otros bienes jurídicos como el patrimonio o bienes jurídicos colectivos existe una tendencia natural a ser más tolerante”, motivo pelo qual a discussão não estaria restrita à criminalidade econômico-empresarial.

¹⁵⁸ A expressão, empregada por Hassemer, diz respeito a casos extremos, de rara ocorrência prática (cf. HASSEMER, Winfried. *Punir no Estado de Direito*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012).

¹⁵⁹ Sobre a possibilidade de discussões teóricas ocorrerem a despeito de realidades e culturas jurídicas locais, ver HIRSCH, Hans Joachim. *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?* In *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, pp. 54 e ss.

¹⁶⁰ Cf. LIMA, Vinícius de Melo. *Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 17.

pela pluralidade de intervenientes¹⁶¹. Cuida-se, portanto, de situações complexas, que dificultam o juízo de imputação e a delimitação de espaços de risco permitido.

Diante desses esclarecimentos preliminares, podemos apontar alguns casos práticos passíveis de serem discutidos sob o prisma das condutas neutras. Com isso não se pretende apontar uma solução específica para cada problema concreto, mas explicitar como cada situação pode elucidar a relevância e a pertinência do tema desde uma perspectiva brasileira. Vejamos, portanto, algumas situações limítrofes e ilustrativas para este propósito.

O primeiro exemplo diz respeito ao conhecido caso do furto milionário ao Banco Central de Fortaleza. Na ocasião, profissionais vendedores de automóveis foram acusados da prática de lavagem de dinheiro, nos termos da antiga redação do artigo 1º, § 1º, II da Lei 9.613/98, haja vista que um dos envolvidos na subtração da referida quantia a empregou na compra de veículos usados.

Em primeira instância, a 11ª Vara Federal do Ceará condenou os réus pela referida prática¹⁶². Importa ressaltar que o referido decreto condenatório não se ocupou da tipicidade objetiva, limitando-se a afirmar que os agentes teriam agido de forma dolosa. Da mesma forma, a subsequente absolvição, decidida pelo TRF da 5ª região em sede de apelação, recorreu a critérios subjetivos, entendendo pela ausência de dolo¹⁶³. Percebe-se, portanto, que a solução judicial se pautou unicamente na tipicidade subjetiva, sem discutir qualquer aspecto referente aos limites do risco juridicamente permitido. Tais circunstâncias parecem reforçar a necessidade de se discutir os riscos de incriminação no contexto cotidiano ou laboral pela ótica do tipo objetivo, ante as dificuldades das soluções subjetivas.

Outra situação apta a se enquadrar na discussão sobre as fronteiras das condutas neutras diz respeito ao comportamento de gerentes de instituições financeiras que permitem a abertura de contas bancárias em favor de terceiros, assim possibilitando a dissimulação de quantias de origem ilícita¹⁶⁴. Indubitavelmente, trata-se de hipótese relativamente corriqueira

¹⁶¹ LIMA, Lavagem de dinheiro e ações neutras, p. 91.

¹⁶² Um panorama amplo discutindo outros aspectos jurídicos do caso pode ser encontrado em SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁶³ “É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada de sexta para sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã de sábado. Ocorre que o crime só foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a Autarquia” (Apelação Criminal n. 2005.81.00.01.4586-0 junto ao TRF da 5ª Região – Rel. Des. Rogério Fialho Moreira). Para uma ampla discussão sobre a figura da cegueira deliberada no caso em tela, cf. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo – o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 29-42.

¹⁶⁴ Cf. a discussão em LIMA, *Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras*, pp. 125-129.

no campo da criminalidade econômica. Constituiria o ato isolado de abrir uma conta bancária uma razão suficiente para o juízo afirmativo de tipicidade? Ou, ao contrário, haveria um espaço neutro a abarcar condutas profissionalmente adequadas?

Por fim, o tema das ações neutras também pode ser abordado tendo em vista alguns casos recentes de criminalidade ambiental, como o do rompimento das barragens de Mineração de Brumadinho, em Minas Gerais. Nesse sentido, a questão reside em definir quais os critérios de responsabilização de certas atuações profissionais, como aquelas restritas aos setores de auditoria. Evidentemente, um evento destas proporções suscita discussões de ordens diversas, tais como os limites da posição de garantidor¹⁶⁵ e a atribuição de responsabilidades em situações de causalidade complexa. Assim, por exemplo, Samson chama a atenção para as dificuldades de imputação em casos de causalidade cumulativa¹⁶⁶, ao passo que Kuhlen salienta a relativa flexibilização do liame entre ação e resultado nos crimes de poluição¹⁶⁷.

Os exemplos acima não são, de modo algum, exaustivos. Contudo, eles servem ao propósito de demonstrar a relevância do problema das condutas neutras para o Direito brasileiro.

¹⁶⁵ Jakobs que os casos abarcados pela sua doutrina da proibição de regresso – esta empregada para delimitar os casos de participação por condutas neutras – são também restrições ao dever de garante (Strafrecht, p. 848).

¹⁶⁶ SAMSON, Erich. Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 99, n. 4, pp. 618-619.

¹⁶⁷ KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 105, n. 4, p. 712.

2. DA PERTINÊNCIA DA DOCTRINA DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO

2.1. RELEVÂNCIA E CAPACIDADE DE RENDIMENTO EM FACE DO PROBLEMA DAS AÇÕES NEUTRAS

No presente capítulo, pretende-se discutir a relevância da antiga doutrina da proibição de regresso e suas modernas reformulações, bem como a aptidão dessas proposições teóricas no âmbito da temática das condutas neutras. Antes de esclarecer as premissas da concepção original ou debater a sua relação de continuidade com uma ou outra construção doutrinária, faz-se necessário contextualizá-la no marco da teoria geral do crime. A partir de tal compreensão é que será possível discernir o que pode ser aproveitável nessa figura dogmática, especialmente como critério autônomo de imputação.

Dessa maneira, o primeiro ponto a ser ressaltado diz respeito ao referencial da discussão travada por Frank em sua época, o qual recaia nas questões relativas à causalidade. Como se sabe, o parâmetro de aferição então predominante era o da teoria da equivalência dos antecedentes, formulada por Glaser (1858) e von Buri (1860)¹⁶⁸. Para essa teoria, toda condição cuja eliminação hipotética altere o resultado seria causal¹⁶⁹. Evidentemente, essa concepção não só padece de alguns problemas de fundamentação, como também esbarra em problemas práticos incontornáveis: por um lado, os juízos de causalidade e imputação são equiparados; por outro, a fórmula da *conditio sine-qua-non* segue um raciocínio circular.¹⁷⁰

Esse procedimento não é só inútil para o intuito de atribuir responsabilidades¹⁷¹, mas também pode induzir a conclusões errôneas¹⁷², especialmente no que diz respeito às situações envolvendo a chamada causalidade alternativa¹⁷³. Além disso, essa concepção é incapaz de discriminar as condições necessárias em relação às suficientes¹⁷⁴, bem como as condições de

¹⁶⁸ Ver JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, p. 186; ROXIN, Claus, *Strafrecht I*, p. 352; TAVARES, Juarez, *Fundamentos de Teoria do delito*, pp. 203 e ss.

¹⁶⁹ Nas palavras de von Liszt, “dá-se a conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado quando não se pode supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido” (*Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I. Campinas: Russell, 2003, p. 223).

¹⁷⁰ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 187.

¹⁷¹ JAKOBS, *Strafrecht*, p. 195.

¹⁷² ROXIN, *Strafrecht I*, p. 354.

¹⁷³ ROXIN, *Strafrecht I*, p. 361.

¹⁷⁴ RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito Penal e Teoria das Normas*, p. 89.

ordem física ou natural em relação às de origem psíquica¹⁷⁵. Que uma teoria com tantas falhas tenha impregnado o Direito Penal até os dias de hoje é algo digno de espanto¹⁷⁶. Contudo, isto também implica em admitir que o interesse nesses problemas não decorre de uma simples curiosidade histórica, haja vista que o próprio Código Penal brasileiro acolheu essa concepção.

Assim, os princípios tradicionais de imputação se fundamentam a partir do paradigma dos crimes de lesão, cujo parâmetro recai na figura do autor imediato, isto é, o agente mais próximo ao resultado lesivo. Esta proximidade sustenta a equiparação entre execução e responsabilidade, em termos naturalísticos¹⁷⁷. É nesse contexto que se insere a construção de Frank: as chamadas pré-condições (*Vorbedingungen*), argumentava-se, não seriam causais em relação ao resultado que tenha sido produzido pela atuação livre de um terceiro¹⁷⁸. É importante reforçar que esse raciocínio era limitado a um grupo de casos muito específico, consistente na contribuição culposa a crimes dolosos¹⁷⁹.

Eis a lógica subjacente a um conhecido exemplo: o dono de uma espingarda larga a sua arma num local exposto, a qual acaba sendo empregada na prática delitiva dolosa de um terceiro. O “regresso” ao homem de trás estaria proibido em função da atuação dolosa do autor imediato, o que resultaria numa interrupção do nexos causal. Os críticos desse raciocínio acusam Frank de incorrer no equívoco fundamental de normatizar a categoria da causalidade, não sendo possível falar numa “interrupção” do curso causal¹⁸⁰.

Deve-se ressaltar, contudo, que há quem aponte outras possibilidades de compreensão dessa versão antiga da doutrina da proibição de regresso. Assim, aponta-se que a suposta “interrupção” do curso causal pode ser compreendida como uma metáfora para não aceitar as

¹⁷⁵ TAVARES, Fundamentos de Teoria do Delito, p. 203.

¹⁷⁶ AICHELE, Alexander. Die Untauglichkeit der Äquivalenztheorie zur Erklärung von Kausalität, die Untauglichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Rechtfertigung von Zurechnungsurteilen und ein Vorschlag zur Güte. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 123, n. 2, pp. 262 e ss. Próximo, Donna (Acción Libre, p. 188) salienta que a causalidade não é apta a fundamentar a imputação, seja esta entendida no sentido moral ou jurídico. No mesmo sentido, cf. MENDES, Paulo de Sousa. Causalidade complexa e prova penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 175: o principal problema dessa teoria residiria na “total ausência de critérios de diferenciação analítica do evento cuja causação tenha de ser escrutinada”.

¹⁷⁷ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Fundamentos de derecho penal de la Empresa, pp. 7 e ss. Atualmente, há quem chegue a falar numa autoria não-executiva (ROBLES PLANAS, Estudos de Dogmática Jurídico-Penal, p. 130).

¹⁷⁸ HRUSCHKA, Regressverbot..., p. 581.

¹⁷⁹ Cf. NAUCKE, Wolfgang. Über das Regressverbot im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76, p. 410.

¹⁸⁰ Cf. GRECO, Um Panorama da Imputação Objetiva, p. 83; idem, Cumplicidade, p. 25; ROXIN, Strafrecht I, p. 363.

premissas da teoria da equivalência das condições¹⁸¹, ou mesmo que a proibição de regresso coincidiria com os limites da instigação¹⁸² ou da participação culposa¹⁸³.

De qualquer maneira, essas premissas naturalistas tendem a ser abandonadas a partir da normatização das categorias do delito, na medida em que a causalidade passa a ser entendida em termos probabilísticos e o juízo de imputação incorpora a função de transmitir relações de sentido¹⁸⁴. Diante da consolidação das premissas funcionalistas, o dogma causal pouco contribui para explicar a relevância jurídica de um ou outro resultado¹⁸⁵.

Esse “preconceito naturalístico” resulta numa hipertrofia da imputação¹⁸⁶, na medida em que toda causação evitável tende a ser traduzida em responsabilidade, enquanto a causalidade, compreendida como condição necessária para um resultado, resulta num regresso ao infinito¹⁸⁷. A perspectiva funcionalista inverte essa relação, na medida em que os princípios da imputação é que passam a ser decisivos para aferir se a causalidade é condição necessária para a atribuição de um resultado ao agente¹⁸⁸. A capacidade explicativa dos critérios tradicionais se mostra cada vez menor, especialmente no que diz respeito à solução de problemas penais típicos de uma sociedade moderna¹⁸⁹.

¹⁸¹ JAKOBS, Regressverbot beim Erfolgdelikt, p. 6.

¹⁸² HRUSCHKA, Regressverbot..., p. 581.

¹⁸³ NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 423. É importante ter em mente a particularidade da legislação penal alemã, a qual – ao contrário da brasileira – dispõe expressamente que a cumplicidade só é punível a título doloso.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria, Derecho Penal de la Empresa, p. 16.

¹⁸⁵ Cf. STÜBINGER, Stephan, ZIS 07/2011: “nem ações ou resultados compreendidos no aspecto jurídico-penal são dados naturais que possam ser explicados (...) de forma juridicamente relevante pelo dogma causal”. Próximo, Jakobs (System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 20) afirma que a natureza, *per se*, é desprovida de sentido, o que depõe tanto contra as explicações naturalistas como contra a pretensão finalista de fundamentar o injusto a partir de estruturas lógico-reais.

¹⁸⁶ JAKOBS, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, p. 2. Próximo, LESCH, Beihilfe, pp. 162 e ss. Em sentido contrário, Silva alerta que a normatização das categorias do delito traz consigo o risco de transformar a imputação do resultado numa atribuição formalista e aleatória de responsabilidades (op. cit., p. 13). Nesse sentido, a preocupação dogmática em delimitar esferas de competência/organização ou âmbitos de responsabilidade pode ser resumida na feliz frase de ROBLES PLANAS: [a legislação penal] não existe para definir as esferas de liberdade do cidadão, mas para protegê-las (Dogmática dos Limites do Direito Penal, p. 45. *In* Estudos de Dogmática Jurídico-Penal).

¹⁸⁷ Cf. JOERDEN, Jan C. Zurechnung. *In*: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie. Disponível em: <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/99-zurechnung>>. Acesso em: 01 de nov. de 2018. Sabidamente, a teoria da equivalência das condições gera a inconveniência de considerar causal (sem qualquer distinção valorativa) toda condição necessária ao resultado. Cf. BAUNACK, Martina, Grenzfragen der Strafbaren Beihilfe, p. 35; TAVARES, Juarez, Fundamentos de Teoria do Delito, p. 204.

¹⁸⁸ JAKOBS, Günther, Strafrecht, p. 791.

¹⁸⁹ CARO JOHN, Jose Antonio. Conductas Neutrales no Punibles em Virtud de La Prohibición de Regreso, p. 286. *In*: El Sistema Penal Normativista en El Mundo Contemporaneo. Sobre a relação da temática da proibição de regresso e o caráter conflituoso de uma sociedade marcada pela divisão do trabalho e pela especialização técnica, ver DIEHL, Katja. Das Regressverbot als Tatbestandsgrenze im Strafrecht. Peter Lang: Frankfurt am Main, 1997, p. 25.

Apesar de todas as críticas¹⁹⁰ dirigidas à formulação de Frank, é inegável a relevância da questão normativa referente aos limites da possibilidade de responsabilização por atos lesivos de terceiros¹⁹¹. É de se notar que a distinção do referido autor entre “causa” e “condição” representa, nos termos da explicação de Hruschka, um afastamento das premissas naturalísticas da teoria da equivalência, na medida em que a categoria causal passa a ser compreendida como *causa libera*, isto é, como uma atuação humana livre¹⁹².

Nesse contexto, é significativo que Naucke tenha resgatado a figura da proibição de regresso em seu conhecido artigo sobre o tema. Na ocasião, o penalista de Frankfurt comentou uma decisão do Tribunal do Reich envolvendo uma amante que havia entregado um veneno para um homem, o qual envenenara dolosamente a sua esposa¹⁹³. Alguns pontos-chave podem ser mencionados, sem qualquer pretensão de esgotar as questões ali discutidas. Estas serão abordadas em capítulos posteriores.

O primeiro aspecto a ser destacado reside na oposição à teoria da equivalência:

Essa linha de pensamento [contrária à proibição de regresso] só encontra suporte na fórmula da teoria da equivalência das condições. Se algo deve ser dito contra esta linha de pensamento, então algo deve ser dito contra esta teoria” (tradução livre)¹⁹⁴.

Sendo assim, faz pouco sentido criticar a ideia de uma proibição de regresso com base numa concepção causal problemática, criticada e insustentável¹⁹⁵. Em segundo lugar, as tentativas de resolver a questão da realização típica a partir de critérios puramente causais refletem, em última instância, intuições político-criminais demasiadamente genéricas, as quais tampouco servem para resolver temas complexos em torno da responsabilidade delitiva¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Assim, autores como Feijóo Sanchez consideram inaceitável a ideia de isentar qualquer contribuição a atos dolosos de terceiros: “El problema de la teoría de la ‘prohibición de regreso’ es que ‘regala’ impunidad sin que el beneficiario se lo merezca, ya que, en principio, ha infringido una norma penal. Simplemente se le ‘regala’ porque otra u otras personas también se han comportado defectuosamente”. Para um resumo das críticas, cf. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Límites...*, s.n.p.

¹⁹¹ DIEHL, Das Regressverbot, p. 25.

¹⁹² Cf. HRUSCHKA, Regressverbot..., pp. 586 e ss; próximo, Ling enxerga uma “clara oposição ao causalismo naturalista” nessa distinção de Frank: cf. LING, Michael. *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten – eine dogmengeschichtliche Untersuchung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, p. 105. No entanto, ressalta ele que o argumento de Frank não compreende uma doutrina uniforme, já que o termo “proibição de regresso” só surgiu na 15ª edição do seu comentário ao Código Penal do Reich (op. cit., p. 104).

¹⁹³ Cf. BUSATO, O Sentido da Cumplicidade, pp. 328 e ss.; NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 409.

¹⁹⁴ NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 412.

¹⁹⁵ NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 414.

¹⁹⁶ NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 421.

Por fim, Naucke foi um dos primeiros – se não o primeiro – a alocar a proibição de regresso no âmbito da imputação objetiva¹⁹⁷. Retomaremos este tema posteriormente, ao discutir se – e como – essa figura dogmática pode ser desenvolvida a partir do tipo objetivo e tendo em vista a temática das ações neutras.

Ante essa revitalização da antiga doutrina da proibição de regresso, torna-se imperioso discutir as relações entre esta ideia e o desenvolvimento das questões gerais referentes à causalidade jurídico-penal. Cabe, portanto, questionar: existe uma relação de continuidade entre o grupo de casos preconizado por essa doutrina e a evolução doutrinária do conceito de causa aqui debatido? Trata-se de um aspecto notado apenas por Frank ou de uma problemática anterior?

Para tratar desses aspectos, cumpre fazer menção à monografia de Katja Diel, discípula de Naucke, a qual se ocupa da problemática da proibição de regresso. Certamente, o caráter abrangente e analítico do trabalho em questão não permite uma exposição exaustiva, mas os pontos levantados pela autora podem servir de auxílio para compreender o significado e a atualidade do tema. Nesse sentido, Diel relaciona a ideia de proibição de regresso àquelas hipóteses em que a atuação conjunta de várias pessoas conduz a um resultado lesivo¹⁹⁸.

Assim, à semelhança de Naucke, a penalista contextualiza o tema no âmbito da questão da responsabilidade por atos de terceiros, recorrendo assim à doutrina da imputação objetiva¹⁹⁹. Uma das questões fundamentais reside em saber se os casos referentes à proibição de regresso são um tema exclusivamente atual ou se a discussão já se encontrava presente antes que o próprio Frank concebesse tal rótulo²⁰⁰. A partir disso, Diel resgata algumas discussões da literatura jurídico-penal e jurisprudência alemãs, desde o século XVII.

Num primeiro período (1780-1860), o problema da proibição de regresso era tratado como algo restrito aos tipos da parte especial, notoriamente o de homicídio²⁰¹. A discussão referente à relevância das chamadas causas intermediárias (“*Zwischenursachen*”) tinha como referência a letalidade do ferimento causado, no sentido do enquadramento típico. A responsabilização do causador mediato, portanto, teria como pressuposto uma lesão que tenha sido considerada como fundamental para o evento morte. A comprovação do chamado “*vulnus absolute letale*” dependia de uma perícia médica específica. Sendo assim, não havia

¹⁹⁷ NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 426.

¹⁹⁸ DIEL, Das Regressverbot, p. 23.

¹⁹⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 25.

²⁰⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 26.

²⁰¹ DIEL, Das Regressverbot, pp. 31 e ss.

uma doutrina geral da causalidade propriamente dita²⁰², o que se manifestava na atividade jurisprudencial de então. Dessa forma, a prática judicial se apoiava numa leitura bastante restritiva da causalidade, cujo escopo se limitava aos crimes contra a vida²⁰³. Essa teoria da letalidade representaria uma das primeiras tentativas no sentido de atrelar a valoração jurídica a estruturas lógico-reais²⁰⁴.

Nesse contexto, Feuerbach argumentava que a ocorrência de uma causa “independente” afastaria a punibilidade pelo resultado morte, notoriamente nos casos envolvendo lesões *per se* letais²⁰⁵. Em linhas gerais, o modelo de intervenção delitiva compreendido na obra de Feuerbach é tributário de algumas ideias fundamentais desse autor. Nesse sentido, a defesa de uma rígida separação entre direito e moral resulta numa imputação fundamentada na causalidade, isto é, na aferição de comportamentos humanos externos²⁰⁶. Na mesma linha, nota-se uma tendente objetivização das formas de intervenção delitiva nos desenvolvimentos posteriores da obra de Feuerbach, as quais passam a ser compreendidas em termos causais²⁰⁷. A aversão parâmetros subjetivos e a definição precisa das formas de participação exprimia uma preocupação com o princípio da taxatividade, tido como condição necessária para o efeito intimidador da pena²⁰⁸.

Diel menciona ainda a visão de outros tratadistas da época, que restringiam a punibilidade do homicídio consumado nas situações em que a morte não tenha ocorrido logo após a lesão, ou nas hipóteses em que se verificasse uma causa intermediária e um ferimento “acidentalmente fatal”²⁰⁹. É nessa construção dogmática do “ferimento acidentalmente letal” (“*zufällig tödliche Wunde*”) que a autora identifica um grupo de casos que corresponderia à posterior proibição de regresso. Há três aspectos a serem ressaltados sobre este ponto: em primeiro lugar, a responsabilidade já era atrelada à interpretação do tipo; em segundo, essa

²⁰² DIEL, Das Regressverbot, p. 34.

²⁰³ DIEL, Das Regressverbot, p. 43.

²⁰⁴ Cf. LING, Die Unterbrechung, p. 142. Para um panorama dessa discussão em português, cf. MENDES, Paulo de Sousa. Causalidade complexa e prova penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 155 e ss.

²⁰⁵ DIEL, Das Regressverbot, pp. 35 e 37; LING, Unterbrechung, p. 160.

²⁰⁶ Cf. LING, Die Unterbrechung, pp. 155 e 158. Essa separação estaria associada a um dualismo: num extremo haveria o empírico, o causal; noutro, o inteligível e o metafísico. Quer dizer que a concepção preventivo-geral de Feuerbach é alheia ao reino da moral, na medida em que o instrumentário penal só pode influenciar comportamentos externos (op. cit., p. 157). Cf. também MENDES, Causalidade complexa e prova penal, p. 162.

²⁰⁷ Cf. BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus p 68; ECKSTEIN, Ken. Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischen StGB 1813, p. 277. In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de Accessoriedad. Buenos Aires: BdeF, 2015, p. 100.

²⁰⁸ Cf. ECKSTEIN, Urheberschaft, p. 272.

²⁰⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 35.

limitação da responsabilidade do primeiro agente também abrangia as condutas dolosas²¹⁰; finalmente, essa restrição parece associada ao desvalor de resultado, uma vez que a possibilidade de punição a título de lesão corporal ainda era admitida²¹¹.

Dentre os diversos penalistas que participaram das discussões da época, destaca-se a contribuição de Stübel, cuja opinião era dissonante em relação à literatura jurídico-penal de seu tempo²¹². Este autor sustentava a necessidade de uma “rígida revisão”²¹³ das visões então predominantes sobre a causalidade, a qual deveria ser discutida a partir de princípios gerais e tendo em vista todos os tipos. De forma surpreendentemente atual, Stübel chegava a separar explicitamente a causalidade do juízo de imputação²¹⁴. Esta imputação consistiria em saber qual pessoa poderia ser considerada autora (*Urheber*) de uma determinada lesão jurídica²¹⁵. É de se notar que Stübel ainda foi um dos responsáveis pela caracterização do tipo enquanto categoria geral da teoria do delito, a partir da figura processual do *corpus delicti*²¹⁶.

Ao conceber a causalidade a partir de uma teoria geral, Stübel contribuiu pra ampliar a relevância e a complexidade dessa categoria. Assim, partia esse autor de uma distinção entre efeito (“*Wirkung*”) e resultado (“*Folge*”): o primeiro termo abrangia as consequências concomitantes à conduta, ao passo que o segundo designava tudo o que fosse posterior em relação a ela. O problema da causalidade é desatrelado da questão referente à letalidade do ferimento, passando a ser visto como um problema geral de tipicidade²¹⁷.

Estas mudanças teriam repercutido na compreensão dos casos envolvendo a proibição de regresso. Stübel criticava a visão dominante da época, a qual tendia a exonerar o primeiro agente (isto é, o causador mediato) nos casos em que se verificasse a presença de uma “causa intermediária”²¹⁸. Para o referido autor, nem toda situação envolvendo uma causação mediata isentaria o primeiro agente. A proibição de regresso, portanto, só valeria para as situações em que essa causa intermediária não tenha sido efetivada pela conduta inicial²¹⁹. É preciso ressaltar que o autor não situava apenas as ações humanas nesse âmbito, mas também

²¹⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 37.

²¹¹ DIEL, Das Regressverbot, p. 36.

²¹² DIEL, Das Regressverbot, pp. 45 e ss.

²¹³ DIEL, Das Regressverbot, p. 45.

²¹⁴ STÜBEL, Carl Cristoph. Ueber den Thatbestand der Verbrechen, p. 26.

²¹⁵ DIEL, Das Regressverbot, p. 45.

²¹⁶ Cf. PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, pp. 192 e ss.

²¹⁷ DIEL, Das Regressverbot, p. 46.

²¹⁸ DIEL, Das Regressverbot, p. 47.

²¹⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 48.

mencionava as circunstâncias envolvendo animais e eventos naturais, bem como as omissões de terceiros²²⁰.

Essa compreensão, bastante nuançada para a época de Stübel, também se refletia na discussão sobre os casos envolvendo erros médicos. Nestas hipóteses, entendia o penalista que a conduta do primeiro agente seria *a priori* impunível. No entanto, a conclusão era outra nos casos em que o lesado fosse deixado sob os cuidados de um curandeiro. Dessa maneira, o fundamento essencial da responsabilização do causador imediato residiria no grau de periculosidade da sua conduta, bem como em fatores como a existência de deveres de cuidado²²¹. Assim, a partir de critérios normativos, conclui-se que a conduta livre de um terceiro pode influenciar a punibilidade do primeiro agente, sem representar uma exoneração genérica nos termos da visão dominante de então²²². A doutrina de Stübel também tinha um aspecto político-criminal, na medida em que esse autor considerava demasiadamente restritivo o tratamento tradicional dos casos de proibição de regresso²²³.

A segunda etapa (1805-1830)²²⁴ representa um passo decisivo em direção a uma teoria geral da causalidade, embora a discussão ainda se encontrasse atrelada à estrutura específica do homicídio²²⁵. Nesse sentido, autores como Martin e Henke passam a descrever a causalidade como um “elemento necessário” do delito²²⁶. Esta insatisfação com as concepções da época refletia a já mencionada disputa entre médicos e juristas, na medida em que a competência dos primeiros na esfera criminal era vista como excessiva por estes últimos. A pretensão de reservar a *imputatione juris* ao Juiz resultou em uma série de tentativas no sentido de tratar a causalidade como um problema propriamente jurídico²²⁷.

Tais transformações impactaram o tratamento dogmático da proibição de regresso, na medida em que a presença de uma causa mediata passou a poder fundamentar a responsabilidade do primeiro agente²²⁸. Assim, condutas antes abrangidas por uma proibição genérica de regresso passaram a receber uma abordagem cada vez mais normatizada. A possibilidade de punição passou a depender de algumas variáveis, como a responsabilidade do

²²⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 48. Nesse sentido, Pawlik (op. cit., p. 183) enxerga em Stübel uma possível origem dos modernos deveres de asseguramento.

²²¹ DIEL, Das Regressverbot, p. 49.

²²² DIEL, Das Regressverbot, p. 50.

²²³ DIEL, Das Regressverbot, pp. 50-51; LING, Unterbrechung, pp. 163 e ss.

²²⁴ DIEL, Das Regressverbot, pp. 51-58.

²²⁵ DIEL, Das Regressverbot, p. 55.

²²⁶ DIEL, Das Regressverbot, p. 54.

²²⁷ DIEL, Das Regressverbot, p. 53.

²²⁸ DIEL, Das Regressverbot, p. 56.

interveniente²²⁹. Por fim, as discussões relativas à causalidade passaram a abranger outros tipos penais, como as lesões corporais, e as crescentes possibilidades de valoração jurídica ampliaram as possibilidades de responsabilização por atos de terceiros²³⁰.

A etapa seguinte (1830-1860)²³¹ é caracterizada pela consolidação da causalidade como categoria especificamente penal. Em tal contexto, Mittermaier já fazia menção a princípios gerais de causalidade²³². Ao criticar a falta de clareza de seus contemporâneos, ele apontava os riscos de uma ampliação exagerada da punibilidade, a qual conduziria a resultados injustos²³³. Por sua vez, Berner a enxergava como um pressuposto de todos os tipos²³⁴, fundamentando a autoria no nexos entre o acontecido e o intencionado²³⁵. Dessa maneira, o problema da causa intermediária era visto à luz do que esse autor chamava de “mediação entre a vontade e o resultado lesivo”²³⁶. Esse “processo de mediação” seria interrompido quando uma causa externa, levada a cabo por um terceiro, se verificasse. Em síntese, Berner enxergava a previsibilidade como um resultado dos princípios gerais de punibilidade.

É de se destacar, ainda, a visão de alguns autores hegelianos da época, como Luden e Köstlin. O primeiro partia de uma distinção entre o nexos naturalístico e o jurídico, fundamentando a causalidade na possibilidade de se considerar a lesão como “produzida” pelo autor²³⁷. Em sentido semelhante, Köstlin fundamentava a imputação a partir do seu chamado “princípio da liberdade”. Em linhas gerais, argumentava-se que essa liberdade não poderia ser excluída a partir de explicações causais²³⁸. Dessa maneira, a imputação dependeria de um vínculo entre a ação livremente determinada e o resultado lesivo, compreendido como

²²⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 57. Assim, por exemplo, abandonar a vítima em situação de perigo poderia fundamentar a responsabilidade do primeiro agente.

²³⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 62.

²³¹ DIEL, Das Regressverbot, pp. 63-77.

²³² DIEL, Das Regressverbot, p. 63.

²³³ DIEL, Das Regressverbot, p. 65.

²³⁴ DIEL, Das Regressverbot, p. 64.

²³⁵ DIEL, Das Regressverbot, p. 67.

²³⁶ DIEL, Das Regressverbot, p. 73. Importa notar que essa mediação entre vontade e resultado seria conduzida pelo conceito de ação. Cf. MENDES, Causalidade complexa e prova penal, pp. 164 e ss.

²³⁷ Cf. DIEL, op. cit., p. 65; LING, Unterbrechung, p. 185. Como se vê, trata-se de um conceito de causalidade especificamente jurídico (cf. DIEL, op. cit., p. 70). Do ponto de vista jurídico, a causalidade se verificaria quando o resultado pudesse ser atribuído, de forma imediata, à atividade humana. Cf. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Heinrich Luden, p. 154. In KUBICIEL, Michael; PAWLIK Michael; SEELMANN, Kurt (orgs.). Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer von 19. bis zum 21. Jahrhundert. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

²³⁸ DIEL, Das Regressverbot, p. 66; LING, Unterbrechung, p. 181.

um produto dessa atividade volitiva²³⁹. A violação de um “círculo de deveres” do agente fundamentaria essa contribuição causal²⁴⁰.

Por fim, um aspecto importante relativo a esse período reside no surgimento da ideia de uma “interrupção da causalidade” a partir dessas concepções normatizadas de ação e causalidade – estas tributárias do idealismo alemão²⁴¹, em especial na obra de Luden²⁴². De certa maneira, isso reforça o argumento de que as críticas dirigidas ao uso dessa expressão por Frank não podem se pautar num conceito naturalístico de causalidade.

É de se mencionar, ainda, um período posterior (1860-1930), ocasião em que a causalidade foi definitivamente desvinculada do tipo de homicídio, passando assim a ser tratada como um problema central da parte geral²⁴³. Assim, o conceito naturalístico de causa passa a ter cada vez mais relevância, o que tende a influenciar as discussões envolvendo a proibição de regresso. Isso fica mais claro nos trabalhos tardios de von Buri, cujo tratamento da causalidade passa a seguir uma lógica cada vez mais abstrata²⁴⁴. Esta categoria passa a ser compreendida como um elemento puramente objetivo, isto é, um fenômeno apreensível nos termos das ciências naturais e livre de valorações jurídicas²⁴⁵.

Ao contrário de autores como Köstlin e Berner, von Buri concebe a causalidade como algo independente do conceito de ação. É nesse contexto que a equivalência dos antecedentes passa a se afirmar, o que resulta numa equiparação quase total entre causalidade e responsabilidade penal²⁴⁶. A partir dessa ampliação da punibilidade, a ideia de uma proibição de regresso, antes compreendida em termos genéricos, dá lugar ao emprego de critérios subjetivos para a aferição da responsabilidade do primeiro agente²⁴⁷. Dessa forma, o que representava uma isenção quase geral passa a depender da avaliação do julgador, nos termos de cada caso concreto.

²³⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 67.

²⁴⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 66.

²⁴¹ DIEL, Das Regressverbot, p. 68; como se sabe, o termo acabou influenciando as discussões posteriores sobre a causalidade: “lo que pretendían en realidad las teorías más avanzadas de la interrupción del NEXO causal (v. Bar) y algunas de sus variantes (BINDING, BIRKMEYER, NAGLER, ORTMANN) no era negar la relación de causalidad en sentido mecánico, naturalístico o positivista (v. BURI, v. LISZT) sino como "causalidad libre e imputable a una persona" o como 'causalidad en sentido antropocéntrico' relacionada con la visión filosófica que del ser humano tenía el idealismo alemán (KANT, FICHTE, HEGEL)” (FEIJÓO SANCHEZ, límites..., s.n.p.).

²⁴² Cf. BLOY, Die beteiligungsform als Zurechnungstypen, p. 127.

²⁴³ DIEL, Das Regressverbot, p. 91.

²⁴⁴ DIEL, Das Regressverbot, p. 92.

²⁴⁵ DIEL, Das Regressverbot, p. 93.

²⁴⁶ DIEL, Das Regressverbot, pp. 93-94.

²⁴⁷ DIEL, Das Regressverbot, p. 94.

Assim, e visando a evitar o problema do *regressus ad infinitum*²⁴⁸, von Buri recorre a elementos subjetivos, como a previsibilidade do resultado²⁴⁹, e o critério decisivo para a responsabilização pela causalidade recai em saber se o evento seria previsível num sentido “racional”, isto é, de acordo com as “regras da vida”²⁵⁰. Este critério, contudo, não foi bem fundamentado ou concretizado pelo referido autor²⁵¹, e a sua capacidade de rendimento é, no mínimo, incerta²⁵². Como se vê, a suposta aptidão simplificadora atribuída à teoria da equivalência dos antecedentes tampouco parece justificada.

De todo modo, é importante assinalar que a concepção de von Buri não se viu livre de críticas. Em grande parte, isso deve menos a uma objeção do conceito naturalístico de causa do que a uma preocupação prática com as tendências expansivas da teoria da equivalência²⁵³, mas é preciso ressaltar a importância das teorias individualizadoras da causalidade, as quais procuravam distinguir as causas fundadoras de responsabilidades em relação às meras condições²⁵⁴. As discussões da época, portanto, são marcadas por uma ampliação da responsabilidade direcionada ao primeiro agente, enquanto o tratamento dos casos agrupados sob a proibição de regresso encontrará contornos distintos dentro de cada concepção de causalidade. De qualquer maneira, a ideia de uma interrupção causal ainda se encontrava presente²⁵⁵.

Diante da consolidação da categoria da causalidade e das suas tendências expansivas, diversas correntes teóricas recorreram a variados critérios para restringir eventuais excessos relativos à punibilidade do causador mediato. É nesse sentido que von Bar, um conhecido defensor das teorias generalizadoras, negava a causalidade nos casos envolvendo a ação descuidada de terceiros, sob o fundamento de uma “compensação de culpas”²⁵⁶. Todavia, é de se ressaltar que o pensamento do referido autor passou por relevantes modificações, o qual passou a admitir a responsabilização do primeiro agente nos casos de “maior negligência”,

²⁴⁸ DIEL, Das Regressverbot, p. 100.

²⁴⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 95.

²⁵⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 100.

²⁵¹ DIEL, Das Regressverbot, p. 94.

²⁵² DIEL, Das Regressverbot, p. 101.

²⁵³ DIEL, Das Regressverbot, p. 98.

²⁵⁴ Cf. DIEL, Das Regressverbot, p. 99; KÖHLER, Michael, Strafrecht AT. Berlin: Springer, 1997, pp. 140 e ss. Dentre os defensores de uma concepção individualizadora da causalidade, destaca-se Volker Haas, que pretende defini-la normativamente, a partir do alcance dos direitos subjetivos. Dessa forma, a causa seria entendida como um “desdobramento” que estabeleça o direito de exclusão de seu respectivo detentor (RENZIKOWSKI, op. cit., p. 93). Cf. por todos HAAS, Volker. Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, pp. 171 e ss.

²⁵⁵ DIEL, Das Regressverbot, p. 105.

²⁵⁶ DIEL, Das Regressverbot, p. 106.

isto é, quando a intervenção posterior pudesse ocorrer com facilidade nas circunstâncias do caso concreto²⁵⁷. Uma interrupção geral do vínculo causal só ocorreria nos casos envolvendo intervenções dolosas.

É interessante notar a tendência de soluções diferenciadas, contrastando com uma proibição genérica de regresso, mesmo entre as teorias individualizadoras. Ortmann, por exemplo, negava a interrupção do curso causal nos casos em que o autor principal se encontrasse em estado de erro ou coação²⁵⁸. Por outro lado, alguns representantes desse grupo de teorias também falavam numa compensação de culpas, excluindo a responsabilidade do primeiro agente as hipóteses de delitos dolosos de terceiros²⁵⁹. Aqui se verifica uma das primeiras tentativas – ao lado da argumentação de von Bar – de resolver o problema a partir de critérios subjetivos, tendência que viria a se tornar um lugar comum teórico a partir da conhecida formulação de Frank.

Finalmente, na virada para o século XX a interrupção causal passa a ser negada em princípio, inclusive nas hipóteses de atuação posterior dolosa²⁶⁰. Essa tendência é evidente nas teorias da adequação, as quais rejeitavam expressamente um tratamento genérico dos casos antes tratados sob a figura da proibição de regresso²⁶¹. A partir do momento em que a causalidade passa a ser analisada em termos probabilísticos, a questão referente à responsabilização por atos dolosos de terceiros passa a ser trabalhada a partir do respectivo caso concreto, sem que se conceda espaço a uma proibição geral de regresso²⁶². Esse juízo de adequação torna possível até mesmo a responsabilização pela negligência de terceiros, desde que a conduta em questão seja tida como “previsível”²⁶³.

Embora a teoria da equivalência dos antecedentes seja antiga, há uma série de questões atuais cuja compreensão pode ser auxiliada a partir da análise das discussões de outrora. Em primeiro lugar, como resta claro após o breve panorama aqui exposto, é de se perceber que a contrariedade às premissas da antiga proibição de regresso não constitui uma ideia autoevidente, mas algo que se consolidou a partir de uma longa discussão doutrinária.

O segundo ponto diz respeito à continuidade dessa figura, que representa uma das questões centrais a serem desenvolvidas nesse trabalho. Por fim, outro aspecto a ser explorado

²⁵⁷ DIEL, Das Regressverbot, p. 108.

²⁵⁸ DIEL, Das Regressverbot, p. 105.

²⁵⁹ DIEL, Das Regressverbot, p. 107.

²⁶⁰ DIEL, Das Regressverbot, p. 108.

²⁶¹ DIEL, Das Regressverbot, pp. 109-110.

²⁶² DIEL, Das Regressverbot, p. 110.

²⁶³ DIEL, Das Regressverbot, p. 107.

diz respeito ao influxo de concepções tributárias a um conceito naturalístico de delito. Em outras palavras, até que ponto é possível afirmar que as teorias contemporâneas *efetivamente* abandonaram esse modelo? Como negar a existência de uma relação de continuidade com as premissas e implicações das teorias generalizadoras da causalidade quando se afirma que “o nexu causal [...] é uma condição necessária, mas não suficiente, para a imputação do tipo objetivo”?²⁶⁴ Até que ponto tudo isso influencia os diferentes entendimentos em torno da problemática das ações neutras?

Essas e outras questões serão trabalhadas ao longo da pesquisa. De qualquer maneira, é possível formular uma conclusão intermediária no sentido de que a doutrina da proibição de regresso e suas releituras são relevantes e atuais. As premissas de cada corrente teórica serão analisadas e discutidas no capítulo 04, notoriamente após a exposição das principais propostas voltadas ao tratamento da relevância das ações neutras. Antes disso, tentar-se-á explicitar os casos de maior interesse prático dessa problemática, relacionando-a com as possibilidades representadas pela proibição de regresso e explicitando o pano de fundo político-criminal que lhe é subjacente. Ao final do presente capítulo, buscar-se-á delimitar a nossa discussão em relação à dogmática específica do concurso de pessoas.

2.2. CASOS LIMÍTROFES E PANO DE FUNDO POLÍTICO-CRIMINAL: EXPANSÃO DO DIREITO PENAL, DIREITO PENAL DO RISCO E DIREITO PENAL ECONÔMICO.

A discussão referente à relevância e a atualidade da proibição de regresso em face da problemática das condutas neutras deve ser contextualizada à luz da realidade político-criminal, cuja compreensão se faz absolutamente necessária para esclarecer os possíveis impactos dessa realidade no alcance e na compreensão do problema aqui tratado. Em outras palavras, cumpre explicitar as relações entre as tendências político-criminais contemporâneas e o tratamento dogmático das intervenções por condutas neutras, especialmente em face do fenômeno da Expansão do Direito Penal, diagnosticado por Silva Sánchez, bem como diante das peculiaridades do Direito Penal econômico.

Em primeiro lugar, faz-se necessário destacar o que caracteriza essa expansão. Resumidamente, tal fenômeno consiste no surgimento de uma série de demandas de

²⁶⁴ ROXIN, Strafrecht I, pp. 353 e ss.

criminalização diante do surgimento de novos riscos, da percepção subjetiva destes e da institucionalização da insegurança no seio de uma sociedade cada vez mais interdependente²⁶⁵. Essas circunstâncias impulsionam não só mudanças legislativas típicas de um Direito Penal voltado à neutralização de perigos presentes e futuros (seja mediante a criação de crimes de perigo abstrato²⁶⁶, a punição de atos preparatórios²⁶⁷ ou a proteção dos chamados bens jurídicos universais²⁶⁸), mas também uma flexibilização de princípios e categorias dogmáticas²⁶⁹. É importante notar que esses impactos não se limitam à esfera legislativa, afetando também os pressupostos de imputação jurídico-penal.

Nesse sentido, é de se apontar a constatação de Prittwitz:

Em situações conflituosas, contudo, resta claro o que acaba cedendo: onde a imputação individual não é possível, mas desejável, ela é declarada como supérflua pelo legislador, fingida pela Jurisprudência ou facilitada por partes da doutrina²⁷⁰ (tradução livre).

As interações entre a política criminal e o que se conhece por “sociedade de risco” possibilitam as mais variadas leituras, a começar pela definição deste termo²⁷¹. Seja como for, é possível apontar alguns pontos de consenso nesse esforço de caracterização, como a presença de um modo específico de se lidar com uma percepção – real ou irreal – de insegurança²⁷². Os efeitos desse protagonismo do risco no Direito Penal são pouco claros²⁷³. Neste sentido, fala-se numa *crise de legitimidade e efetividade*, a qual decorreria tanto dessas

²⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A Expansão do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 33 e ss.

²⁶⁶ Cf. SILVA SÁNCHEZ, A Expansão do Direito Penal, p. 63: a proliferação dos crimes de perigo representaria uma “irrefreável tendência”.

²⁶⁷ Essa nova orientação preventiva não só protege outros bens jurídicos, mas também o faz com maior intensidade, num estado prévio à lesão propriamente dita. Cf. PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, p. 245. Cf. ainda JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 97, pp. 751-785.

²⁶⁸ PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, pp. 152 e ss.

²⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, A Expansão do Direito Penal, p. 51.

²⁷⁰ PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 248. Próximo, Silva Sánchez (A Expansão do Direito Penal, p. 59) afirma que a “expansão da imputação de responsabilidade” constitui uma “característica cultural da sociedade contemporânea”.

²⁷¹ Como assinala Prittwitz (Strafrecht und Risiko, p. 49), a própria ideia de “sociedade de risco” não traduz um termo unívoco. Beck, por exemplo, tem em mente uma sociedade que vê as suas condições de existência ameaçadas por perigos quantitativa e qualitativamente distintos, enquanto outros autores designam o termo a partir de um “modo específico de manejar a insegurança” ou como um agrupamento social caracterizado por uma crescente sensação subjetiva de insegurança. Assim, por exemplo, Silva Sánchez (Strafrecht und Risiko, p. 35) adota como referência o conceito de Beck.

²⁷² PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, p. 77.

²⁷³ PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, p. 32. Nesse sentido, a compreensão da influência do discurso do risco no Direito Penal deve considerar a existência de “modelos concorrentes” de sociedades de risco (PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, p. 79).

medidas criminalizantes como das novas – e discutíveis – estruturas de imputação²⁷⁴. Assim, o Direito Penal passa a ser empregado como amplo instrumento de coordenação ou controle (*Steuerungsmittel*).

Evidentemente, essa ampliação do rol de tarefas²⁷⁵ atribuídas ao Direito Penal não ficará livre de consequências. Por um lado, a mencionada crise de efetividade revela uma relação de tensão entre discurso do risco e sistema penal²⁷⁶. Nesse sentido – e aqui se percebe uma intersecção com o aspecto normativo da proibição de regresso – o Direito Penal do risco tende a ser refratário em relação à ideia de responsabilidade pessoal, na medida em que se trata de Direito despersonalizado e voltado a grupos e categorias percebidos como fontes de perigo²⁷⁷. Este afã preventivo resulta numa reconfiguração das relações entre liberdade e segurança²⁷⁸, circunstância rotulada por diversos termos conceitualmente próximos na literatura jurídico-penal, como o Estado de prevenção (*Präventionsstaat*) ou securitário (*Sicherheitsstaat*)²⁷⁹.

Muito embora não se trate de sinônimos, é possível vislumbrar um elemento comum entre estes conceitos, consistente numa “interpretação manipulativa”, e irruptiva, do conceito de Estado de Direito²⁸⁰, a qual o invoca – a despeito de pouco se compatibilizar com ele. Nesse sentido, fala-se numa “gendarmização da sociedade”²⁸¹, na medida em que “o Direito Penal do perigo é um perigo para o próprio Direito Penal”²⁸². De uma forma ou de outra, essas tendências também se manifestam no Direito Penal econômico, o qual se enquadra numa lógica de “contenção de riscos ao sistema”²⁸³.

²⁷⁴ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 44 e ss.

²⁷⁵ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 114. Próximo, Silva Sánchez afirma que “tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao direito penal um fardo que ele não pode carregar” (*A Expansão do Direito Penal*, p. 79).

²⁷⁶ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 160.

²⁷⁷ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 131.

²⁷⁸ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 135.

²⁷⁹ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 135 e ss. Para uma discussão específica sobre esses conceitos, cf. DENNINGER, Erhard. *Der Prävention-Staat*. *Kritische Justiz*, Vol. 21, No. 1 (1988), pp. 1-15; HAFFKE, Bernhard. *Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?* *Kritische Justiz*, Vol. 38, No. 1 (2005), pp. 17-35. Vale mencionar a visão de Naucke, que não considera o direito penal securitário como um problema efetivamente novo. Tal fenômeno remeteria a uma “robusta tradição”, a qual já estaria presente no pensamento de Hobbes. Cf. *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts*. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 93, No. 2 (2010), pp. 129-136.

²⁸⁰ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 149.

²⁸¹ BREYMANN, Klaus. *Prävention als Risiko*. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 39. Jahrg., H. 7 (23. Oktober 2006), p. 216.

²⁸² PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 159.

²⁸³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 69.

Nesse sentido, é difícil apontar um ramo do Direito Penal que tenha recebido tanta atenção dos penalistas²⁸⁴. A despeito de todos os esforços, os impactos da criminalidade econômica continuam sendo uma fonte de incertezas, as quais afetam tanto a política criminal como a teoria do delito²⁸⁵. Se a proteção penal da ordem econômica tende a representar uma reação²⁸⁶ a períodos de crise, assumindo as peculiaridades de um Direito Penal do risco²⁸⁷, é previsível que as categorias tradicionais dogmáticas sejam colocadas em cheque. Assim, há quem chegue a conceber o Direito Penal Econômico como um ramo específico (“*Sonderstrafrecht*”) e distinto em relação ao chamado Direito Penal “convencional” (“*hergebrachtes Strafrecht*”), o que resultaria em princípios específicos de imputação para os delitos econômicos²⁸⁸.

A alardeada afirmação²⁸⁹ de que a ciência penal não acompanhou os passos do Direito Penal Econômico não pode ser escrutinada a fundo no presente espaço, mas torna oportuna a abordagem da temática aqui exposta. Em outras palavras, a relação entre os desenvolvimentos mais significativos em torno da controvérsia acerca da punibilidade das chamadas “ações neutras” e as especificidades dos delitos econômicos representa uma questão em aberto, um campo a ser explorado²⁹⁰.

Nessa linha, também merece menção o conceito de risco juridicamente permitido, seja pela sua relação com o desenvolvimento econômico e as transformações político-criminais dele derivadas, seja em função da sua importância dogmática nas mais diversas tentativas de tratar do problema das condutas neutras. Se o século XIX era marcado pelos chamados “riscos incondicionados”, vislumbrados por von Bar (1871) no âmbito da atividade industrial,

²⁸⁴ KUBICIEL, Michael. Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 129(2), pp. 473-491.

²⁸⁵ Assim, destaca PRITTWITZ (ZIS 5/2012, pp. 218 e ss.) que a intervenção cada vez mais frequente e intensa em matéria de penal econômica desconsidera postulados básicos de um Direito Penal de garantias, num contexto em que qualquer postura favorável a princípios como o da *ultima ratio* tende a ser acusada de interesses escusos.

²⁸⁶ Cf. KUBICIEL, Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, p. 474.

²⁸⁷ Nas palavras de PRITTWITZ (Strafrecht und Risiko, p. 219), trata-se de um Direito Penal de orientação preventiva (e marcadamente antecipatória).

²⁸⁸ Assim, PRITTWITZ (Strafrecht und Risiko, p. 220) afirma, em tom crítico, que o Direito Penal Econômico se afastou dos pressupostos, consequências jurídicas e procedimentos do Direito Penal convencional, por se tratar de um ramo pensado e desenvolvido contra uma classe de inimigos, enquanto KUBICIEL (Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, p. 476) destaca que as regras de imputação desenvolvidas a partir dos delitos clássicos de resultado dificilmente se adequam aos crimes econômicos.

²⁸⁹ KUBICIEL, Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, p. 478.

²⁹⁰ Exemplo notório dessa relação é o caso das decisões condenatórias do BGH no caso *Dresdner Bank*, no qual funcionários bancários foram acusados de cumplicidade pela prática de delitos fiscais. Cf. FONSECA DE AGUILAR, Francisco Manuel. Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade, p. 44.

Binding sustentava que o caráter permitido (*statthaft*) do risco dependeria do Direito Positivo²⁹¹.

Atualmente, fala-se num rígido sistema de regras impostas à atividade econômica, bem como numa juridicização da adequação social, a qual se encontra cada vez mais controlada por regras administrativas, setoriais e de *compliance*. Como se verá, muitas propostas dogmáticas voltadas à restrição da punibilidade de ações neutras recorrem, direta ou indiretamente, a esses institutos. De antemão, é possível afirmar que a capacidade de rendimento dessas construções no âmbito dos delitos econômicos é reduzida, na medida em que as os limites do risco permitido e do socialmente adequado encontram-se cada vez mais restritas, seja por força da acessoriedade administrativa ou em decorrência de regras de *compliance*. É de se notar que a expansão do Direito Penal também se caracteriza por uma progressiva restrição das esferas de risco permitido²⁹².

As limitações das categorias tradicionais de imputação ficam mais evidentes no âmbito empresarial, haja vista a pluralidade de agentes que lhe é inerente, bem como os princípios operativos da hierarquia e da divisão de trabalho²⁹³. Por um lado, verifica-se uma dissociação entre execução e responsabilidade, na medida em que os níveis hierarquicamente inferiores não dispõem de qualquer autonomia decisória (divisão vertical); por outro, órgãos do mesmo nível são dotados de especialização funcional (divisão horizontal). A situação é ainda mais tormentosa nas hipóteses de delegação. Em suma, os modelos clássicos, baseados num “agente individual, autorresponsável, que executa diretamente o fato proibido, estando na posse das informações sobre os elementos da figura típica”²⁹⁴, também enfrentam dificuldades no que tange à atribuição de responsabilidades no âmbito da empresa.

Dessa maneira, não é de se surpreender que a problemática das ações neutras passe a ter ainda mais relevância no campo dos delitos econômicos, assim como no contexto laboral. Para fins elucidativos, portanto, serão expostos alguns casos-limite relativos ao tema. Com isso, espera-se demonstrar a proximidade entre a doutrina da proibição de regresso e a discussão referente à punibilidade dessas condutas, bem como os contornos práticos do assunto aqui tratado.

²⁹¹ Para um panorama da evolução do conceito de risco permitido, ver HOYER, Andreas. Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, pp. 864 e ss. Para uma análise à luz do Direito Penal Econômico, cf. SILVA SANCHEZ, Derecho Penal de la Empresa, pp. 16 e ss.

²⁹² SILVA SÁNCHEZ, A Expansão do Direito Penal, p. 56.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Fundamentos de derecho penal de la Empresa. Buenos Aires: BdeF, 2016, pp. 7 e ss. No mesmo sentido, cf. ROBLES PLANAS, La participación, pp. 24-31.

²⁹⁴ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresa por Omissão, p. 37.

Um grupo de casos relevante seria o referente às práticas envolvendo operações bancárias e financeiras, cujos riscos abrangem um grande contingente de pessoas – como funcionários, clientes e até advogados. Assim, é sintomático que a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha (BGH) a mencionar o conceito de condutas neutras envolva o resgate de cheques e a ocultação de receitas para efeitos de sonegação fiscal (3 StR 515/84). O Tribunal fundamentou a manutenção da condenação do réu, que realizava as operações em nome do seu filho, afirmando que o auxílio à prática de uma infração penal “pode ser prestado das mais diversas formas”, inclusive “através de ações externamente neutras”²⁹⁵. Posteriormente, a mesma Corte confirmou a decisão absolutória envolvendo uma acusação de cumplicidade na prática de crimes fiscais (5 StR 75/92). Na ocasião, afirmou-se que a conduta do réu, consistente no pagamento da reforma de um imóvel (cujo receptor não declarou em seu imposto de renda) seria “desprovida de sentido delitivo”, na medida em que a conclusão de um contrato, por si só, não constituiria cumplicidade punível²⁹⁶. É de se mencionar também o famoso caso do banco de Dresden, cujos profissionais foram punidos pelo auxílio, prestado num contexto tipicamente laboral, à transferência anônima de capital não declarado para o exterior²⁹⁷.

Observando-se a fundamentação dessas decisões, fica evidente a dificuldade de se estabelecer critérios dogmáticos claros, muito embora a jurisprudência do mencionado tenha se alterado e passado a acolher a tese de Roxin²⁹⁸, a qual será discutida com mais ênfase no próximo capítulo. Nele também se analisará de forma mais detida o critério da chamada “adequação profissional”, uma vez que essa concepção ganhou repercussão justamente no supracitado caso dos profissionais bancários.

Outro crime de grande interesse para a discussão das teorias voltadas ao tratamento das condutas neutras é o de lavagem de capitais, já que a sua prática requer, na maioria das vezes, a participação de mais de um agente na prática dos atos de branqueamento²⁹⁹, especialmente nos casos envolvendo a atuação de profissionais como notários e advogados³⁰⁰. No caso dos primeiros, por exemplo, questiona-se se o ato notarial de conferir fé pública à transferência de um imóvel por valor acima do efetivamente praticado configuraria lavagem

²⁹⁵ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 297.

²⁹⁶ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 304.

²⁹⁷ Cf. FONSECA DE AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*, pp. 44 e ss.; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 305.

²⁹⁸ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 306 e ss.

²⁹⁹ Cf. LIMA, Vinícius de Melo. *Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 91.

³⁰⁰ Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*. ADPCP, Vol. L, 1997, p. 268.

de dinheiro³⁰¹. Trata-se de uma conduta penalmente neutra? Teria o notário alguma obrigação de prevenir a lavagem de capitais, atuando como autêntico *gatekeeper*?³⁰²

Dificuldades de ordem similar surgem nos casos envolvendo a prestação de serviços advocatícios: imagine-se a hipótese de um profissional que presta consultoria para a constituição de uma empresa *offshore*, a qual é posteriormente empregada para a prática de atos de lavagem de dinheiro, ou então o recebimento de honorários de provável origem ilícita³⁰³. Aqui, tal como na maioria dos casos envolvendo o tema das condutas neutras, não há um consenso claro. Assim, as posições variam entre uma série de argumentos, que vai desde a absolvição baseada em critérios como o princípio da confiança³⁰⁴ ou a adequação social³⁰⁵ até a possibilidade de uma condenação baseada na proteção de bens jurídicos³⁰⁶ ou no *múnus público* da atividade³⁰⁷.

Notoriamente, há casos que ultrapassam o âmbito da criminalidade econômica propriamente dita, como no caso da venda de bens ou a prestação de serviços. Nesse contexto figuram situações como a do taxista que transporta um agente até o local do crime (2 StR, 589)³⁰⁸ ou a venda de itens lícitos a casas de prostituição (RGsT 39, 44 [48])³⁰⁹. A temática das ações neutras abrange ainda acusações mais graves, como a participação em atos de terrorismo (caso Mzoudi)³¹⁰.

A exposição sumária desses casos-limite visa a esclarecer dois pontos. Em primeiro lugar, o problema das ações neutras não se restringe ao Direito Penal econômico, embora este ramo explicitamente as dificuldades que lhe são próprias. Além disso, os casos em tela coincidem em grande parte com os pontos da discussão sobre a proibição de regresso, o que reforça a atualidade e a relevância dessa figura dogmática.

³⁰¹ LIMA, Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras, p. 129.

³⁰² Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Zur Beteiligung von Notaren am Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten. In: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich und Rechtssache – Festschrift für Klaus Tiedemann, pp. 237 e ss.

³⁰³ Cf. LIMA, Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras, pp. 129 e ss. Embora o exemplo da lavagem de capitais seja mais marcante, a discussão sobre os limites da responsabilidade penal de advogados não se limita a ele, abrangendo também casos mais triviais, como os de falso testemunho (RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 292). Num caso de 1957, o BGH decidiu que o advogado não tem qualquer obrigação de evitar a infração de seu cliente (5 StR 360/56).

³⁰⁴ LIMA, Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras, p. 130.

³⁰⁵ LIMA, Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras, p. 135.

³⁰⁶ LIMA, Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras, p. 137.

³⁰⁷ LIMA, Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras, p. 134.

³⁰⁸ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 300; similar, CARO JOHN, op. cit., p. 337.

³⁰⁹ RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 19.

³¹⁰ FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos *neutros* na cumplicidade, pp. 47 e ss.; RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p.329.

2.3. DELIMITAÇÃO EM RELAÇÃO À DOGMÁTICA DO CONCURSO DE PESSOAS

A alocação da problemática das condutas neutras ao marco teórico do concurso de pessoas representa algo recorrente. De certa forma, isso também se verifica no caso específico da proibição de regresso, uma vez que essa doutrina apresentou um desenvolvimento paralelo em relação à sua evolução no âmbito da causalidade e da imputação³¹¹. É nesse contexto que se verifica a associação do termo com a impunibilidade da participação culposa, premissa outrora tida como autoevidente³¹². Diante dessas circunstâncias, a delimitação da presente pesquisa pressupõe uma tomada de posição a respeito da relação de dependência entre essas questões. Em outras palavras, é preciso definir até que ponto a adesão a um sistema específico de participação pode ser considerada determinante para a defesa ou o desenvolvimento de uma proposta dogmática voltada ao tratamento das condutas neutras.

A pretensão de desvincular a temática das ações neutras da dogmática do concurso de pessoas pode soar despropositada. De fato, a maior parte dos trabalhos dedicados a essa discussão se ocupa de aspectos específicos sobre o princípio da acessoriedade, os limites da cumplicidade ou os fundamentos da punição do partícipe. No entanto, nada indica que essa abordagem seja necessária, e a falta de uma resposta dogmaticamente satisfatória sobre o tema tampouco permite qualquer conclusão nesse sentido. É a partir dessas considerações que se fundamenta uma das premissas fundamentais do presente trabalho, a qual pode ser resumida nos seguintes termos: a responsabilização por condutas neutras representa uma questão de intervenção delitiva, isto é, de um aspecto prévio à distinção – dogmática ou legal – entre autores e partícipes.

Alguns esclarecimentos podem ser necessários. Quando se fala em intervenção ou participação em sentido amplo (*Beteiligung*), é comum tratar desse tema como um sucedâneo dos pressupostos da responsabilidade a título de autoria³¹³. Tal afirmação pode parecer autoevidente, sobretudo para quem se alinha à reconhecida definição de Roxin e conceber o autor como a “figura central” do evento típico³¹⁴. Nos termos dessa perspectiva, os limites mínimos da intervenção delitiva (i.e. a infração da norma típica) e a definição da autoria representariam

³¹¹ DIEL, Das Regressverbot, pp. 84 e ss..

³¹² DIEL, Das Regressverbot, p. 84.

³¹³ Cf. WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991, p.224.

³¹⁴ Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: Walter De Gruyter, 2000, p. 25.

temas indissociáveis, e a delimitação de um comportamento penalmente neutro diria respeito aos fundamentos e limites da participação, compreendida como um conceito “secundário”³¹⁵.

Nesse contexto, a construção de um caminho alternativo é tentadora, sobretudo diante da legislação brasileira. Sabidamente, o Código Penal não estabelece uma distinção qualitativa entre autores e partícipes, limitando-se a atribuir a questão à dosimetria da pena. No marco desse sistema unitário, optou o legislador por um conceito extensivo de autor. As críticas essas definições são conhecidas: por um lado, tanto o sistema unitário³¹⁶ como o conceito extensivo são tributários – em regra – da teoria da equivalência dos antecedentes.

Se levado às últimas consequências, esse modelo resulta num conceito causal de injusto. Essa prevalência do desvalor de resultado praticamente inviabiliza a distinção do desvalor de conduta de cada interveniente, na medida em que toda contribuição para o evento típico passa ser tratada como equivalente³¹⁷. Sob essa lógica, a própria concepção de um comportamento neutro e alheio ao direito penal perderia a sua razão de ser. Nada obstante, o sistema unitário impossibilita a delimitação de esferas de responsabilidade³¹⁸.

Esse último aspecto é especialmente importante para a fundamentação dos limites da intervenção como algo prévio à definição das formas de participação. Nesse sentido, pode-se afirmar que o tratamento dessa delimitação entre esferas ou âmbitos de responsabilidade ainda se encontra num estágio incipiente³¹⁹. No entanto, essa questão fundamental vem despertando a atenção de setores relevantes da literatura jurídico-penal. Assim, por exemplo, Volker Haas atribui ao modelo de norma penal baseado na lesão (causal) de um bem jurídico o equívoco de aglutinar, no mesmo nível normativo, a esfera de liberdade do seu destinatário e a

³¹⁵ Cf. ROXIN, Täterschaft, p. 268.

³¹⁶ O que aqui se denomina de “sistema unitário” diz respeito ao modelo causal de autoria unitária ou monista, vigente em legislações penais como a brasileira e a italiana. Não ignoramos a sua versão funcional, adotada em países como a Áustria. Cf., por todos, CAMARGO, Beatriz Corrêa. A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 96 e ss.

³¹⁷ Cf. PEÑARADA RAMOS, Enrique. La Participación en el delito y el principio de accessoriedad. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 264 e ss.

³¹⁸ Cf. PEÑARADA RAMOS, La Participación en el delito, p. 288. Vale citar o entendimento de Bloy, que sustenta ser possível a concepção de diferentes desvalores de conduta no marco de um sistema unitário, tal como ocorre no tratamento dos crimes culposos. Cf. BLOY, René. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypen im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1984, p. 159. Nesse sentido, é possível concluir que a ausência de uma distinção qualitativa dentre as diversas formas de participação nos crimes culposos não conduz necessariamente a um conceito causal de injusto. Cf. HAMDORF, Kai. Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002, pp. 40 e ss.

³¹⁹ KÜHL, Kristian. Strafrecht. München: Vahlen, 2008, p. 55.

fundamentação do seu objeto de tutela³²⁰. De forma similar, Pawlik busca legitimar o direito penal a partir de um estado de liberdades que compreenda os espaços de ação de todos os destinatários da norma³²¹. No dizer de outros autores, essa perspectiva do destinatário seria decisiva para aferição referente à infração³²².

Assim, a intervenção (ou participação em sentido amplo) “representa uma categoria de imputação *a partir da qual* as diferentes formas de participação podem ser concebidas (...)”³²³. A pergunta fundamental não diz respeito à distinção entre autores e partícipes, mas a quem a realização do tipo deve imputada³²⁴. De se mencionar ainda o argumento de Robles Planas, que considera a intervenção delitiva como uma questão independente e prévia à disciplina legal do concurso de pessoas. Para este autor, a opção legislativa não vincula a decisão dogmática, pois o limite mínimo da intervenção diz respeito à relação entre fato e norma³²⁵.

Com isso é possível concluir que essa distinção entre essas duas temáticas é conceitual e analiticamente possível³²⁶. Até mesmo autores que sustentam uma “diferença tipológica”³²⁷ entre as formas de intervenção, como Bloy, admitem que a relação pessoal do agente interventor com o fato imputado constitui o “mínimo denominador comum” entre autores, partícipes e instigadores³²⁸. A punibilidade de uma conduta decorre de um juízo de merecimento de pena presente em todas as formas de intervenção ou participação delitiva³²⁹.

É possível mencionar outro argumento – de natureza pragmática – a favor da separação entre a teoria da intervenção e a teoria do concurso de pessoas. Por um lado, defender o tratamento do problema como um problema específico de cumplicidade traria o

³²⁰ Cf. HAAS, Volker. Die Strafrechtliche Lehre der Objektiven Zurechnung, pp. 202 e ss. In: Zurechnung als Operationalisierung der Verantwortung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004; idem, Kausalität und Rechtsverletzung. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, p. 71. Em linhas gerais, Haas argumenta que essa inadequação decorreria da lógica utilitarista da teoria do bem jurídico e de uma síntese entre essa doutrina e a teoria dos imperativos, que teria como resultado a flexibilização da liberdade de atuação do destinatário da norma à luz de uma ponderação de interesses.

³²¹ PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 145.

³²² ROSTALSKI, Frauke. Der Tatbegriff im Strafrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 98.

³²³ Cf. MAÑALICH, Juan Pablo. Nötigung und Verantwortung. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 125.

³²⁴ Cf. VAN WEEZEL, Alex. Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 46.

³²⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. La Participación em el delito: fundamento y limites. Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 144 e ss. Esse aspecto será abordado em mais detalhes nos capítulos posteriores.

³²⁶ Nesse sentido, cf. HAMDORF, Kai. Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002, pp. 25 e ss.

³²⁷ Cf. BLOY, René. Die beteiligungsform als Zurechnungstypen im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1984, pp. 314 e ss.

³²⁸ Cf. Cf. BLOY, René. Die beteiligungsform als Zurechnungstypen im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1984, pp. 290, 313 e 314.

³²⁹ Cf. BLOY, René. Die beteiligungsform als Zurechnungstypen, pp. 41, 290 e ss., 316 e ss.

ônus argumentativo de contrariar a definição legal do Código Penal brasileiro; por outro, o tratamento da intervenção por condutas neutras no marco de um sistema unitário poderia representar um caminho pouco promissor³³⁰. Ainda que se admita a possibilidade do intérprete concretizar uma delimitação entre autores e partícipes, isso não parece ser uma condição necessária para trabalhar o tema dos comportamentos penalmente neutros. Nesse sentido, há quem duvide da possibilidade de obter qualquer resposta a partir da estrutura da participação e prefira recorrer à tipicidade³³¹.

Além disso, o sistema diferenciador também apresenta alguns aspectos problemáticos, na medida em que a fundamentação da acessoriedade esbarra em dificuldades incontornáveis ao derivar a punição do partícipe a partir do autor principal³³². Outro ponto a ser considerado diz respeito à tendência político-criminal no sentido de equiparar as diversas formas de participação³³³. Trata-se de um fenômeno especialmente perceptível na produção legislativa dedicada à criminalidade econômica³³⁴. Tal circunstância reforça a necessidade de articular a discussão da intervenção por comportamentos neutros sem a pressuposição de uma delimitação clara entre autores e partícipes.

Dessa maneira, optamos por limitar nossa exposição às principais tentativas de enfrentar a problemática das ações neutras no âmbito da tipicidade objetiva. Por mais que algumas dessas construções façam alguma referência ao problema da cumplicidade, o aspecto essencial reside ainda na imputação do tipo objetivo. Com isso se pretende sintetizar as premissas e críticas de cada perspectiva, sem deixar de se atentar às especificidades do direito penal econômico.

³³⁰ No entanto, há quem afirme que o sistema unitário é mais significativo do que se pensa. Cf. BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypen*, p. 149. A esse respeito, Thomas Rotsch minimiza a relevância de uma distinção pormenorizada entre autoria e participação, na medida em que a prática judicial alemã tenderia a “se aproximar de uma ideia monista de autor”. Cf. ROTSCH, Thomas. „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, pp. 297 e ss; CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 97 e ss.

³³¹ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 78. Próximo, mas partindo de uma concepção específica da proibição de regresso, LESCH, op. cit., p. 278: “a proibição de regresso não constitui uma especificidade da cumplicidade (...); sua função consiste em demarcar, de modo geral, os limites da imputação”.

³³² Cf. ROBLES PLANAS, op. cit., pp. 130 e ss. Esse aspecto será abordado de forma mais detida nos capítulos posteriores.

³³³ Cf. VOLK, Klaus. *Tendenzen zur Einheitstäterschaft - Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, p. 572. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: DeGruyter, 2001.

³³⁴ Cf. VOLK, *Einheitstäterschaft*, pp. 565 e ss. Um exemplo citado por Volk é o da ocultação para fins de lavagem de dinheiro: essa prática tenderia a ser enquadrada como mera participação num modelo diferenciador, mas é punida a título de autoria.

3. DA ABORDAGEM DO PROBLEMA A PARTIR DO TIPO OBJETIVO: POSSIBILIDADES E LIMITES

3.1. ADEQUAÇÃO SOCIAL E PROFISSIONAL

Dentre as mais conhecidas propostas dogmáticas no âmbito da discussão referente às condutas neutras, destaca-se o critério da chamada “adequação profissional”. O desenvolvimento de seus fundamentos deve-se aos esforços de Winfried Hassemer, que enxergou na antiga doutrina da adequação social um referencial profícuo para restringir a punibilidade de atuações profissionais já no âmbito da tipicidade objetiva. Antes de adentrar nesse tópico, é pertinente elucidar alguns aspectos relativos à doutrina da adequação social propriamente dita. Isto porque as incontáveis variações em torno dessa figura dogmática obscurecem o ponto de partida da tese de Hassemer, de maneira que seria precipitado recorrer às críticas usuais à adequação social sem uma definição do objeto dessa controvérsia.

Em outras palavras, o que se entende por “adequação social” não constitui um corpo teórico uniforme, mas um ponto de partida heterogêneo, cujo desenvolvimento trilhou caminhos muito diversos. Tais controvérsias abrangem a definição do que seria um comportamento socialmente adequado, a fundamentação dessa doutrina, as constelações de casos a serem solucionados a partir dela, a sua alocação sistemática na teoria do delito e a sua relevância prática perante outros institutos. O esclarecimento dessas ambiguidades serve a dois propósitos: a uma, isso contextualiza a premissa de Hassemer; a duas, essa digressão facilita a avaliação das críticas dirigidas à abordagem desse autor.

No que diz respeito à primeira disputa, isto é, ao *problema de definição*, podemos destacar a recorrente afirmação de que o conceito de adequação social seria algo vago e impreciso, a ponto de favorecer a imposição de um difuso sentimento jurídico avesso à função de garantia do tipo³³⁵. Nesse sentido, o que se entende por “socialmente adequado” poderia

³³⁵ Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht I*. München: C.H. Beck, 2006, p. 296; RACKOW, Peter. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, p. 205; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 143; KNAUER, Florian. *Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?* *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 126, ano 2014, p. 853; ROBLES PLANAS, La Participación en el delito: fundamento y límites. Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 94 e ss.; ESER, Albin. "Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?: Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen, pp. 205 e 206. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: DeGruyter, 2001.

designar tanto a descrição de um comportamento frequente como um juízo de valor baseado nas representações ético-sociais de uma determinada comunidade³³⁶. Por sua vez, o *problema de fundamentação* pode ser resumido na alegada impossibilidade de formular juízos normativos a partir da realidade social sem incorrer numa falácia naturalista³³⁷.

No tocante à correta inserção dessa figura no conceito analítico de crime, isto é, ao *problema dogmático*, prevalece o entendimento – com o qual concordamos – de que a adequação social deve ser trabalhada no âmbito da tipicidade³³⁸. Por fim e não menos importante, há quem afirme que a adequação social seria uma figura supérflua, um mero precursor da teoria da imputação objetiva³³⁹. Embora esse entendimento seja dominante, há relevantes vozes sustentando a autonomia desse instituto³⁴⁰. Essas questões serão trabalhadas posteriormente. Antes, buscaremos traçar um panorama do desenvolvimento da adequação social em Welzel, sabidamente a principal referência a respeito desse tema. Essa discussão pode ser sintetizada a partir das mudanças promovidas na obra desse penalista.

Inicialmente, Welzel concebeu a adequação social como um problema de tipicidade. Nessa primeira fase, que compreende as três primeiras edições de seu manual, bem como a primeira versão de seu *Novo Sistema de Direito Penal*, esse autor buscava superar a compreensão causalista do injusto. Desta feita, o ilícito penal é concebido não como um mero processo causal, mas sim como um desvalor ético-social; nesse contexto, o juízo de tipicidade

³³⁶ Nesse sentido, o que se entende por “socialmente adequado” não passaria de uma definição circular. Cf. KUDLICH, Hans. HansBGH, 1. 8. 2000 — 5 StR 624/99. Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter. Juristen Zeitung, n. 23, p. 1179; RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, pp. 205 e 206. Além da conhecida definição de Welzel, para quem o comportamento socialmente adequado consistiria nas práticas realizadas no marco ético-social de uma comunidade historicamente condicionada, pode-se destacar formulações. Schaffstein, por exemplo, buscava delimitar esse conceito a partir do comportamento “comum, historicamente condicionado e aprovado pela ética social”, ao passo que Zipf minimiza a relevância desse comportamento ser frequente ou costumeiro, bastando que se trate de uma ação “alinhada a normas sociais reconhecidas”. Cf. ESER, Sozialadäquanz, p. 204; ZIPF, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 82, 1970, pp. 633 e ss.

³³⁷ Especificamente a respeito da tese de Hassemer, ver GRECO, Luis. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 52 e ss.

³³⁸ Assim, apesar da opinião majoritária enxergar a adequação social como um problema de tipicidade, há quem defenda que se trata de um problema de antijuridicidade (a exemplo do que chegou a ser defendido pelo próprio Welzel em algumas edições de seu manual) ou culpabilidade. A esse respeito, cf. ROXIN, Strafrecht I, p. 296; ZIPF, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten, pp. 637 e ss.

³³⁹ Dessa maneira, Roxin sustenta que a adequação social seria desprovida de qualquer significado dogmático, representando, se muito, um instrumento de interpretação. Os problemas habitualmente trabalhados a partir dessa doutrina poderiam ser divididos entre as hipóteses de risco permitido e os crimes de bagatela. Cf. ROXIN, Strafrecht I, pp. 298-300.

³⁴⁰ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 131 e ss.; KNAUER, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz, pp. 844 e ss. Este último chega a vislumbrar um verdadeiro renascimento da doutrina da adequação social. Assim, a rejeição da literatura jurídico-penal representaria uma conclusão apressada (p. 845).

é definido como *ratio essendi* da antijuridicidade³⁴¹. Sob essa perspectiva eticizante, o tipo não é concebido como um juízo neutro e descritivo, mas representa um injusto tipificado³⁴².

Dessa maneira, condutas situadas no marco ético-social de uma comunidade seriam atípicas, a despeito de qualquer subsunção formal³⁴³. Assim, por exemplo, o passageiro que embarcasse num ônibus de uma linha errada e solicitasse a parada do veículo não sofreria qualquer constrangimento ilegal ao ser impedido de descer antes da parada seguinte, de maneira que a conduta do motorista que pratica essa conduta não representaria qualquer desvalor ético-social³⁴⁴. Importa assinalar que o desenrolar dessas reflexões teve como pano de fundo a Alemanha da década de 30, época marcada por uma profunda crise do princípio da legalidade penal³⁴⁵. Como se vê, o mencionado penalista buscava fornecer limites a interpretações extensivas.

Essa tentativa originária de fundamentar a adequação social auxilia o esclarecimento de dois pontos de controvérsia: em primeiro lugar, o conceito não incorre necessariamente numa falácia naturalista, pois não se trata de fundamentar juízos normativos a partir do que costumeiramente ocorre numa determinada sociedade, mas sim da valoração de comportamentos a partir de determinadas normas e representações sociais³⁴⁶. Por outro lado, é inegável que esse conteúdo ético é difuso e não se manifesta de forma uniforme em todos os

³⁴¹ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 35, 116, 117, 123 e 126.

³⁴² Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 122.

³⁴³ Nesse sentido, trata-se de uma verdadeira “leitura culturalista do fenômeno do crime” (SILVEIRA, op. cit., p. 117).

³⁴⁴ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 123.

³⁴⁵ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 123 e ss.

³⁴⁶ A esse respeito, vale mencionar a reflexão de Pablo Sánchez-Ostiz. Ao discutir a relação entre o normativo e o empírico no Direito penal, argumenta este autor que a distinção entre compreensão valorativa e a explicação descritiva é menos rígida do que se pensa, já que a dogmática não poderia prescindir da dimensão empírica. Conceitos normativos como liberdade, dolo e imputação seriam incompreensíveis sem pontos de referência como a causalidade, o conhecimento e a vontade (cf. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Lo Normativo y lo Fático*, pp. 40 e 41, in: *Derecho Penal y Persona – Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*. Lima: Ideas, 2019). Se considerarmos que a maioria das tentativas de fundamentar a adequação social parte de referenciais normativos (i.e. um desvalor ético-social, ou a compreensão do sentido de uma norma numa determinada sociedade), seria apressado concluir que ela consistiria num “conceito formal carente de um preenchimento valorativo” (*wertausfüllungsbedürftige Formalkategorie*) cujo resultado recairia no “primado do fático” (cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 205). Nesse sentido, Zipf afirma que o socialmente adequado não se baseia apenas em comportamentos recorrentes, mas também na correspondência com “normas de conduta socialmente reconhecidas” nos termos de uma “representação da comunidade” (ZIPF, *Rechtikonformes und sozialadäquates Verhalten*, p. 633). Como se vê, “a referência a normas sociais na doutrina da imputação tem uma longa tradição (...) na dogmática penal” (cf. MARTINS, Antônio. *Soziale Normen und strafrechtliche Zurechnung*, pp. 653 e ss. In: *Rechtsstaatliches Strafrecht Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. C.F. Müller, 2017), a exemplo da teoria das normas de cultura de Meyer (cf. MARTINS, op. cit., p. 655; SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 64).

setores da vida cotidiana, razão pela qual até alguns defensores atuais dessa doutrina reconhecem a impraticabilidade de se trabalhar problemas de ordem diversa sob a rubrica da adequação social³⁴⁷.

Posteriormente, Welzel retorna à ideia de tipo indiciário, compreendido como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Nessa etapa intermediária, contemplada entre a 4ª e a 8ª edição de seu manual, esse autor busca conciliar o juízo de tipicidade com a categoria pré-jurídica da ação final³⁴⁸. Assim, a adequação social deixa de ser tratada como um problema referente aos limites da norma típica e passa a ser vista como uma causa de justificação consuetudinária. Essa mudança de pensamento acabaria por motivar as contundentes críticas de Hirsch, que conclui pela impraticabilidade desse conceito dogmático³⁴⁹.

De fato, conceber a adequação social como um problema de justificação não só torna essa categoria ainda mais difusa (haja vista a inclusão de novos problemas dogmáticos a serem resolvidos sob os seus pressupostos) como também resulta numa impropriedade dogmática. Isto porque o socialmente adequado é geral e abstrato, enquanto o juízo de antijuridicidade é excepcional e específico³⁵⁰. Apesar de malfadada, a segunda fase de Welzel reforça que esse instituto só pode ser desenvolvido de forma adequada na tipicidade. Contudo, as críticas de Hirsch acabaram por revitalizar essa figura, a propiciar novas reflexões por parte de Welzel³⁵¹.

Por fim, há uma terceira fase a partir da publicação da 9ª edição do manual de Welzel em 1965. Nessa abordagem tardia, o problema da adequação social volta a ser tratado na esfera da tipicidade. No entanto, não se trata de uma repetição dos posicionamentos originais do autor, mas de um sinuoso retorno a Beling, na medida em que o tipo passa a ser

³⁴⁷ Cf. KNAUER, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz, pp. 860 e ss. Entre os problemas contemplados originariamente pela doutrina da adequação social, incluem-se questões tão diversas como a prática de detenção por parte de agentes do estado, as lesões decorrentes de atividades esportivas, a relevância penal da circuncisão religiosa, a interpretação de elementos normativos do tipo e os crimes de bagatela.

³⁴⁸ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 131-135.

³⁴⁹ "Ao detectar casos pontuais culposos e dolosos, [Hirsch] salientou que o conceito mostrava-se demasiadamente genérico para conduzir a resultados seguros. Limitações de liberdade, comportamentos tidos então contra a honestidade, ou de fundo lascívio, apropriação de coisas achadas, intervenções médico-cirúrgicas, mortes e lesões em campos de batalha, interrupções de gravidez e aborto, entre outros, um a um acabou por confrontá-los com outros institutos, como de justificação, desdenhando a aplicabilidade da adequação social". Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 143.

³⁵⁰ Uma explicação dessa relação valorativa distinta entre tipicidade e antijuridicidade se encontra em ZIPF, Rechtkonformes und sozialadäquates Verhalten, pp. 645 e ss. Entre nós, cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 174-182.

³⁵¹ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 144.

compreendido como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade³⁵². Outra nuance de grande interesse para o presente tópicó é o abandono da perspectiva eticizante da formulação inicial de Welzel³⁵³. Dessa maneira,

Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social. (...) La adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito "normal" de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos, según su tenor literal.³⁵⁴

Assim, a adequação social deixa de ser encarada como um desvalor do injusto tipificado, passando a representar um instrumento hermenêutico para a interpretação típica³⁵⁵. Para citar um exemplo da concretização dessa ideia no âmbito das condutas de favorecimento, Welzel entende que o garçom que serve bebidas alcoólicas para o cliente de um bar não deve ser responsabilizado pelos acidentes de trânsito causados por este último. Ainda que o comportamento do garçom contribua para a afetação de um bem jurídico, trata-se de uma conduta socialmente adequada e situada fora da norma típica de lesões corporais³⁵⁶.

Como buscaremos demonstrar, a tese de Hassemer é mais próxima dessa fase tardia de Welzel, de maneira que as objeções voltadas às formulações originais da adequação social podem se mostrar descontextualizadas em face da adequação profissional. Antes disso, consideramos oportuno abordar a questão referente à atualidade dessa figura. Conforme já apontamos, muitos a consideram como algo supérfluo, especialmente em face da categoria do risco permitido.

Aqui, há algumas vozes dissonantes que não podem ser desconsideradas. Nesse sentido, Knauer argumenta que a ideia da adequação social nunca desapareceu

³⁵² Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 144 e ss. Ao tratar da questão dos tipos abertos, Roxin afirma que "Mientras Beling llega a la neutralidad valorativa como consecuencia de una concepción esencial distinta, dándole al tipo penal el mismo contenido objetivo que las teorías posteriores, Welzel transita otro camino para llegar a esa meta, reduciendo el contenido del tipo, que entonces atrae necesariamente la neutralidad valorativa del esquema conceptual restante. Sobre esta base la neutralidad valorativa de los tipos abertos es mucho más radical que la de Beling". Cf. ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 75.

³⁵³ "Ao considerar a problemática apresentada por Hirsch, Welzel voltou a ter a adequação social como excludente da tipicidade penal, só que, desta feita, com novos matizes. Já não se faziam presentes as questões relativas ao valor ético-social da ação." Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 145.

³⁵⁴ Cf. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Buenos Aires: BdeF, 2004, pp. 87 e ss.

³⁵⁵ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, p. 145.

³⁵⁶ Cf. WELZEL, El Nuevo Sistema de Derecho Penal., p. 88.

completamente, de maneira que não seria de todo impensável conferir-lhe um significado autônomo e distinto em relação ao critério do risco juridicamente permitido³⁵⁷. Por um lado, a adequação social guardaria a sua razão de ser em contextos desprovidos de uma regulação jurídica clara. Qualquer controvérsia a respeito da adequação social de um comportamento seria um indício da sua futura *juridificação*³⁵⁸. Por sua vez, a temática do risco permitido estaria restrita a contextos já exaustivamente regulados pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que se afirma que o princípio da adequação social seria “subsidiário”³⁵⁹.

Ainda, Prittwitz pontua que o risco permitido é um conceito formal (porque limitado à afirmação de que um comportamento arriscado é admitido juridicamente), enquanto a adequação social busca os fundamentos dessa permissão³⁶⁰. Por fim, é preciso reforçar que muitas das alternativas ao emprego hermenêutico da adequação social – como a redução teleológica do tipo com referência ao bem jurídico protegido – tampouco fornecem qualquer critério material para essa leitura restritiva³⁶¹.

De imediato, a questão da juridificação apresenta inegável relevância para a imputação de condutas neutras em contextos profissionais. Caso se concorde com a distinção de Knauer e Zipf, entendendo-se, ainda, que esses comportamentos amplamente regulados são *juridificados*, faria pouco sentido recorrer à adequação social. Nesse sentido, o avanço da juridificação em certos âmbitos da vida tende a suprimir essa figura, que acabaria substituída pelo critério do risco permitido³⁶².

Não menos problemática é a inserção do risco permitido no campo da criminalidade econômica. A esse respeito, há quem defenda a necessidade de uma ampla revisão desse instituto, especialmente em face do denominado *risco permitido condicionado* e o risco sistêmico ou estrutural³⁶³. Em outras palavras, o contexto da juridificação também não

³⁵⁷ Cf. KNAUER, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz, p. 864.

³⁵⁸ Cf. ZIPF, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten, p. 638; KNAUER, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz, pp. 857 e ss.

³⁵⁹ Cf. ZIPF, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten, p. 637.

³⁶⁰ Cf. PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 293. Próximo, SILVEIRA, op. cit., p. 276: o risco permitido seria “uma permissão para atuar de forma arriscada em determinadas situações. Aí senta praça a sua diferenciação com a adequação social. Esta não se mostra como escolha possível, mas é previamente determinada pelo organismo social. Ela se revela muito mais ampla, só podendo ter parâmetro, em seara do risco, no que Jakobs denomina de risco permitido por legitimação histórica.”

³⁶¹ Cf. ESER, Sozialadäquanz, p. 209.

³⁶² Cf. KNAUER, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz, p. 864.

³⁶³ Cf., por todos, PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, pp. 272 e ss., 273, 275, 299 e 319. No mesmo sentido, ver HOYER, Andreas. Andreas. Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung Zeitschrift für die gesamte

favorece a figura do risco permitido. Um olhar panorâmico do desenvolvimento histórico desse conceito dogmático indica uma tendência à especificação e à regulamentação: outrora concebido como uma “regra de vida” (na famosa aceção de von Bar), o risco permitido passou a ser cada vez mais vinculado à autorização estatal e, mais recentemente, às minúcias do direito administrativo³⁶⁴.

Diante dessas considerações, pode-se discordar da usual afirmação a respeito do caráter supostamente supérfluo da adequação social. Há abundantes razões para manter a autonomia dessa construção teórica em face do risco permitido³⁶⁵. Isso fica mais claro quando se concebe tal doutrina como uma chave hermenêutica anterior ao tipo, enquanto o risco permitido consistiria num problema referente ao desvalor de resultado, ao menos nas versões mais propagadas da teoria da imputação objetiva³⁶⁶.

Outra razão favorável à aplicação dessa doutrina no âmbito dos comportamentos neutros reside na sua capacidade de rendimento num sistema unitário de autoria, como demonstra a sua relativa popularidade na doutrina austríaca³⁶⁷. Discutir sobre a adequação social de uma conduta torna prescindível qualquer consideração sobre os limites da cumplicidade³⁶⁸. Em legislações caracterizadas pela distinção qualitativa entre autores e partícipes, esse aspecto costuma ser invocado para contestar a pretensão de recorrer à adequação social para restringir a punibilidade de condutas de favorecimento³⁶⁹.

Strafrechtswissenschaft, n. 121, ano 2009, p. 864; SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Buenos Aires: BdeF, 2016, pp. 16 e ss.

³⁶⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 21; HOYER, Erlaubtes Risiko, pp. 863 e ss.

³⁶⁵ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 271-296.

³⁶⁶ Cf. SILVEIRA, Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal, pp. 275 e 283.

³⁶⁷ Cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrecht, p. 201.

³⁶⁸ Nesse sentido, cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 92: “As propostas de considerar penalmente neutros certos casos de “cumplicidade insuspeita” que pretendam enfatizar, aprioristicamente e de forma isolada, a natureza e as circunstâncias do ato, incorrem num conflito com a estrutura acessória da cumplicidade.” (tradução do autor: “Vorschläge zur strafrechtlichen Neutralisierung bestimmter Fälle der „ unverdächtigen Beihilfe“, welche allerdings von vornherein in einer isolierten Weise allein auf die Art und die Umstände der Förderungshandlung abheben wollen, müssen dagegen mit der akzessorischen Struktur der Beihilfe in Konflikt geraten”).

³⁶⁹ Conforme argumenta Rackow, a adequação social seria inadequada para delimitar a punição do partícipe, haja vista a “indiferença (...) entre ações de participação e atos comissivos de autoria” (cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 205: “Gerade dies übersieht Löwe-Krahl in seiner Einschätzung, dass, angesichts der (bei isolierter Betrachtung) im Vergleich zu täterschaftlichem Tun signifikanten Indifferenz von Beihilfehandlungen der Gedanke der Sozialadäquanz für die Teilnahme Unbrauchbar sei”). Na medida em que a maior parte da doutrina alemã concebe a cumplicidade não como um crime de perigo, mas como uma agressão acessória, soa pouco convincente afirmar que a participação num ato típico e antijurídico (e somente ela) poderia ser *socialmente adequada*. Isto porque a relação de acessoriedade impossibilita a valoração do ato de favorecimento como um fenômeno *isolado* e desprovido da referência de um autor principal. Nesse

Feitas essas considerações, é tempo de abordar a proposta teórica de Hassemer. Ao examinar a temática da intervenção delitiva de profissionais bancários em crimes fiscais, o autor enumera uma série de hipóteses relativas à facilitação de crimes através dessas instituições financeiras. Nesse sentido, dificultar o acesso a contas, abrir contas secundárias ou contornar requisitos para esses procedimentos são exemplos de como um banco pode contribuir para a prática de sonegação³⁷⁰.

Haveria, então, duas formas fundamentais de apreender essa realidade: de um lado, seria possível afirmar que o banco não é mais do que um instrumento passivo na mão de criminosos; numa perspectiva diametralmente oposta, essas instituições passariam a ser vistas como verdadeiros cúmplices de clientes que praticam fatos ilícitos³⁷¹. Ciente de tal ambivalência, Hassemer acentua que a fundamentação do injusto de participação não pode se limitar à somatória da prestação do auxílio com o ato principal. Isoladamente, a atuação de um profissional bancário não é determinante em relação em relação à atuação futura de um cliente em relação ao fisco³⁷².

Por tais razões, seria necessário considerar mais possibilidades de restrição do ilícito típico³⁷³. Assim, o referido autor conceitua como neutras aquelas ações que não constituem – objetivamente e em última análise – o injusto de cumplicidade, apesar de preencherem os requisitos tradicionais dessa figura³⁷⁴. Sem recorrer a dados subjetivos ou internos, Hassemer sustenta que o sentido dessas condutas é cotidiano, dispensando assim explicações ou esclarecimentos ulteriores³⁷⁵.

Em princípio, a conduta do chaveiro que fornece uma cópia a qualquer pessoa não é proibida³⁷⁶. Evidentemente, isto não traduz um passe livre para práticas delitivas, já que uma

contexto, é difícil sustentar que uma ação cotidiana ou profissional (como a de um farmacêutico que vende um produto tóxico a um homicida – para citar um exemplo em RACKOW, op. cit., p. 204) seria permitida a despeito da conduta de autoria, pois o parâmetro da adequação social não se restringe aos atos de cumplicidade. Naturalmente, essa objeção não encontra espaço em sistemas de participação como o brasileiro. Em miúdos, essas considerações representam um caso exemplar da utilidade do direito comparado para aprimorar a solução de problemas jurídicos locais. Nesse sentido, cf. ESER, Albin. Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, p. 1517. In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

³⁷⁰ Cf. HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz – Teil I. Wistra, 1995, p. 41.

³⁷¹ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 41.

³⁷² Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 41.

³⁷³ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 41.

³⁷⁴ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 42.

³⁷⁵ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 42.

³⁷⁶ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 42.

atuação “inserida num contexto criminoso” seria penalmente ilícita³⁷⁷. No entanto, Hassemer não acolhe as soluções de cunho subjetivo. Segundo ele, essas apreciações chegariam “tarde demais”, além de contrariarem o Direito Penal do fato³⁷⁸. Isto porque fundamentar a proibição de uma conduta a partir das intenções ou conhecimentos do agente flertaria com a via contrária, isto é, um Direito Penal de ânimo³⁷⁹.

Nessa linha, o autor argumenta que a adequação social seria uma via promissora, um diamante bruto a ser lapidado para construir soluções dogmaticamente adequadas³⁸⁰. Tal caminho seria mais apropriado para fixar os limites da cumplicidade do que a doutrina do risco permitido, uma vez que o funcionamento das instituições bancárias corresponderia mais a algo planejado do que a uma atuação arriscada³⁸¹. Feitos esses esclarecimentos, é tempo de explicar como Hassemer fundamenta e desenvolve o critério da adequação profissional.

Assim, haveria a necessidade de interpretar os dispositivos penais em conformidade com normas sociais setoriais. Como se vê, essa abordagem “procedimental”³⁸² se afasta da concepção eticizante do primeiro Welzel. Hassemer argumenta que essas atuações profissionais refletiriam práticas desejadas e estabelecidas pelo Estado e pela sociedade, o que não deve ser ignorado na aplicação da lei penal³⁸³. Dessa maneira, uma conduta realizada no marco de uma regra alinhada aos parâmetros estatais gozaria de uma presunção de atipicidade³⁸⁴.

Esta presunção relativa poderia ser afastada quando o comportamento profissional representasse uma prestação nova e alheia à sua atividade ou se tratar de uma criação ou adaptação dessa atividade regulada em favor de planos delitivos alheios³⁸⁵. Dessa maneira, conclui Hassemer que o funcionário de uma instituição bancária que atua em conformidade com a *lex artis* não poderia ser punido por favorecer delitos de clientes, a despeito de qualquer indício nesse sentido.

³⁷⁷ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 42.

³⁷⁸ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, pp. 42 e 43.

³⁷⁹ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 43: “O direito penal do estado de direito é o direito penal do fato. Uma das consequências disso recai no fato de que a abordagem e o foco da imputação devam ser fundamentalmente objetivos” (trad. livre: “Rechtstaatliches Strafrecht ist Tatstrafrecht. Das hat, neben anderem, zur Konsequenz, dass der Ansatz und der Schwerpunkt der Zurechnung Grundsätzlich im Objektiven liegen müssen”).

³⁸⁰ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, p. 46.

³⁸¹ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz I, pp. 45 e 46.

³⁸² A expressão se encontra em RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 209.

³⁸³ Cf. HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz – Teils II. Wistra, 1995, pp. 82 e 85.

³⁸⁴ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz II, p. 82.

³⁸⁵ Cf. HASSEMER, Professionelle Adäquanz II, pp. 86 e 87.

Diante desses esclarecimentos, parece no mínimo apressado se apoiar nas críticas usuais à adequação social para rejeitar a proposta de Hassemer³⁸⁶. Isto porque a sua fundamentação a partir de normas setoriais alinhadas à legislação penal não peca pela vagueza, nem incorre em qualquer falácia naturalista. Contudo, há algumas objeções específicas que não podem deixar de ser mencionadas.

Em primeiro lugar, é de se mencionar a consideração de Rackow, para quem a pretensão de sustentar uma presunção de atipicidade a partir de regras profissionais ignora o fato de que essas normas setoriais nem sempre se dirigem ao interesse geral da proteção de bens jurídicos³⁸⁷. Na mesma linha, Robles Planas ressalta que a proposta de Hassemer é demasiadamente específica para fornecer uma solução geral para o problema das condutas neutras, cujo escopo vai muito além das práticas realizadas em contextos laborais³⁸⁸.

Tais críticas são pertinentes e demandam uma análise mais detida. Entretanto, um aprofundamento dessa questão ultrapassaria os limites do presente trabalho. De qualquer maneira, é possível concluir que a adequação profissional não representa – apesar de seus méritos – uma via segura para trabalhar a problemática das condutas neutras. Na melhor das hipóteses, a sua capacidade de rendimento é limitada: nem todos os casos de favorecimento delitivo podem ser resolvidos através de regramentos setoriais, e tanto a natureza como os reflexos penais dessas regras estão longe de representar um tópico incontroverso³⁸⁹.

3.2. “RELAÇÃO DE SENTIDO DELITIVA”, PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E IMPUTAÇÃO OBJETIVA (ROXIN)

³⁸⁶ Nesse sentido, Robles Planas é da opinião de que essas críticas são excessivamente vagas e genéricas. Cf. ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 99.

³⁸⁷ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 208 e 210. Um bom exemplo dessa ambiguidade reside nas regras de compliance, cuja finalidade não se limita à prevenção de delitos, abrangendo também uma função econômica (i.e. a preservação da reputação da empresa). Cf. ROTSCH, Thomas. *Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven*. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 125, 2013, pp. 485 e ss; ALEXANDER, Thorsten/WINKELBAUER Wolfgang. § 31 – *Compliance*, p. 1044. In: MÜLLER-GUGENBERGER, Christian. *Wirtschaftsstrafrecht*. Otto Schmidt, 2015. Próximo, Silva Sánchez, *Derecho Penal de la Empresa*, p. 238: “las medidas de compliance tienen un objetivo más amplio do que el de la evitación de delitos: a saber, otros ilícitos jurídicos o éticos”.

³⁸⁸ Cf. ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 100 e 101.

³⁸⁹ Cf. ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 100, RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 176, 523 e ss. Este último argumenta que a observância de normas setoriais cujo objeto não constitua a prevenção de delitos não implica num juízo de neutralidade, mas pode servir para comprovar a ocorrência de um erro de proibição (pp. 210 e 524).

A abordagem de Roxin sobre a relevância penal de condutas neutras ou cotidianas percorreu tanto a temática da proibição de regresso como a da participação. Num artigo datado de 1989, Roxin teceu alguns comentários sobre os casos associados à antiga doutrina da proibição de regresso. Na sua visão, os fundamentos dessa limitação à responsabilidade do primeiro agente seriam obsoletos³⁹⁰. Após avaliar algumas tentativas de reabilitar essa figura dogmática no âmbito da imputação objetiva, esse autor propõe um tratamento dos problemas envolvendo a causação culposa de delitos dolosos a partir dos limites do princípio da confiança, compreendido como um caso particular do chamado risco permitido³⁹¹. As edições mais recentes de seu tratado revisitam esse tema, de maneira que uma síntese entre as duas exposições pode se mostrar necessária.

Nessa linha, argumenta-se que o princípio da confiança restringiria a punição perante a atuação dolosa de terceiros, na medida em que ninguém estaria obrigado a contar com a prática delitiva de outras pessoas³⁹². Do contrário, qualquer venda casual de instrumentos perigosos (como facas, isqueiros, machados e martelos) implicaria num desmesurado risco de incriminação³⁹³. Assim, o princípio da confiança delimitaria as fronteiras do risco permitido, representando um “núcleo correto da antiga doutrina da proibição de regresso”³⁹⁴.

A exceção residiria nos casos em que a atuação do primeiro agente fomentasse uma reconhecível inclinação delitiva, isto é, quando o contexto das intenções do potencial autor doloso representasse um perigo intolerável³⁹⁵. Um exemplo dessa situação se verificaria na hipótese do vendedor que entrega uma arma ao participante de uma rixa ocorrida num local próximo do seu estabelecimento. Em seus escritos mais recentes, Roxin também menciona alguns casos trabalhados na jurisprudência alemã, como o dos médicos de uma clínica psiquiátrica que decidiram pela liberação de um paciente com um histórico prévio e recente de delitos graves³⁹⁶.

É importante assinalar que esse ponto da argumentação de Roxin diz respeito aos limites da autoria culposa. A partir disso, podemos concluir que o critério da reconhecível

³⁹⁰ Cf. ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Regressverbot, p. 177 e ss. In: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin: DeGruyter, 1989.

³⁹¹ Cf. ROXIN, Bemerkungen zum Regressverbot, p. 186; idem, Strafrecht I. München: C.H. Beck, 2006, p. 1070.

³⁹² Cf. ROXIN, Claus. Zum Strafgrund der Teilnahme, p. 380. In: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 1993; idem, Strafrecht I. München: C.H. Beck, 2006, p. 1072.

³⁹³ Cf. ROXIN, Bemerkungen zum Regressverbot, p. 187.

³⁹⁴ Cf. ROXIN, Strafrecht I, p. 1072.

³⁹⁵ Cf. ROXIN, Bemerkungen zum Regressverbot, p. 190

³⁹⁶ Cf. ROXIN, Strafrecht I, p. 1073.

inclinação delitiva não foi concebido especificamente para um sistema diferenciador, o que poderia indicar a possibilidade de aplica-lo no contexto brasileiro, independente do que se pense sobre a necessidade ou possibilidade de uma distinção específica entre autores e partícipes. A seguir, pretende-se discutir como esses desenvolvem no âmbito da cumplicidade. Para tanto, é pertinente fazer uma breve exposição sobre o posicionamento de Roxin a respeito do tema. Ao final, espera-se obter um panorama claro sobre a relação entre a sua visão a respeito do princípio da confiança e os reflexos dos chamados conhecimentos especiais na imputação objetiva.

Em trabalhos posteriores, Roxin volta a tratar da temática da cumplicidade por condutas neutras. Ao conceber a cumplicidade como um incremento de um risco não permitido que seja causal em relação ao resultado típico, o autor busca transpor os critérios gerais da sua doutrina da imputação objetiva para a participação³⁹⁷. Essa forma delitiva é concebida como uma agressão autônoma a um bem jurídico, compreendida na conduta de possibilitar, facilitar ou assegurar o resultado delitivo³⁹⁸. Nesse contexto, a questão relativa aos limites da cumplicidade é articulada com a discussão sobre a punição de condutas neutras³⁹⁹.

Compreender como o referido penalista concretiza o princípio da confiança nesse âmbito específico pode contribuir para que se esclareça até que ponto esse aspecto se relaciona com as suas conclusões a respeito dos limites à autoria culposa. Por outro lado, é pertinente discutir se as soluções de um ou outro campo são consistentes entre si, sobretudo em vista dos critérios empregados na delimitação do risco permitido em cada um deles. Feitos esses esclarecimentos, cabe detalhar como Roxin concretiza esses critérios para definir os limites da punibilidade de condutas neutras ou cotidianas.

Em sua segunda aproximação ao tema, argumenta Roxin que o conceito de “ação cotidiana” não seria apto a definir os limites da participação. Não haveria uma conduta *per se* neutra. A título de exemplo, até uma instrução sobre o funcionamento de uma arma poderia se prestar a fins lícitos ou delitivos⁴⁰⁰. As fronteiras entre o permitido e o proibido seriam determinadas a partir do que o autor denomina de “relação de sentido delitiva” (*deliktischer*

³⁹⁷ Cf. ROXIN, Claus. Was ist Beihilfe?, p. 501. In: Festschrift für Miyazawa. Baden-Baden: Nomos, 1995; idem, Zum Strafgrund der Teilnahme, p. 369. In: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

³⁹⁸ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 510.

³⁹⁹ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 512.

⁴⁰⁰ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 515.

Sinnbezug). Essa relação estará presente quando o valor e o significado de uma prestação só puderem ser explicados pela sua conexão com o plano delitivo do autor principal⁴⁰¹. Tal argumento foi retomado por Roxin no segundo tomo de seu tratado⁴⁰².

Roxin busca aplicar esse critério a uma série de exemplos associados à questão das ações neutras. Assim, a conduta de um taxista que conduz um assaltante ao local do crime seria dotada de sentido delitivo⁴⁰³. A conclusão seria a mesma em outros casos, tais como o do padeiro que vende um pão a um homicida, o do vendedor de um pé-de-cabra ou aquele relativo à atuação de funcionários bancários na transferência anônima de capitais ao exterior⁴⁰⁴. Trata-se de um entendimento diametralmente oposto ao de autores como Jakobs, Schumann e – no caso da atuação de profissionais do setor financeiro – Hassemer⁴⁰⁵. Conforme se esclarecerá no final do presente item, a visão de Roxin guarda uma estreita relação de dependência com a sua forma de conceber o princípio da confiança.

Em sentido contrário, faltará essa relação quando a prestação for útil e significativa ao autor principal independentemente da sua atuação delitiva⁴⁰⁶. Em outras palavras, o sentido da contribuição não se esgotaria na atuação ilícita e autônoma do autor⁴⁰⁷. Dessa maneira, a venda de materiais a uma empresa que desrespeita normas ambientais seria penalmente neutra, assim como o pagamento de um serviço a alguém que pratique delitos fiscais⁴⁰⁸.

É importante ressaltar que a aplicação desse critério se restringe às situações envolvendo um conhecimento seguro a respeito do plano delitivo do autor. Para trabalhar com as hipóteses em que o responsável pela prestação apenas conta com essa possibilidade, Roxin invoca o princípio da confiança.⁴⁰⁹ Uma exceção a este princípio residiria nas situações caracterizadas por uma “reconhecível inclinação delitiva” do autor principal⁴¹⁰. A mera aparência suspeita não seria suficiente para configurar essa inclinação, que dependeria de “indícios concretos”⁴¹¹.

⁴⁰¹ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, pp. 513 e ss.

⁴⁰² Cf. ROXIN, Claus. Strafrecht II. München: C.H. Beck, 2003, pp. 208 e ss.

⁴⁰³ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, pp. 13 e 14; idem, Zur Strafgrund der Teilnahme, p. 379.

⁴⁰⁴ Cf. ROXIN, Strafrecht II, p. 208.

⁴⁰⁵ Cf. ROXIN, Strafgrund der Teilnahme, pp. 376 e ss; idem, Strafrecht II, p. 219.

⁴⁰⁶ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 512.

⁴⁰⁷ Cf. ROXIN, Strafrecht II, p. 208.

⁴⁰⁸ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 512; idem, Zur Strafgrund der Teilnahme, p. 379; idem, Strafrecht II, p. 208.

⁴⁰⁹ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, pp. 516 e ss.

⁴¹⁰ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 516; idem, Strafrecht II, p. 214.

⁴¹¹ Cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, p. 516; idem, Strafrecht II, p. 215.

Assim, por exemplo, o funcionário de uma loja de artigos esportivos que presencia uma rixa na frente do estabelecimento e efetua a venda de um taco de baseball não poderia alegar a incidência desse princípio. Como se vê, a inclinação do autor principal é empregada como limite ao risco permitido tanto no âmbito da autoria culposa⁴¹² como na delimitação da cumplicidade, o que reforça o argumento de que a intervenção por condutas neutras representa uma questão prévia à distinção qualitativa entre autores e partícipes.

De toda forma, essa construção foi acolhida na jurisprudência alemã, especialmente no Tribunal Federal (BGH). Ilustrativa é a decisão referente ao favorecimento da transferência anônima de capitais por parte de profissionais bancários (5 StR 624/99), na qual se rechaçou a alegação de que tais condutas seriam neutras ou profissionalmente adequadas. Nos termos da fundamentação do referido Tribunal, a prestação perde o seu “caráter cotidiano” quando o comportamento do autor principal se pautar por uma finalidade exclusivamente delitiva e o responsável pelo auxílio estiver ciente dessa circunstância. Nesse sentido, a atuação dos bancários teria “fomentado de forma objetiva a conduta do autor principal”, não podendo ser desatrelada dos crimes fiscais praticados pelos clientes da instituição. Conforme aponta o próprio Roxin, trata-se de entendimento pautado no critério da relação delitiva de sentido⁴¹³.

A despeito de seus méritos, a abordagem de Roxin foi objeto de uma série de críticas. Em primeiro lugar, aponta-se a ausência de um fundamento claro que justifique a sua conclusão pela não incriminação de algumas condutas tidas como neutras⁴¹⁴. A isso se acrescenta a dificuldade prática de distinguir a reconhecível inclinação da mera suspeita, na medida em que a manipulação de conceitos tão movediços poderia justificar toda espécie de conclusão a respeito da punibilidade desses comportamentos⁴¹⁵. Ainda, o critério da relação de sentido é mais restritivo do que o da inclinação, o que resulta na incoerência de tratar com mais rigor os casos de dolo eventual do que os de dolo direto⁴¹⁶. Por fim, o conceito de relação de sentido delitiva é impreciso, haja vista as incontáveis acepções desse termo na

⁴¹² No mesmo sentido é o comentário de Kudlich. Cf. KUDLICH, Hans. Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, 2004, p. 121.

⁴¹³ ROXIN, Strafrecht II, p. 217.

⁴¹⁴ GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 86.

⁴¹⁵ Cf. RACKOW, Peter. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts. Frankfurt: Peter Lang, 2007, p. 97. Próximo, KUDLICH, Unterstützung, p. 123.

⁴¹⁶ Cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 143; ROBLES PLANAS, Ricardo. La Participación em el delito: fundamento y limites. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 282; KUDLICH, Unterstützung, p. 123.

literatura jurídico-penal⁴¹⁷: trata-se de um critério abstrato⁴¹⁸, uma fórmula vazia e carente de concretização⁴¹⁹. Assim, ao comentar o já mencionado caso dos bancários, sustenta Rackow que a falta de clareza desses critérios terminaria por obstaculizar a própria definição do que seria conduta neutra⁴²⁰.

Essas críticas são, em grande parte, pertinentes. De fato, a pretensão explicativa desses critérios esbarra em algumas dificuldades, de maneira que as soluções propostas para alguns casos limítrofes parecem mais pautadas em intuições do que em uma justificativa dogmática clara. Por exemplo, é pouco compreensível a conclusão de que a venda de materiais industriais para uma empresa de viola normas ambientais não seria dotada de significado delitivo, enquanto outras situações envolvendo conhecimento seguro seriam.

Uma discussão detida sobre a maneira como Roxin desenvolve o princípio da confiança pode auxiliar na compreensão desses problemas, na medida em que essas incertezas podem ser resultado da fundamentação desse critério. Por essas razões, discutiremos as possíveis implicações de compreender o referido princípio a partir do conceito de risco permitido.

São muitos os expedientes argumentativos dedicados à adequada fundamentação do princípio da confiança. Não se trata de uma discussão meramente teórica, pois a justificação de um critério tem reflexos imediatos na sua aplicação dogmática⁴²¹. Para o presente trabalho, uma exposição exaustiva desse tema poderia soar como excessiva. No entanto, a discussão de alguns aspectos pontuais pode esclarecer as implicações práticas de uma ou outra perspectiva.

Assim, por exemplo, a antiga teoria do prêmio (*Prämientheorie*) concebia a proteção jurídica da confiança como uma “gratificação pela fidelidade à ordem jurídica” do agente observador dos seus deveres de cuidado⁴²². Como consequência, a incidência desse princípio

⁴¹⁷ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 142; KUDLICH, *Unterstützung*, p. 122.

⁴¹⁸ Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Editorial Comares, 2001, p. 75.

⁴¹⁹ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 145.

⁴²⁰ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 316 e ss. Nesse sentido, a decisão em tela não esclarece se a neutralidade é um conceito descritivo ou o resultado de uma valoração penal.

⁴²¹ Nesse sentido, cf. PIZARRO, Nathalia Bautista. *Das Erlaubte Vertrauen im Strafrecht – Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatz im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 88.

⁴²² Cf. BRINKMANN, Bernhard. *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, pp. 118 e ss.

nos casos envolvendo a mínima violação de um dever de cuidado tende a ser, na mais branda das hipóteses, algo restrito a comportamentos “grosseiramente irracionais” de terceiros⁴²³.

Por outro lado, a consideração de aspectos cognitivos pode ser mais ou menos relevante, dependendo de como se fundamente esse princípio: se a confiança for compreendida como um dado psicológico, o conhecimento referente ao comportamento de terceiros será determinante; se, ao contrário, a sua concepção for normativa, ela passará a ser compreendida de forma contrafática⁴²⁴, na medida em que será legítimo confiar no comportamento lícito de terceiro *apesar de indícios contrários*⁴²⁵. Nos termos dessa segunda perspectiva, o mero conhecimento não seria apto a fundamentar qualquer responsabilidade pelo comportamento de terceiros⁴²⁶.

Diante desses apontamentos, é possível tecer algumas observações sobre o desenvolvimento do princípio da confiança na obra de Roxin. A sua associação às hipóteses do chamado risco juridicamente permitido remete à chamada teoria do interesse, a qual representa o entendimento majoritário da doutrina jurídico-penal alemã⁴²⁷. Essa teoria se baseia numa ponderação de interesses, isto é, na compatibilização entre a proteção de bens jurídicos e a utilidade social de atividades arriscadas indispensáveis à sociedade moderna. Nesse sentido, o conhecido exemplo do tráfico viário se faz ilustrativo, na medida em que uma proteção ilimitada da vida comprometeria a fluidez do trânsito. Nos termos dessa perspectiva, haveria um espaço para atuações arriscadas e permitidas apesar da previsibilidade de eventuais resultados lesivos.

A despeito do sua larga aceitação, é possível afirmar que a teoria do interesse incorre em algumas dificuldades. Se o princípio da confiança se baseia num juízo de ponderação, haveria um ônus argumentativo no sentido de explicitar quais seriam os interesses em conflito. No entanto, isso é pouco especificado pelos partidários dessa teoria⁴²⁸. Nos casos

⁴²³ Cf. PIZARRO, Vertrauensgrundsatz, p. 127. Há de se concordar com a afirmação da autora no sentido de que essa fundamentação estaria próxima à ideia de uma *versari in re illicita* (op. cit., p. 128).

⁴²⁴ Cf. PIZARRO, Vertrauensgrundsatz, p. 202. Nesse sentido, uma concepção “puramente contrafática” (defendida por autores como Stratenwerth) consistiria numa aplicação quase ilimitada do princípio, especialmente diante da atuação de terceiros responsáveis. Jakobs discorda dessa abordagem, embora a sua teoria da imputação também relativize a relevância de dados cognitivos ou empíricos (cf. *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, p. 14). Esse ponto será retomado posteriormente.

⁴²⁵ Cf. JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, p. 208; para uma discussão detida com a conclusão de Roxin, ver LESCH, Heiko. *Das Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Heymanns, 1999, p. 261.

⁴²⁶ Cf. PIZARRO, Vertrauensgrundsatz, p. 114.

⁴²⁷ Cf. BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, p. 122.

⁴²⁸ Cf. BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, p. 123. Um exemplo desse problema pode ser visualizado na argumentação de Kudlich, que vislumbra a possibilidade de fundamentar a

envolvendo da intervenção de vários agentes, esse aspecto representaria, quando muito, apenas uma parte da argumentação⁴²⁹. Essa ponderação teleológica de interesses não seria suficiente para solucionar o problema deontológico da atuação de vários intervenientes⁴³⁰. Se o comportamento defeituoso de terceiros sempre é possível, a solução mais alinhada à proteção otimizada de bens jurídicos consistiria na via contrária, isto é, no estabelecimento de um princípio da desconfiança⁴³¹.

Essas críticas fazem sentido diante das conclusões de Roxin. Conforme se apontou, o autor conclui de forma favorável à incriminação de comportamentos que muitos autores considerariam neutros. Nesse contexto, a relevância de dados cognitivos (como o “conhecimento seguro”, a “reconhecível inclinação para o fato” ou a questão específica dos conhecimentos especiais) representa uma implicação necessária dessa maneira de fundamentar o princípio da confiança. Se os conhecimentos especiais são um “elemento constitutivo do risco permitido”⁴³², a redução desse princípio a um problema cognitivo⁴³³ não representa uma consequência casual.

É nesse sentido que se afirma que a concepção roxiniana implicaria numa subjetivização do princípio da confiança, cujos limites passariam a ser determinados pelo aspecto ontológico do conhecimento⁴³⁴. Concebida como um dado psicológico, a confiança perde a sua dimensão normativa⁴³⁵. Nesse aspecto, a afirmação de Kudlich chega a ser sintomática. Sustentando conclusões muito próximas às de Roxin, esse autor considera incabível a aplicação desse princípio aos casos de dolo direto, uma vez que essas situações

responsabilidade por atuações profissionais que facilitem o plano delitivo de terceiros através do princípio da confiança. Segundo ele, tanto essa constelação de casos como a dos crimes de trânsito representariam a “mesma ponderação de interesses”. Cf. *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten*. Berlin: Duncker und Humblot, 2004, p. 377. Kudlich não busca fundamentar essa afirmação.

⁴²⁹ Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, p. 196.

⁴³⁰ Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, p. 189.

⁴³¹ Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 190, 194 e ss.

⁴³² Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, p. 378.

⁴³³ Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, p. 99. Nesse sentido, o conhecimento especial representaria “um conceito fenomenológico, ainda que dependente de um fato empírico: é sobre o que o observador objetivo teria sabido. E o seu caráter é reduzido ao puramente cognitivo (...). Em suma: o conhecimento especial abrange o que o autor sabe circunstancialmente, mas não o que um expectador “objetivo” poderia ter conhecido” (trad. livre: “Es handelt sich um einen phänomenologischen, wenn auch von einer empirischen Tatsache abhängigen Begriff: Es geht darum, was der postulierte objektive Beobachter gewusst haben würde. Und sein Charakter ist dabei auf das rein Kognitive reduziert unter Nichtberücksichtigung von Gefühlen, Absichten, Bewertungen usw. Kurz: Das Sonderwissen umfasst, was der Täter zufälligerweise kennt, nicht aber, was ein „objektiver“ Beobachter gekannt haben könnte” – cf. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. “„Sonderwissen“ des Handelnden und objektives Gefährurteil”, p. 349. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2011).

⁴³⁴ Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 98 e ss; ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 110.

⁴³⁵ Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, pp. 119 e 194.

não traduziriam uma relação de confiança, mas sim uma crença irracional na não ocorrência do resultado delitivo⁴³⁶. Trata-se de uma evidente concepção psychologizante, por mais que os partidários dessas concepções afirmem o contrário⁴³⁷.

A partir desse contexto é possível compreender algumas objeções à usual concepção dessa figura dogmática. Assim, por exemplo, argumenta Frisch o mencionado princípio não seria nada mais do que “uma formulação de ponderações normativas em termos psicológicos”⁴³⁸. Este autor considera equivocada a pretensão de buscar os limites da permissão para confiar nessa consequência empírica, uma vez que é a norma proibitiva – e não o contrário – que circunscreve essa possibilidade de atuar a despeito de uma lesão evitável de bens jurídicos. Nesse sentido, o dado fenomenológico da confiança seria inadequado para definir se alguém deve ser responsabilizado em função do comportamento delitivo de terceiros⁴³⁹.

Diante dessas considerações, ganha força o argumento de que o mero conhecimento não gera deveres jurídico-penais⁴⁴⁰. Para a devida compreensão dessa assertiva, é necessário abordar a questão dos conhecimentos especiais, verdadeiro “nó górdio” da participação por meio de condutas neutras⁴⁴¹. Trata-se de uma temática indissociavelmente relacionada com o tratamento do princípio da confiança por parte de Roxin, seja no âmbito da proibição de regresso ou na questão referente aos limites da cumplicidade.

A mencionada relação entre a questão dos conhecimentos especiais e os limites do risco permitido já era defendida por Roxin em seu artigo sobre a proibição de regresso:

⁴³⁶ Cf. Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten, p. 382.

⁴³⁷ Nesse sentido, Roxin afirma que a sua aplicação do referido princípio não representa um “resultado psicológico”, mas um “princípio normativo” (Strafrecht I, p. 216, nota 238); próximo, KUDLICH, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten, pp. 381 e 388.

⁴³⁸ Cf. FRISCH, Wolfgang. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. C.F. Müller, 1988, p. 191.

⁴³⁹ Cf. FRISCH, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 237 e ss; ROBLES PLANAS, . La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 113. Próximo, FREUND, Georg. § 13º, n. 345, p. 544 In: Münchener Kommentar. München: C.H. Beck, 2003.

⁴⁴⁰ Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 70 e ss.; pp. 278 e ss.; próximo, Van Weezel sustenta que “enquanto fato, o conhecimento não fundamenta a responsabilidade” (cf. Cf. VAN WEEZEL. Alex. Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 75). Próximo: LESCH, Heiko. Der Verbrechensbegriff, p. 262).

⁴⁴¹ Cf. ROBLES PLANAS, La participación, p. 203.

Nos casos em que o primeiro causador dispuser de um conhecimento especial suficientemente concreto a conclusão só pode ser outra, pois a “ação cotidiana” perde o seu caráter inofensivo. Ela não é nem socialmente adequada e nem acobertada por um princípio da confiança⁴⁴².

Trata-se de uma posição reiterada em trabalhos posteriores, em especial nas edições mais recentes do seu tratado. Nos termos dessa abordagem, a determinação da periculosidade de um comportamento – a partir da chamada prognose póstuma objetiva⁴⁴³ – deverá levar em conta os conhecimentos especiais do autor⁴⁴⁴. Em termos gerais, o conhecimento especial compreenderia qualquer dado cognitivo que ultrapassasse o parâmetro do “homem prudente”⁴⁴⁵. Assim, quem entrega uma passagem aérea a um terceiro sabendo da existência de uma bomba no avião a ser utilizado pela vítima⁴⁴⁶ ou aconselha uma pessoa a caminhar pelo caminho de um assassino em série ciente dessa circunstância⁴⁴⁷ deveria ser responsabilizado nos termos da imputação objetiva do resultado.

A posição de Roxin motivou uma série de críticas, dentre as quais se destaca uma conhecida objeção de autores finalistas. Para estes últimos, a consideração de dados subjetivos na imputação objetiva representaria uma incontornável quebra sistemática⁴⁴⁸. Para o intuito do presente trabalho, a discussão de tais filigranas dogmáticas se afigura menos frutífera do que avaliar as possíveis implicações práticas desse entendimento. Em outras palavras, a questão referente à legitimidade de uma abordagem tão ampla dos conhecimentos especiais é mais urgente do que a definição da sua alocação sistemática.

⁴⁴² ROXIN, *Bemerkungen zum Regressverbot*, p. 197: “Anders kann es nur liegen, wenn der Erstverursacher über ein hinreichendes konkretes Sonderwissen verfügt. Dann aber verliert die “Alltagshandlung” ihrer Harmlosigkeit und ist weder sozialadäquat noch von einem Vertrauensgrundsatz gedeckt”.

⁴⁴³ A prognose póstuma objetiva consiste na avaliação *posterior* da criação do risco numa perspectiva *ex ante*, isto é, a partir das circunstâncias do momento em que o agente realizou a sua conduta. Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, p. 369; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal – uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012 p. 80.

⁴⁴⁴ Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, p. 369.

⁴⁴⁵ Cf. GRECO, Luis. *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens*. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, n.3, p. 531.

⁴⁴⁶ Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, p. 369.

⁴⁴⁷ Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, p. 378.

⁴⁴⁸ De qualquer forma, um resumo dessa discussão pode se mostrar pertinente. Assim, Kaufmann argumentava que a doutrina da imputação objetiva incorreria numa contradição interna ao recorrer a dados subjetivos do autor, de maneira que a relevância dos conhecimentos especiais seria um problema relativo ao aspecto cognitivo do dolo. Por sua vez, Hirsch entendia que a distinção entre o objetivo e o subjetivo não estaria à disposição da dogmática. Ao responder tais críticas, Roxin sustenta que juízo de periculosidade pode e deve se basear em elementos subjetivos, na medida em que o esse caráter objetivo não seria relativo à imputação em si, mas sim ao resultado dela. Um resumo da discussão pode ser encontrado em FRISCH, Wolfgang. *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Degruyter, 2001; FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004, pp. 19 e ss.

A questão ultrapassa o aspecto pontuado pela crítica finalista. Por mais que se concorde com a afirmação de que a separação entre dados subjetivos e objetivos seria puramente didática⁴⁴⁹ ou se adote a perspectiva de um sistema teleológico⁴⁵⁰, parece acertada a afirmação de que o debate em questão permanece aberto⁴⁵¹. Isto porque a própria noção de conhecimento penalmente relevante tende a ser empregada de forma indefinida e acrítica⁴⁵². É fundamental discutir quais os limites da avaliação desses conhecimentos, assim como as consequências desse entendimento no que diz respeito à ampliação ou restrição do risco juridicamente desvalorado⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Cf. GRECO, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung, p. 530: “a consideração de conhecimentos especiais não significa uma subjetivização do juízo de periculosidade, pois esses conhecimentos são relativos a uma realidade objetiva (...). A distinção entre o objetivo e o subjetivo tem um valor fundamentavelmente didático” (“Die Berücksichtigung von Sonderkenntnissen bedeute keine Subjektivierung des Gefahrurteils, da diese Kenntnisse auf eine objektive Wirklichkeit (...) seien (...). Die Unterscheidung zwischen Objektivem und Subjektivem habe grundsätzlich nur didaktischen Wert”).

⁴⁵⁰ Por “sistema teleológico” pretende-se designar o método funcionalista de Roxin, que propõe desenvolver as diferentes categorias sistemáticas do conceito jurídico de crime a partir de valorações político-criminais. Nessa perspectiva, o tratamento dogmático de um elemento subjetivo não obedece a uma lógica classificatória ou categorial (como ocorreria numa abordagem finalista), mas à finalidade do Direito Penal. Dessa forma, a tipicidade é concebida tanto a partir da sua função de garantia (nos termos do *nullum crimen sine lege*) como nos termos de uma necessidade preventivo-geral (consistente na definição do comportamento juridicamente desaprovado). Assim, a valoração de elementos subjetivos no tipo objetivo não implicaria em qualquer contradição sistemática. Nesse sentido, cf. ROXIN, Strafrecht I, pp. 222 e ss; *idem*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Berlin: De Gruyter, 1973, pp. 8 e ss; GRECO, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung, pp. 536 e ss; ARAÚJO, Tipicidade, pp. 73 e ss. Nesse contexto, a crítica finalista perde grande parte da sua força, na medida em que essa abordagem possibilita que o juízo adscritivo da imputação se baseie nos conhecimentos e capacidades individuais do autor. Isto porque a linguagem jurídica não se encontra estritamente vinculada às definições pré-jurídicas, e cada termo pode adquirir um significado diferente à luz dessa valoração teleológica (cf. SANCHEZ-OSTIZ, Pablo. Lo Normativo y Lo Fático, pp. 42 e ss. In: Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje Al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Lima, 2019). Certamente, a aversão finalista à consideração de dados subjetivos no tipo objetivo também guarda relação com o conceito de injusto pessoal, concebido como um desvalor ético-social; a vontade (subjetiva) do autor é objeto desse juízo de reprovação e com ele não se confunde. Cf. KÖHLER, Michael. Der Begriff der Zurechnung, p. 70. In: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin: De Gruyter, 1999.

⁴⁵¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. “Sonderwissen” des Handelnden und objektives Gefahrurteil”, p. 345.

⁴⁵² Cf. FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes - zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Heymann: 1983, p. 133, nota 54. Burkhard parece expressar um entendimento similar, a despeito de discordar de Frisch no que diz respeito à viabilidade da apreciação dos conhecimentos especiais no âmbito da tipicidade objetiva. Para este último, tal abordagem não implicaria numa remissão à esfera subjetiva, representando um mero “dado de orientação” para a individualização do juízo *ex ante* (cf. Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 41, nota 158), enquanto Burkhard afirma que isso reforçaria a crítica referente a uma suposta confusão entre o objetivo e o subjetivo (cf. BURKHARD, Björn. Conducta Típica y Perspectiva ex ante. A la vez uma aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo, p. 159. In: WOLTER, Jürgen (ed.); FREUND, Georg. El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

⁴⁵³ Nesse sentido, “a possibilidade de tratar elementos subjetivos como pressupostos da imputação do tipo objetivo num sistema teleológico e funcional não significa que a teleologia e a função do Direito Penal torne essa consideração algo obrigatório”. Cf. GRECO, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung, p. 538 (“Dass es in einem teleologischen, funktionalen System möglich ist, subjektive Gegebenheiten als Voraussetzungen der

Por um lado, há quem afirme que a fundamentação do risco não permitido a partir dos conhecimentos do autor violaria o princípio da *cogitatio poenam nemo patitur*. Se o que se designa por conhecimento especial constitui um dado psíquico, essa abordagem representaria uma remissão à esfera interna do sujeito da imputação⁴⁵⁴. Dessa maneira, uma aplicação consequente dessa premissa se aproximaria de um criticável Direito Penal do ânimo⁴⁵⁵.

Essa objeção fundamental foi rebatida em distintos setores doutrinários. Nesse sentido, afirma-se que a consideração dos conhecimentos e capacidades do autor não significaria uma penalização da sua esfera interna⁴⁵⁶. O objeto de referência do conhecimento especial seria a realidade externa, algo distinto das convicções e ideias privadas do autor⁴⁵⁷. A problemática não diria respeito a uma tensão entre o objetivo e o subjetivo, mas sim à conveniência de uma perspectiva individualizadora do desvalor de conduta⁴⁵⁸.

Em síntese, argumenta-se que o conflito entre essa abordagem e a *cogitatio poenam nemo patitur* seria apenas aparente, na medida em que esse princípio vedaria apenas a punição de intenções, emoções e atos de disposição interna, enquanto os conhecimentos especiais traduziriam dados cognitivos⁴⁵⁹. Como esses dados devem ter suporte numa realidade externa

Zurechnung zum objektiven Tatbestand anzusehen, heißt noch nicht, dass Teleologie und Funktion des Strafrechts dies gebieten“).

⁴⁵⁴ Cf. JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 97, n. 4. p. 756. Os argumentos de Jakobs serão discutidos posteriormente.

⁴⁵⁵ Digno de nota é o apontamento de Robles Planas: “El principio *cogitationis poenam nemo patitur*, como principio normativo, significa algo más que una exclusión del castigo de los procesos que se desarrollan en el ámbito psíquico del sujeto. No se trata solamente de que, conforme a este principio, el Derecho Penal no castige lo interno, esto es, lo que no modifica físicamente el mundo exterior y permanece en la psique del sujeto, sino de que el Derecho penal reconoce al individuo un ámbito privado al que se sustrae completamente” (La Participación en el delito, pp. 66 e 67). Para este autor, a proposta de Roxin conduziria aos mesmos problemas das denominadas teorias subjetivas.

⁴⁵⁶ A esse respeito, Roxin considera essa acusação equivocada, afirmando que a punição de lesões dolosas e objetivamente imputáveis a bens jurídicos “satisfaz todos os pressupostos de um Direito Penal do fato” (ROXIN, Strafrecht II, p. 216).

⁴⁵⁷ Cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 105; GRECO, Das Subjektive an der Objektiven Zurechnung, pp. 532 e 542.

⁴⁵⁸ Cf. RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 106.

⁴⁵⁹ Cf. GRECO, Das subjektive na der Objektiven Zurechnung, p. 532. Com o intuito de ilustrar o que seria um dado cognitivo passível de ser considerado no juízo de imputação, Greco traz alguns exemplos para reforçar esse argumento. Assim, “(...) não importam os estados mentais ao tempo da realização da conduta proibida. A melhor forma de aclarar isso é, mais uma vez, por meio de um caso de delito culposo: o professor de educação física é advertido pela mãe de que o filho é hemofílico; o professor esquece isso e permite que a criança jogue futebol, o que acaba por ter consequências fatais. Aqui, ninguém teria dúvidas em afirmar um delito culposo; ao tempo do ato, o professor de educação física não tinha o conhecimento da qualidade de hemofílico da criança. Com isso, resta claro que o conhecimento especial – diferentemente do chamado tipo subjetivo – não é relevante enquanto componente subjetivo, interno, mental da ação típica”. Cf. GRECO, Luis. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12), pp. 90 e ss. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (org.). As Razões do Direito Penal. Quatro Estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ao autor, argumenta-se que a valoração desses elementos subjetivos na imputação objetiva não resultaria numa intromissão indevida no âmbito interno do destinatário da norma⁴⁶⁰.

Assim, conclui-se que a questão dos conhecimentos especiais não representaria um problema jurídico autônomo e nem demandaria qualquer tratamento dogmático específico⁴⁶¹. Por fim, a relevância desses conhecimentos estaria em consonância com a lógica da proteção de bens jurídicos. Saber (e poder) mais ampliaria a obrigação de zelar pela manutenção desses bens⁴⁶². Nesse sentido, é cristalina a relação entre essa abordagem e o tratamento roxiniano do princípio da confiança no âmbito das condutas neutras.

Conforme o argumento de Greco, essa perspectiva teria um efeito limitador da punibilidade, na medida em que os conhecimentos do autor só teriam relevância quando fosse constatada a presença de um perigo⁴⁶³. Este último aspecto seria analiticamente distinto da valoração jurídica a respeito do comportamento não permitido⁴⁶⁴. Assim, os conhecimentos especiais não teriam um efeito determinante a respeito da negação ou afirmação da tipicidade objetiva⁴⁶⁵. Em síntese, esses elementos não tornariam perigoso um comportamento que fosse inócuo, pois a qualificação de um risco como juridicamente desvalorado não se confunde com a avaliação quantitativa da periculosidade.

Sem qualquer pretensão de esgotar o debate a respeito da relação entre a concepção aqui exposta e os pressupostos de um Direito Penal do fato, pode-se assinalar que a controvérsia em torno da consideração dos conhecimentos especiais guarda relação com uma questão de peculiar relevância para a temática das condutas neutras. Com razão, Rackow aponta a necessidade de estabelecer limites normativos à obrigação de aprimorar a proteção de bens jurídicos⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Cf. GRECO, Das subjektive an der Objektiven Zurechnung, p. 542.

⁴⁶¹ Cf. GRECO, Das subjektive an der Objektiven Zurechnung, p. 550.

⁴⁶² Cf. GRECO, Das subjektive an der Objektiven Zurechnung, p. 542.

⁴⁶³ Cf. GRECO, Das subjektive an der Objektiven Zurechnung, p. 550.

⁴⁶⁴ Cf. GRECO, Das subjektive an der Objektiven Zurechnung, pp. 549 e ss.

⁴⁶⁵ Cf. GRECO, Das subjektive an der Objektiven Zurechnung, p. 549.

⁴⁶⁶ “Resta clara a necessidade de limites normativos, uma vez que nem todo e qualquer incremento da proteção de bens jurídicos é motivo para que se ampliem, de qualquer forma, os limites do punível. No que diz respeito à questão dos conhecimentos especiais, pode-se concordar, *em princípio*, que exigir que alguém que disponha deles atue conforme as suas faculdades – excepcionais, mas prontamente disponíveis – não representa um ônus irrazoável” (Trad. livre: “Ebenso klar liegt aber auf der Hand, dass es (normative) Grenzen geben muss, dass nicht jede denkbare Verbesserung des Rechtsgüterschutzes Anlass sein kann, die Bereiche des Strafbaren in irgendeiner Weise auszudehnen. Für die hier betrachtete Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von “Sonderwissen” wird man aber prinzipiell annehmen können, dass es für jemanden, der über solches verfügt, keine unzumutbare Belastung darstellt, wenn ihm aufgegeben wird, sein Handeln auch an seinen

Nesse contexto, há quem discorde da afirmação usual no sentido de que o direito penal estaria legitimado a exigir a máxima utilização dos conhecimentos ou faculdades do agente⁴⁶⁷. Diante dessas discordâncias, é possível opor algumas ressalvas ao entendimento no sentido de que a abordagem roxiniana seria necessariamente restritiva. A criminalidade econômico-empresarial representa um terreno especialmente fértil para colocar à prova as implicações dessa afirmação, haja vista a já ressaltada relação desta última com a problemática das condutas neutras.

Sendo assim, vislumbra-se uma necessidade prática na restrição da imputação no âmbito econômico-empresarial, cujas peculiaridades tendem a colocar em cheque as construções da dogmática tradicional⁴⁶⁸. No que diz respeito ao princípio da confiança, é recorrente a afirmação no sentido de que esse critério seria aplicável no contexto da criminalidade de empresa, especialmente nos casos marcados pela divisão horizontal de

individuellaußergewöhnlichen, jedoch ohne weiteres “abrufbaren“ Kenntnissen auszurichten”. Cf. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 114).

⁴⁶⁷ Cf. PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 343. Nesse sentido, a disponibilidade de um conhecimento que vá além do que Pawlik denomina de “dever de respeito” aos demais membros da comunidade jurídica não legitimaria a exigência dessas capacidades em benefício de terceiros. O autor estabelece uma analogia com os limites do estado de necessidade e conclui no sentido de que a mera posse de um recurso não gera um título a favor de outras pessoas, sobretudo numa teoria da responsabilidade penal estabelecida num estado de liberdades. Tal dever consiste na observância das esferas de liberdade alheias, isto é, em possibilitar que cada cidadão conduza a sua vida de acordo com as próprias preferências. Cf. PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, pp. 178 e ss; idem, Ciudadania y Derecho Penal – Fundamentos de la teoría de la pena y del delito em um Estado de libertades. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 85 e ss.

⁴⁶⁸ “Debido a las características del mundo económico, puede haber más sujetos competentes del hecho delictivo que el autor o los co-autores del mismo (asesores fiscales, asesores jurídicos, intermediarios financieros, entidades bancarias que realizan transferencias, etc.). En este ámbito caracterizado por una gran cantidad de contactos anónimos y estandarizados, muchas veces en el contexto de actuaciones profesionales habituales en el tráfico económico, la restricción de la participación criminal a límites razonables representa una acuciante necesidad práctica.” Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial, p. 37. Revista InDret, 2/2009.

tarefas⁴⁶⁹. O mesmo se daria nas relações verticais (que abrangem a problemática constelação da delegação de funções), ainda que com as devidas ressalvas⁴⁷⁰.

À primeira vista, tem-se a impressão de que a transposição do princípio da confiança nos termos concebidos por Roxin não enfrentaria grandes dificuldades. Diante da afirmação do papel determinante do dolo eventual⁴⁷¹ na atribuição de responsabilidades no contexto econômico-empresarial, pareceria trivial concluir – tendo em vista a presente discussão – que as situações de conhecimento seguro seriam raras, razão pela qual a incriminação do favorecimento à prática delitiva de outros membros relativos dependeria unicamente da delimitação do princípio da confiança, isto é, da presença de uma reconhecível inclinação delitiva do autor principal.

No entanto, uma observação mais detida revela alguns limites dessa proposta teórica. No contexto empresarial, a fundamentação do risco penalmente relevante a partir da denominada inclinação delitiva não representa uma questão simplória. A afirmação de que o membro de um órgão de cúpula (como o Conselho de Administração) estaria obrigado a evitar a atuação ilícita de outro está longe de representar uma trivialidade. Da mesma forma, a responsabilização de um superior hierárquico perante a atuação de um subordinado demanda uma fundamentação que vá além da presença de um conhecimento especial sobre a inclinação deste último.

A assimetria de informação característica da realidade empresarial resulta numa fragmentação do tipo, na medida em que a posse das informações relevantes, a definição e a execução de tarefas tendem a recair em agentes distintos⁴⁷². Essa circunstância dificulta tanto

⁴⁶⁹ Cf. ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 153. Nesse sentido, sustenta Feijóo Sánchez que o princípio da confiança teria “especial relevância” no direito penal econômico e empresarial (cf. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, p. 39). Opinião divergente a esse respeito é a de Silva Sánchez, que afasta a aplicação do referido princípio às relações verticais. Tais casos teriam por característica uma rígida separação de esferas de responsabilidade, enquanto o princípio da confiança pressuporia a existência de relações prévias marcadas por deveres recíprocos de corrigir condutas defeituosas alheias. Uma exceção residiria no caso do membro do Conselho de Administração, cuja integração implicaria na assunção de deveres institucionais. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, pp. 209 e 229 e ss; de forma similar, Pizarro associa os casos de confiança permitida a um “dever de compensação” em relação ao comportamento de terceiros. Cf. PIZARRO, *Vertrauensgrundsatz*, p. 115.

⁴⁷⁰ Isto porque o delegante estaria incumbido de escolher adequadamente o delegado, além de instruído e garantir as condições materiais para a execução de suas tarefas. Cf. ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, p. 153; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, pp. 204 e ss.

⁴⁷¹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos...*, p. 10.

⁴⁷² Cf. BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 321 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos...*, p. 8; ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, pp. 38 e ss.

a definição dos dados cognitivos aptos a configurar uma reconhecível inclinação delitiva⁴⁷³ como a definição de que quem possui as informações mais relevantes a respeito da situação típica⁴⁷⁴. Em outras palavras, a redução do princípio da confiança a um problema cognitivo parece ainda vinculada ao paradigma do autor individual.

Assim, é possível concluir que os critérios empregados por Roxin para delimitar a relevância da intervenção por condutas neutras (seja no âmbito dos casos associados à versão antiga da proibição de regresso ou no campo da participação) resultam na ampliação da punibilidade desses comportamentos. Isto porque existe um consenso relevante no sentido de que a aplicação do princípio da confiança em situações marcadas pela divisão (vertical ou horizontal) de tarefas limita o dever de obter informações,⁴⁷⁵ o que não é compatível com a fundamentação da tipicidade a partir de todo e qualquer conhecimento especial, inclusive em nas hipóteses de informações obtidas pelo mero acaso⁴⁷⁶.

Em princípio, um profissional que atue observando os *standards* normativos de seu setor ou eleja diligentemente os seus subordinados não pode ser responsabilizado por toda e qualquer informação referente à probabilidade ou inclinação delitiva de algum colega ou subordinado (p. ex.: o dirigente de uma determinada empresa vem a saber que membros de outro departamento estariam praticando crimes fiscais, o que poderia constituir o que se denomina de reconhecível inclinação delitiva).

Em síntese, a redução do princípio da confiança a um problema cognitivo por parte de Roxin perde de vista a necessidade de se fundamentar um dever – pré-existente – de corrigir ou neutralizar comportamentos defeituosos de terceiros⁴⁷⁷. O desenvolvimento da teoria do

⁴⁷³ A título de ilustrativo, pode-se pensar nas situações de delegação: o que caracterizaria uma reconhecível inclinação delitiva do delegado? Seria essa circunstância verificável no momento da seleção do subordinado? Nesse sentido, cf. SILVA SÁNCHEZ, Derecho Penal de la Empresa, p. 211.

⁴⁷⁴ “À formalizada (ou não) distribuição de funções (ou não) distribuição de funções e trabalho e à descentralização correspondem, igualmente, a estruturação de canais ou fluxos de informação sujeitos a diversas vicissitudes ligadas não só à impossibilidade de lidar com grandes quantidades de informação, como também ao fenômeno da filtragem de informações pelas diversas instâncias incumbidas de sua formação, reunião, avaliação e transmissão. Esse quadro se afasta muito de um quadro ideal no qual a cúpula da empresa receberia todas as informações de forma linear e com base nela tomaria suas decisões, o que Heine denomina de sincronização absoluta entre informação e decisão, e Rotsch de congruência entre o poder de agir e o conhecimento do agir” (Cf. ESTELLITA, op. cit., p. 48). Muito embora a referida autora faça menção a esse problema tendo em vista problemas de imputação subjetiva, a relação entre esse diagnóstico e o tratamento dos conhecimentos especiais na tipicidade objetiva nos parece inegável.

⁴⁷⁵ Cf. BOCK, Dennis, Criminal Compliance, p. 684; SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos..., p. 211; próxima, a despeito de fazer referência aos casos de delegação, é a visão encontrada em ESTELLITA, op. cit., p. 153.

⁴⁷⁶ A título de ilustrativo, pode-se mencionar o conhecido exemplo relativo à presença de explosivos num voo comercial.

⁴⁷⁷ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Derecho Penal de la Empresa, pp. 209 e ss.

interesse pelo referido penalista inverte a questão, na medida em que é o conhecimento que gera esse dever, independente da competência ou capacidade de agir de seu destinatário. Assim, a restrição da possibilidade de se considerar uma conduta como penalmente neutra não é algo casual. Por essas razões, optamos por não empregar esses critérios para delimitar a punibilidade de comportamentos neutros.

3.3. “RELAÇÃO DE SENTIDO DELITIVA” E COMPORTAMENTO TÍPICO (FRISCH)

Wolfgang Frisch percorre um caminho próprio para buscar solucionar o problema da imputação de condutas neutras. Muito embora este autor também fale numa “relação de sentido delitiva”, a sua argumentação é substancialmente distinta da de outros setores da doutrina pautados nessa mesma terminologia. Para a devida compreensão dessa proposta teórica, é preciso abordar a tese de Frisch a respeito da fundamentação do comportamento típico, a qual se insere numa abordagem crítica da doutrina da imputação objetiva do resultado.

Resumidamente, argumenta Frisch que a doutrina da imputação objetiva se desenvolve a partir de uma concepção de injusto focada no desvalor de resultado⁴⁷⁸. Como consequência, essa teoria incorreria no equívoco de ignorar o problema do comportamento típico, compreendido como uma temática anterior ao nexos de realização do risco⁴⁷⁹. Nesse sentido, a alocação sistemática do risco juridicamente desaprovado no desvalor de resultado traria uma série de inconveniências de ordem prática⁴⁸⁰. A fundamentação do injusto de comportamento depende de um desvalor objetivo distinto do dolo e anterior à imputação do resultado⁴⁸¹.

A criação de um risco juridicamente desaprovado atua como um fio condutor da doutrina da tipicidade, questão referente tanto aos casos de autoria como aos de

⁴⁷⁸ Cf. FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. C.F. Müller: Heidelberg, 1998, p. 14.

⁴⁷⁹ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 24 e ss., 31, 32 e 37.

⁴⁸⁰ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 44 e ss. Um exemplo claro dessa inconveniência prática de tratar a imputação do resultado como uma “supercategoria” (op. cit., p. 22) a abranger diversas questões dogmáticas reside na fundamentação da tentativa. No caso escolar do sobrinho que entrega uma passagem de avião a um tio e conta com a possibilidade de um acidente, o afastamento do resultado não fornece um fundamento normativo convincente para afastar o injusto de comportamento (op. cit., p. 45).

⁴⁸¹ Cf., FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 59 e ss.

participação⁴⁸². Trata-se de uma perspectiva de grande interesse para a presente pesquisa, tendo em vista a proposta de discutir o problema das condutas neutras sem recorrer à temática específica da cumplicidade⁴⁸³. Feitos esses apontamentos, cabe explorar como Frisch fundamenta a sua doutrina do comportamento típico.

Um dos aspectos mais importantes a serem destacados na argumentação do autor reside na sua preocupação com a legitimidade das proibições penais para além da análise da desaprovação jurídica do risco, que constituiria uma condição necessária – mas não suficiente – para a configuração do comportamento típico⁴⁸⁴. Se a norma incriminadora representa uma restrição à liberdade de ação, tal proibição só será legítima quando for idônea e necessária ao atingimento de certos fins (como a proteção de bens jurídicos e condições de existência e desenvolvimento)⁴⁸⁵. Esse exame não se limita ao caráter abstrato da proibição, que deve ser apreciada à luz da imposição concreta da sanção criminal⁴⁸⁶.

Nessa linha, o risco desaprovado constitui o principal requisito do comportamento típico⁴⁸⁷. É de se observar que nem toda conduta perigosa é juridicamente desvalorada, na medida em que a proibição geral de práticas potencialmente lesivas representaria uma restrição intolerável à liberdade de agir⁴⁸⁸. Além disso, não basta que a reprovação dessa conduta seja adequada à finalidade de proteção de bens e condições essenciais de existência e desenvolvimento, pois a reação penal também deve ser submetida a esse exame de

⁴⁸² Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 59.

⁴⁸³ Nesse sentido, argumenta-se que a definição de cumplicidade da legislação alemã pouco contribuiria para a fundamentação de critérios aptos a resolver a questão das condutas neutras. Cf. FRISCH, Wolfgang. *Complicidad Mediante Acciones Neutrales – reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad*, pp. 97 e ss. In: FRISCH, Wolfgang. *Estudios sobre imputación objetiva*. Santiago Chile: Thomson Reuters, 2012.

⁴⁸⁴ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 77.

⁴⁸⁵ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 70.

⁴⁸⁶ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 71, 77 e 80. “O Direito Penal não se limita à proteção de bens; essa função protetora se realiza a partir da imposição de uma pena, i.e., através de uma intromissão jurídica adicional após a ocorrência do fato: reage-se explicitamente à quebra de uma norma para reforçar a sua vigência e a sua inviolabilidade. Em consequência, não é apenas a restrição de liberdade de ação decorrente das normas de comportamento que deve ser justificada a partir da prova da sua idoneidade e adequação. A imposição da pena (...) também deve atender aos princípios da idoneidade, necessidade e demais generalidades” (op. cit., p. 77 – trad. livre).

⁴⁸⁷ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 70. “Nessa linha, a ponderação de interesses conflitantes é transportada para a tipicidade objetiva, como porta de entrada do sistema jurídico-penal. (...) Não só a análise do bem jurídico representa o resultado de uma conduta típica, mas essencialmente a qualidade da conduta realizada e as circunstâncias que envolvem determinado agente. Não se trata, meramente, do desvalor subjetivo da conduta no sentido traduzido pela maioria dos autores finalistas, mas trata-se de uma verdadeira ponderação de interesses entre a relevância social da conduta e a legitimidade do Estado em proibir e exigir a não realização daquela determinada conduta, considerando-se a liberdade de ação do cidadão” (cf. ARAÚJO, Pinhão Coelho. *Tipicidade Penal – uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latan, 2012, p. 111)

⁴⁸⁸ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 70.

proporcionalidade⁴⁸⁹. Em síntese, o comportamento típico abrangeria tanto a reprovação jurídica como a idoneidade da imposição da pena, de maneira que certos riscos não permitidos recairiam além dos limites da norma típica⁴⁹⁰.

Assim, Frisch apresenta três constelações de casos: a dos comportamentos que geram um perigo direto ao bem jurídico, a dos que dependem de uma conduta da vítima e aqueles que precisam ser combinados com a conduta de terceiros⁴⁹¹. É nesse terceiro grupo que a discussão em torno das ações cotidianas se insere. A mera possibilidade de uma prestação cotidiana vir a ser empregada para fins delitivos não justifica a incriminação da primeira, sob pena de se instaurar uma verdadeira “sociedade de desconfiança”⁴⁹².

Como todo e qualquer instrumento pode ser utilizado para fins ilícitos, Frisch procura um fundamento normativo apto a restringir a criação indireta de riscos⁴⁹³. Critérios dogmáticos tradicionais, como a previsibilidade e o princípio da adequação social, seriam insuficientes. Enquanto uma aplicação consequente da previsibilidade resultaria numa ampliação da punibilidade, a adequação social seria demasiadamente imprecisa para fixar os limites da responsabilidade do causador mediato⁴⁹⁴. Por fim, Frisch tece críticas à versão tradicional da doutrina da proibição de regresso, cujo enfoque na imputação do resultado impediria a delimitação do comportamento típico⁴⁹⁵.

Nesse contexto, sustenta-se que o critério da autorresponsabilidade poderia representar um *topos* útil, embora não exclusivo, para delimitar a punibilidade de quem possibilita ou favorece a atuação delitiva de terceiros⁴⁹⁶. Isto porque essa circunstância nem sempre isentará quem agiu em primeiro lugar. Tanto as regras que incriminam a participação como a posição de garantidor são exemplos notórios de como o comportamento típico pode ser fundamentado a despeito da responsabilidade de outros intervenientes⁴⁹⁷.

No campo da criação indireta de riscos, o juízo de reprovação também deverá levar em conta se a prestação posteriormente utilizada para fins ilícitos se esgota no âmbito de organização do agente ou se ela foi adaptada ou modificada a favor do terceiro⁴⁹⁸. Fora da posição de garantidor, não existe um dever genérico no sentido de evitar ou dificultar delitos

⁴⁸⁹ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 80.

⁴⁹⁰ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 79 e ss.

⁴⁹¹ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 230 e ss.

⁴⁹² Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 269.

⁴⁹³ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 240.

⁴⁹⁴ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 232 e 237.

⁴⁹⁵ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 233.

⁴⁹⁶ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 241.

⁴⁹⁷ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 242 e ss.

⁴⁹⁸ Cf. FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 242.

de outras pessoas⁴⁹⁹. O contrário implicaria em uma restrição insustentável da liberdade de ação⁵⁰⁰. Assim, o que Frisch denomina de “relação de sentido delitiva” consiste num critério para fundamentar a reprovação jurídica daquelas condutas que facilitam ou possibilitam a comportamentos delitivos, apesar da ausência do dever de garantidor⁵⁰¹.

Por se tratar de um conceito que muitos setores da doutrina⁵⁰² consideram impreciso, cabe esclarecer o que Frisch entende por sentido delitivo. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que não se trata de uma relação subjetiva, mas de um dado objetivo; o sentido não emerge do aspecto psíquico do agente, mas da “manifestação externa”⁵⁰³ da conduta. Trata-se de consideração distinta de concepções que – a exemplo da posição de Roxin – se baseiam em elementos cognitivos para fundamentar a incriminação de condutas neutras⁵⁰⁴.

Essa referência delitiva consiste em uma “relação funcional” entre o comportamento favorecedor e a realização do plano delitivo⁵⁰⁵. Em outras palavras, a prestação esgota o seu sentido na viabilização do delito e passa a ser compreendida como parte integrante desse acontecimento, representando uma “agressão ideal” ao bem jurídico contido na norma típica⁵⁰⁶. Esse dado objetivo estará presente quando o significado da conduta só puder caracterizar a viabilização ou facilitação de uma atuação delitiva alheia ou representar uma satisfação das necessidades do autor principal⁵⁰⁷.

⁴⁹⁹ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 264 e ss.

⁵⁰⁰ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 265.

⁵⁰¹ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 280 e ss.

⁵⁰² Ver as críticas em GRECO, *Cumplicidade*, p. 79; NIEDERMAIR, Harald. *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, ano 1995, p. 518; RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 140.

⁵⁰³ Nesse sentido, discordamos da interpretação de autores como José Danilo Tavares Lobato, para quem “o sentido delitivo não é nada mais do que a vontade consciente do cúmplice em aderir à execução criminosa do autor, ou seja: é um critério puramente subjetivo (...)”. Cf. LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87. Em sentido contrário e de acordo com a nossa compreensão, v. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 284; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, p. 287.

⁵⁰⁴ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 287, nota 95.

⁵⁰⁵ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 280 e ss.

⁵⁰⁶ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 281. Esta “agressão ideal” consiste numa negação da pretensão de respeito ao bem jurídico, a qual se insere num contexto da estabilização da fidelidade normativa, em oposição ao que Frisch denomina de “proteção de bens através da neutralização policial de perigos”. Novamente, o autor se ocupa de argumentos normativos para fundamentar a reprovação do comportamento típico, na medida em que uma abordagem da proteção de bens jurídicos desprovida desse aspecto ideal tenderia a incriminar a maioria dos comportamentos que favorecessem a lesão desses bens. Em sentido similar, ver LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionaler Revision*. Berlin: Carl Heymanns, 1990, pp 180-184: “Um sistema penal fundamentado a partir da função reguladora de comportamentos (...)” não é “um sistema genuinamente penal, mas policial” (p. 182).

⁵⁰⁷ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 284. Seria o caso, por exemplo, da entrega de instrumentos ou informações que atendam as pretensões especificamente delitivas do executor,

Frisch recorre a alguns critérios para fundamentar a relação de sentido delitiva. Assim, a proximidade espaço-temporal entre a prestação e o fato principal, presente na maioria dos casos típicos de cumplicidade, representaria um dado relevante para aferir essa vinculação entre a conduta favorecedora e o evento delitivo⁵⁰⁸. O mesmo se daria nas hipóteses de adaptação à prática criminosa, a exemplo do transporte do produto de crime até o local destinado a ocultá-lo⁵⁰⁹.

A comprovação da referência de sentido tende a ser mais problemática nos casos envolvendo a prática de atos preparatórios⁵¹⁰. Estreita é a relação entre esse campo e o problema das condutas neutras, haja vista a distância usual entre essas prestações e o seu posterior emprego delitivo. Em grande parte, esses comportamentos são desprovidos de uma relação de sentido propriamente delitiva. No entanto, esse vínculo pode emergir do que Frisch denomina de configuração delitiva. Trata-se de medidas aptas a impedir a descoberta ou assegurar a realização de práticas criminosas, como no caso de uma empresa de fachada⁵¹¹.

Diante da peculiaridade das condutas neutras, Frisch busca um critério alternativo à relação de sentido delitiva. O primeiro, já mencionado, diz respeito à posição de garantidor: o agente incumbido do dever especial de neutralizar riscos também cria um risco juridicamente desaprovado ao possibilitar esses cursos causais lesivos. Assim, por exemplo, o garante encarregado do dever de asseguramento de uma arma viola essa obrigação tanto ao abandonar esse instrumento sem os devidos cuidados de vigilância como ao entregá-lo a pessoas não confiáveis⁵¹².

Outro fundamento para a reprovação jurídica da criação indireta de riscos recai nos chamados deveres de solidariedade⁵¹³. Trata-se de um dos aspectos mais controversos da construção de Frisch, o que justifica uma abordagem mais detida dessa questão. A partir dos deveres gerais de solidariedade estatuídos nos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão, esse autor busca justificar a punibilidade de condutas favorecedoras desprovidas de uma

como a dissimulação de procedimentos contábeis no contexto de crimes fiscais (cf. FRISCH, *Complicidad Mediante Acciones Neutrales*, p. 102).

⁵⁰⁸ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 289.

⁵⁰⁹ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 289.

⁵¹⁰ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 290.

⁵¹¹ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 291, nota 211.

⁵¹² Cf. FRISCH, *Complicidad Mediante Acciones Neutrales*, p. 106; *idem*, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 247 e ss. e 252.

⁵¹³ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 311 e ss.

relação de sentido e alheias à posição de garantidor⁵¹⁴. Esses dispositivos trariam uma “pré-valorização” apta a orientar os limites do comportamento típico⁵¹⁵.

Não se trata de derivar, pura e simplesmente, a punição por um delito de resultado a partir de normas de solidariedade, mas de articular essas regras em conjunto com o estado de necessidade para fundamentar a incriminação do favorecedor⁵¹⁶. Nesse sentido, Frisch argumenta que seria uma contradição axiológica afastar a reprovação de uma conduta que infrinja um dever geral de solidariedade no contexto de um perigo iminente bens jurídicos fundamentais⁵¹⁷.

Assim, se existe um dever de socorrer a vítima que se encontra em grave e iminente perigo e essa circunstância configura uma hipótese de estado de necessidade, o agente que ampliar a potencialidade delitiva do autor principal deve ser responsabilizado pelo crime de resultado⁵¹⁸. Isto porque o *dever de tolerância* resultante desse estado justificante não é nada mais do que uma restrição à liberdade de ação, o que reflete necessariamente nos contornos do comportamento típico⁵¹⁹.

Dessa maneira,

Cuando el ordenamiento jurídico concede al amenazado o um tercero bajo determinados presupuestos en caso de estado de necesidad la facultad de interferir en los derechos de otros, bajo circunstancias totalmente ajenas, entonces esto significa que esos otros deben tolerar dichos ataques, en tanto

⁵¹⁴ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 313 e ss. Trata-se das figuras da não comunicação de crime (sem equivalente na legislação brasileira) e da omissão de socorro, respectivamente.

⁵¹⁵ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 313.

⁵¹⁶ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 311.

⁵¹⁷ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 340.

⁵¹⁸ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 316.

⁵¹⁹ FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 312 e ss. O chamado dever de tolerância (*Duldungspflicht*) diz respeito à possibilidade de se exigir o sacrifício do interesse do terceiro que não seja responsável pela criação de um perigo caracterizador do estado de necessidade. Muito embora a doutrina mais tradicional fundamente essa causa de justificação num juízo de utilidade, há diversos autores que, como Frisch, recorrem à ideia de solidariedade para esse fim. Cf. FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad - A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. Indret, v. 4, ano 2016, pp. 4 e ss.; KÜHL, Kristian pp. 260 e ss., 266. Freiheit und Solidarität bei den Notrechten - Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants. In: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin: DeGruyter, 1999; PAWLIK, Michael. Der Rechtfertigende Notstand – zugleich ein Beitrag zum Problem Strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Berlin: DeGruyter, 2002, pp. 34-39, 103 e ss; *idem*, Solidarität als Strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivzustandes, pp. 144 e ss. In: Jahrbuch für Recht und Ethik, número 22, ano 2014. A relevância desse debate recai na questão – ainda aberta – a respeito da relação entre o fundamento do estado de necessidade a partir da solidariedade e a fundamentação do comportamento típico por Frisch. Embora essa abordagem não represente uma concepção teórica unitária, é de se notar que o recurso à solidariedade pode ter importantes consequências dogmáticas. Pawlik, por exemplo, enxerga nessa categoria o ponto intermediário de um conceito de crime baseado na delimitação de âmbitos de responsabilidade, a ponto de abandonar a distinção sistemática entre tipo e antijuridicidade (Solidarität, p. 147; Das Unrecht des Bürgers, p. 207).

su derecho es limitado o lo será. En consecuencia, sobrepasa su derecho y su libertad aquél que no cuenta con esta limitación jurídica y rechaza aquello que el amenazado o un tercero puede pretender para éste⁵²⁰.

É nesse contexto que Frisch conclui, pra citar um exemplo livresco de comportamento neutros, que a entrega de uma faca ao algoz prestes a avançar em direção a uma potencial vítima é punível, independente da existência de um dever de garante ou uma relação de sentido especificamente delitiva⁵²¹. Com isso, pretende-se efetuar uma distinção entre condutas limitadas ao âmbito de organização do agente e aquelas capazes de ampliar a capacidade delitiva de terceiros; enquanto a primeira hipótese se restringe à violação de deveres gerais de solidariedade, a segunda implica na prática de um crime de resultado⁵²².

Há inegáveis virtudes na sofisticada argumentação desse autor alemão. Por um lado, a proposta teórica aqui abordada é mais matizada do que outras soluções baseadas na tipicidade objetiva. Ao contrário de Roxin – que busca fundamentar a punição de condutas neutras a partir de dados cognitivos – Frisch fundamenta a sua teoria geral do comportamento típico a partir de critérios objetivos, sem recorrer às intenções ou conhecimentos dos intervenientes⁵²³.

Nesse sentido, Frisch rechaça a punição indiscriminada de quem quer que passe a ter conhecimento – mesmo que de forma casual – sobre as intenções do autor principal. Se o executor pode obter uma prestação ou informação de forma livre, a incriminação do responsável por essa prestação não é idônea para proteger qualquer bem jurídico⁵²⁴. Para efeitos ilustrativos, proibir a prestação de um serviço bancário exclusivamente a partir do que o prestador sabe a respeito da futura utilização desse serviço não contribui de forma significativa para essa proteção⁵²⁵.

Além disso, o critério da relação de sentido delitiva contribui para delinear a especificidade normativa do problema das condutas neutras. Como a maioria desses comportamentos é desprovida de qualquer referência delitiva, pode-se concluir que se trata de uma questão desatrelada dos chamados fundamentos da participação. Sistemáticamente, o tema pode ser desenvolvido, sem maiores prejuízos, no âmbito da tipicidade. Uma teoria geral do comportamento típico também pode ser trabalhada em sistemas penais desprovidos de uma distinção clara entre autores e partícipes⁵²⁶.

⁵²⁰ FRISCH, *Complicidad Mediante Acciones Neutrales*, p. 110.

⁵²¹ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 316.

⁵²² FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 325.

⁵²³ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 298.

⁵²⁴ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 300.

⁵²⁵ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 270.

⁵²⁶ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 302.

Ponto mais controverso diz respeito ao argumento da violação de deveres gerais de solidariedade e do estado de necessidade para a delimitação do comportamento típico. A esse respeito, Rackow considera inviável orientar a punibilidade de condutas neutras a partir de tais normas⁵²⁷. No exemplo da omissão de socorro, o dever mínimo de solidariedade abrange situações específicas de desamparo grave e se dirige a qualquer pessoa, o que dificulta traçar qualquer paralelo com situações cotidianas como a comercialização de bens ou a prestação de serviços⁵²⁸.

Entre nós, Greco sustenta que a infração de deveres de solidariedade e a punição de delitos de resultado se baseiam de princípios distintos: a primeira compreende uma obrigação positiva, enquanto a segunda decorre de dever negativo de não interferir nas esferas jurídicas alheias (*naeminem laede*)⁵²⁹. Sendo assim, faltaria consistência interna a esse argumento a *majore ad minus*. Além disso, muitos questionam se a infração ativa de um dever de solidariedade implicaria numa responsabilidade pelo resultado, haja vista os casos da chamada omissão por comissão⁵³⁰.

Por fim, a argumentação baseada no estado de necessidade ignora que o dever de tolerância só se justifica quando o perigo for inevitável, enquanto a omissão de socorro se dirige a qualquer potencial salvador⁵³¹. Nessa linha, é igualmente problemático buscar solucionar um problema de tipicidade a partir de uma causa de justificação. Esse expediente exigiria, no mínimo, uma cuidadosa fundamentação, o que não se encontra presente na construção de Frisch⁵³².

Em resumo, a proposta de Frisch é acertada no seu ponto de partida (i.e. a teoria geral do comportamento típico). No entanto, a maioria situações limítrofes envolvendo a prática de condutas neutras não se caracterizam pela posição de garantidor e nem ostentam o que o autor denomina de relação de sentido delitiva. Dessa maneira, o critério alternativo da violação de deveres de solidariedade incorre em uma série de problemas. Por tais razões, não se trata de uma via adequada para delimitar a punibilidade de comportamentos neutros.

⁵²⁷ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 180-186.

⁵²⁸ Cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 86.

⁵²⁹ Cf. GRECO, *Cumplicidade*, p. 80.

⁵³⁰ Trata-se do grupo de casos em que uma atuação comissiva é enquadrada num tipo omissivo. Um exemplo nesse sentido recairia na interrupção de um curso salvador iniciado pelo próprio agente. Se A se depara com B se afogando e lança uma corda para salvá-lo, a retirada dessa possibilidade de salvamento não resultaria na imputação do resultado morte, mas sim na responsabilização pela omissão de socorro. Cf. ROXIN, *Strafrecht II*, p. 662; GRECO, *Cumplicidade*, p. 80; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 302; SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *El Delito de Omision – concepto y sistema*. Barcelona: Bosch, 1986, p. 219.

⁵³¹ Cf. GRECO, *Cumplicidade*, p. 80.

⁵³² Sobre essa questão, cf. o comentário da nota 42.

3.4. O CRITÉRIO DA SOLIDARIZAÇÃO (SCHUMANN)

A posição de Schumann a respeito dos fundamentos da participação representa um expediente original para trabalhar o problema da intervenção por condutas neutras. Segundo ele, o castigo do partícipe não estaria justificada pela contribuição causal a um fato delitivo, mas sim no que ele denomina de “solidarização com o injusto alheio”⁵³³. A instigação e a cumplicidade consistiriam em um “desvalor específico do ato”, compreendido como um “exemplo insuportável” para a comunidade jurídica.⁵³⁴ Em outras palavras, a conduta do partícipe significaria um “descarte dos valores fundamentais da consciência jurídica”, o que teria como efeito a erosão da validade do Direito e do “sentimento de paz jurídica”⁵³⁵.

Essa solidarização só se verificaria quando o agente compartilhasse o fato alheio⁵³⁶, colocando-se ao lado do injusto⁵³⁷. A partir disso, Schumann busca concretizar alguns critérios para especificar sob quais circunstâncias uma conduta de favorecimento poderia ser considerada penalmente neutra. Assim, em regra, o comportamento de um vendedor de pé-de-cabra que contribuir para um furto não seria punível, sobretudo nas hipóteses em que a contribuição for realizada num estágio muito anterior à execução delitiva⁵³⁸. No entanto, Schumann não considera determinante o critério da proximidade com o fato principal, pois a solidarização poderia estar presente nas prestações realizadas em estágios prévios, enquanto condutas próximas à realização do delito poderiam ser perpetradas sem qualquer desvalor. Um exemplo dessa última hipótese recairia na situação da secretária que digita uma carta injuriosa ditada pelo seu chefe⁵³⁹. Outro caso de falta de solidarização envolveria a venda de pães a uma casa de prostituição. Em sentido contrário, a venda de vinho configuraria cumplicidade punível⁵⁴⁰.

Os fundamentos da tese de Schumann podem ser resumidos em dois aspectos. Em primeiro lugar, a ideia de um desvalor específico do ato de participação se assenta expressamente na função ético-social que Welzel atribuía ao Direito Penal, isto é, no reforço

⁵³³ SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1986.

⁵³⁴ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 49.

⁵³⁵ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 50.

⁵³⁶ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 51.

⁵³⁷ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 57.

⁵³⁸ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 54.

⁵³⁹ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 62.

⁵⁴⁰ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, p. 62.

da consciência fiel ao ordenamento jurídico em face da manifesta desconsideração de valores comunitários fundamentais⁵⁴¹. O segundo ponto diz respeito à chamada teoria da impressão (*Eindruckstheorie*). Essa teoria justifica a punição da tentativa a partir de uma perturbação da confiança na validade do ordenamento, na medida em que o crime tentado atentaria contra o sentimento de paz jurídica⁵⁴².

Independente das críticas – em grande parte justificadas – à proposta de fundamentar o desvalor de ação do partícipe numa atitude de desprezo aos valores fundamentais da comunidade jurídica, a tese de Schumann tem o inegável mérito de manejar os problemas relativos aos limites da participação sob a perspectiva do princípio da autorresponsabilidade⁵⁴³. Para efeitos práticos, contudo, o grande problema da solidarização reside no caráter extremamente impreciso desse critério⁵⁴⁴. Além disso, o mencionado autor não justifica nem desenvolve de forma clara o seu argumento baseado na teoria da impressão⁵⁴⁵. Por fim, a compatibilidade da teoria da impressão com o ordenamento brasileiro também desaconselha a adoção da tese de Schumann.

Com isso, pode-se concluir no sentido de que o critério da solidarização não representa uma solução convincente para fundamentar a responsabilidade penal perante a atuação de terceiros.

⁵⁴¹ Cf. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: DeGruyter, 1969, p. 3.

⁵⁴² WACHTER, Matthias. *Das Unrecht der Versuchten Tat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 57.

⁵⁴³ Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el delito: fundamento y límites*. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 104.

⁵⁴⁴ Nesse sentido, cf. GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49; ROBLES PLANAS, *Límites*, p. 103; KUDLICH, Hans. *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten*. Berlin: Duncker und Humblot, 2004, p. 103; RACKOW, Peter. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Peter Lang: 2007, p. 262; ZACZYK, Rainer. *Die Kausalität der Beihilfe als „Kausalität aus Freiheit“*, p. 639. In *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

⁵⁴⁵ Cf. GRECO, *Cumplicidade através de ações neutras*, p. 48.

4. RESSIGNIFICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE REGRESSO EM DIFERENTES SETORES DA DOCTRINA

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante das discussões desenvolvidas ao longo dos capítulos 2 e 3, mostra-se pertinente abordar a temática específica da doutrina da proibição de regresso e suas ressignificações, especialmente no âmbito da literatura jurídico-penal contemporânea. É preciso compreender de forma clara o que se quer designar com esse termo, sobretudo para evitar ambiguidades, além de melhor sustentar a argumentação referente à capacidade de rendimento da figura dogmática aqui abordada. Cabe ressaltar que essa discussão ainda é muito vinculada à dogmática alemã, de maneira que algumas explicações para o leitor brasileiro podem ser pertinentes.

Inicialmente, é preciso esclarecer que o rótulo da proibição de regresso abarca não uma, mas várias teorias, cujos fundamentos tendem a ser substancialmente distintos.⁵⁴⁶ A pretensão de entender até que ponto cada uma delas remete ou não a uma problemática comum esbarra em uma série de nuances. Recordemo-nos do conhecido argumento de Frank, segundo o qual as contribuições negligentes do primeiro agente que facilitassem a prática de atos dolosos por parte de terceiros (denominadas de “pré-condições”) não constituiriam razão suficiente para fundamentar qualquer responsabilidade penal⁵⁴⁷.

É de se notar que importantes setores da doutrina afirmam que os fundamentos da versão clássica dessa doutrina seriam obsoletos.⁵⁴⁸ Além disso, há quem sustente (com razão) que essa limitação de responsabilidade diria respeito unicamente aos casos de autoria⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Cf. FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 233 e ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 81.

⁵⁴⁷ Cf. DIEL, *das Regreßverbot*, p. 103; Hruschka, *Regreßverbot...*, p. 581; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 97.

⁵⁴⁸ ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 19. Jakobs sustenta que a pretensão de deixar impune o autor que tenha favorecido culposamente uma ação dolosa é tão desprovida de fundamento quanto a posição de punir qualquer colaboração dolosa a um fato culposo (*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, p. 7). No mesmo sentido opina Feijóo Sánchez: “la “teoría de la prohibición de regreso” tal y como la formuló Frank carece de fundamentos sólidos como criterio general”. (*Límites...*, s.n.p.)

⁵⁴⁹ Cf. WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung*. Freiburg/Bresgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Recht, 1991, p.88.

Assim, a argumentação de Frank não excluiria a possibilidade de punição a título de participação, seja por cumplicidade⁵⁵⁰ ou instigação⁵⁵¹.

Por outro lado, a associação entre a versão tradicional da proibição de regresso e a – suposta – impunidade da participação negligente,⁵⁵² embora frequente, não autoriza muitas conclusões a respeito da atualidade dessa discussão.⁵⁵³ Independente da regulação legislativa que se adote em matéria de participação, a autoria unitária dos delitos culposos minimiza a relevância de tal argumento.⁵⁵⁴ Em síntese, há quem sustente que uma proibição de regresso concebida nesses termos não justificaria uma exclusão objetiva da responsabilidade do primeiro agente, o que inclui as situações de intervenção mediante condutas neutras.⁵⁵⁵

É de se notar que o pensamento de Frank tampouco representa algo uniforme, já que o termo “proibição de regresso” só surgiria em 1924, na 15ª edição do seu comentário ao Código Penal alemão⁵⁵⁶. Até então, recorria-se à supramencionada distinção entre causas e condições para sustentar uma interrupção do curso causal⁵⁵⁷. Nessa fase tardia, Frank se afasta abertamente da teoria da equivalência, passando a negar a imputação do primeiro agente⁵⁵⁸. Esse raciocínio fez germinar intuições importantes para o desenvolvimento da teoria da imputação, ante a necessidade de limitar normativamente a atribuição da responsabilidade

⁵⁵⁰ Nesse sentido, explica Feijóo Sanchez que “quien crea una precondition de esta especie sólo puede responder como partícipe en caso de que se den los presupuestos legales de la participación”. (Límites, s.n.p.). Cf. também ROBLES PLANAS, La participación en el delito, p. 84.

⁵⁵¹ Cf. HRUSCHKA, Regreßverbot..., p. 581: “a proibição de regresso formula uma condição do que hoje denominamos de instigação” (“Das Regreßverbot formuliert eine Bedingung der Möglichkeit dessen, was wir heute „Anstiftung“ nennen”); MENDES, Paulo de Sousa. Causalidade complexa e prova penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 328. Em sentido similar, cf. FRISCH, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 235.

⁵⁵² Cf. NAUCKE, Über das Regressverbot im Strafrecht, pp. 410; DIEHL, op. cit., p. 153.

⁵⁵³ Cf. NAUCKE, Über das Regressverbot, p. 423. O alcance dessa associação seria, na melhor das hipóteses, limitado. Cf., nesse sentido, a explicação de Robles Planas: “La impunidad o lo castigo de la participación imprudente no tiene nada a ver con la teoría de la prohibición de regreso, sino, más bien, con los requisitos legalmente previstos para ella” (La participación en el delito, p. 84).

⁵⁵⁴ Cf. RACKOW, Neutrale handlungen als Problem des Strafrechts., p. 564; ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso, p. 20.

⁵⁵⁵ Assim, Rackow aponta que “a opinião dominante rejeita – com razão – que o ato doloso e autorresponsável interrompa, em princípio, o nexo de imputação entre a ação prévia (negligente) e o resultado típico gerado dolosamente” (tradução livre do original: “Dass allerdings die vorsätzliche eingeverantwortliche Tat den Zurechnungszusammenhang zwischen der (fahrlässigen) Vorhandlung und dem durch den an diese Anknüpfenden vorsätzlich bewirkten tatbestandlichen Erfolg grundsätzlich unterbricht, wird zu Recht von der h.M. nicht angenommen”) – cf. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 563.

⁵⁵⁶ Cf. LING, Michael. Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, pp. 104 e ss.

⁵⁵⁷ A esse respeito, Ling argumenta que essa versão tardia da tese de Frank não se afasta da doutrina da interrupção do curso causal, mas representa uma continuidade dela (Die Unterbrechung, 105). De qualquer forma, é de se concordar que a associação entre a proibição de regresso e o problema da causalidade representa uma ideia obsoleta (cf. BLOY, René. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 136). Em sentido contrário, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 115

⁵⁵⁸ Cf. LING, Die Unterbrechung, p. 104.

pelo resultado⁵⁵⁹. Nesse sentido, até mesmo alguns críticos dessa doutrina admitem que o seu abandono possa ter contribuído para a negligência em relação à questão da delimitação de âmbitos de responsabilidade⁵⁶⁰.

Por mais que algumas dessas críticas possam ser acertadas, a questão da responsabilidade do primeiro agente perante a atuação de terceiros não foi inaugurada pela versão clássica da doutrina da proibição de regresso. Conforme apontamos no capítulo 2, essa ideia passou por uma série de transformações, estas compreendidas entre a antiga teoria da interrupção da causalidade do século XIX e os tempos atuais. De forma gradativa, a ideia de uma proibição genérica de regredir ao primeiro agente deu lugar à invocação de critérios dogmaticamente flexíveis (previsibilidade, adequação, dominabilidade), no sentido de viabilizar esse juízo de responsabilização⁵⁶¹.

Com a retomada da(s) teoria(s) da imputação objetiva a partir da década de 70, verifica-se o estabelecimento de uma série de modelos de imputação, de maneira que um uma construção dogmática unitária deixa de ser reconhecível.⁵⁶²

Essa dinâmica terá um impacto relevante no tratamento dos casos relativos à proibição de regresso:

“Apesar da diversidade de abordagens, no entanto, a essa altura já é evidente que os mesmos critérios frequentemente desempenham o mesmo papel ou se sobrepõem na aplicação dos critérios de responsabilidade. De forma repetida, recorre-se a ideias como a do aumento de risco, o fim de proteção da norma, o princípio da confiança, a inclinação de terceiros e a distribuição de âmbitos de responsabilidade”.⁵⁶³

Assim, resta claro que a restrição da proibição de regresso aos casos de atuações dolosas do segundo agente se insere num contexto tendente a incriminar a contribuição do primeiro atuante. A distinção entre as condutas culposas e dolosas não se sustenta enquanto

⁵⁵⁹ Cf. BLOY, René. De Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 131; FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade, p. 136. Nesse sentido, ver LESCH, Das Problem der sukzessiven Beihilfe. Bonn: Peter Lang, 1991, p. 278: “a proibição de regresso não constitui uma especificidade da cumplicidade (...); sua função consiste em demarcar, de modo geral, os limites da imputação”.

⁵⁶⁰ Cf. WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung. Freiburg/Bresgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Recht, 1991, pp. 83-84.

⁵⁶¹ Cf. DIEHL, Das Regreßverbot, pp. 122-131.

⁵⁶² Cf. DIEHL, Das Regreßverbot, p. 146.

⁵⁶³ Tradução livre do original em DIEHL, Das Regreßverbot, p. 146: “Trotz der Verschiedenartigkeit der Ansätze fällt jedoch bereits an dieser Stelle auf, dass immer wieder die gleichen Kriterien eine Rolle spielen bzw. Überschneidungen in der Anwendung der haftungskriterien erkennbar werden. So wird immer wieder der Gedanke der Risikoerhöhung, der Schutzzwecks der Norm, der Vertrauensgrundsatz, die Tatgeneigheit des Dritten und die Einteilung verschiedener Verantwortungsbereichen herangezogen“.

critério de limitação de âmbitos de responsabilidade, na medida em que ambas pressupõem uma atuação livre⁵⁶⁴. Outras tentativas de justificar essa diferenciação tampouco parecem convincentes. Mayer, por exemplo, argumentava pela falta de necessidade de pena, a qual restaria atendida pelo castigo da atuação dolosa, enquanto Larenz apelava ao “sentimento jurídico” para excluir a possibilidade de uma ampla proibição de responsabilizar o primeiro agente.⁵⁶⁵ Essa distinção entre intervenções dolosas e culposas representa um dos aspectos mais criticados da antiga versão dessa doutrina. Se faz sentido falar numa proibição de regresso, faltam justificativas convincentes para limitá-la ao favorecimento culposo de delitos dolosos⁵⁶⁶.

A despeito de tantas críticas, a noção de uma proibição de regresso continua sendo invocada⁵⁶⁷ por diversos setores da doutrina, ainda que a partir de distintas fundamentações. Muitas dessas tentativas de reabilitar e reformular essa figura dogmática acabam por coincidir, direta ou indiretamente, com a discussão referente à punibilidade das condutas neutras. Nesse sentido, o argumento de que a relevância penal de condutas neutras ou cotidianas diz respeito ao desvalor de conduta⁵⁶⁸ – ao passo que a proibição de regresso excluiria apenas o desvalor de resultado – representa uma objeção válida, a qual parece justificar as tentativas de reformular as bases dessa doutrina.

Contudo, como veremos com mais detalhes ao longo deste capítulo, parte significativa das tentativas no sentido de reformular a proibição de regresso trabalha essa temática também a partir do desvalor de conduta.⁵⁶⁹ Essas reflexões permitem sintetizar uma conclusão provisória: *a capacidade de rendimento de qualquer teoria no sentido de limitar a*

⁵⁶⁴ Cf. DIEL, Das Regreßverbot, pp. 262-3; GRECO, Cumplicidade por ações neutras, p. 26; JAKOBS, Regreßverbot beim Erflogsdelikt, p. 7.

⁵⁶⁵ Cabe destacar o ensinamento de Feijóo Sánchez (Límites, s.n.p.): “esta idea considera equivocadamente que el derecho penal se dedica a buscar algún “chivo expiatorio” y no a regular conductas desvalorando determinadas modalidades de comportamiento. En mi opinión, la “teoría tradicional de la prohibición de regreso” no es aceptable, por lo que en aquellos casos en los que el hecho o el resultado típicos son responsabilidad de una cadena de sujetos, la imputación jurídico-penal debe retroceder hasta el último de los eslabones que se haya comportado de forma desaprobada por la norma”. No mesmo sentido, cf. DIEL, Das Regreßverbot, p. 264; JAKOBS, Regreßverbot beim Erflogsdelikt, p. 9.

⁵⁶⁶ Cf. ROSENTAL, Ricardo D. La prohibición de regreso en los delitos de resultado: ubicación sistemática y delimitación. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 5, 9A, p. 539.

⁵⁶⁷ ROXIN, Observaciones sobre la prohibición de regreso, p. 21.

⁵⁶⁸ Cf. ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 215 e ss. Próximo, Frisch vislumbra a problemática dos casos envolvendo a proibição de regresso a partir do prisma do comportamento típico (Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 234).

⁵⁶⁹ Assim, conforme argumenta Diel, tanto o resultado como a conduta seriam dados relevantes para a formação do injusto típico relativo aos casos de proibição de regresso: “Vielmehr werden bei dem im Frage stehenden tatbestandlichen Unrecht der Regreßverbotsfälle sowohl Erfolgs- als auch Handlungsmomente relevant“ (Das Regreßverbot, p. 277).

punibilidade de condutas neutras dependerá da sua aptidão de fornecer respostas dogmaticamente convincentes no âmbito da desaprovação da conduta típica.

A inconveniência de tratar a possibilidade de responsabilizar o primeiro agente a partir do desvalor de resultado se faz notória já nas antigas teorias da imputação objetiva. Assim, por exemplo, Larenz desenvolveu o critério da dominabilidade do resultado para limitar a imputação aos eventos que fossem determinados pela vontade humana. Dessa maneira, o que fosse considerado fruto do mero acaso restaria excluído do juízo de imputação.⁵⁷⁰ A partir disso, o referido autor negava a ideia de uma proibição genérica de regresso, sob o argumento de que apenas as intervenções dolosas de terceiros “não seriam domináveis”.⁵⁷¹

Dessa forma, qualquer pretensão restritiva resta esvaziada, na medida em que se continua recorrendo a critérios genéricos (dominabilidade, adequação, previsibilidade etc.)⁵⁷². O fato do desvalor de conduta ter sido negligenciado pela maior parte da doutrina⁵⁷³ explica a permanência desse procedimento argumentativo: se o determinante para a responsabilidade penal reside na atribuição de um resultado ao comportamento do agente, o espaço para uma limitação objetiva no sentido de uma efetiva proibição de regresso passa a ser restrito, quando não inexistente⁵⁷⁴. A título de exemplo, pode-se mencionar a objeção de Kindhäuser, que considera ilógica a pretensão de afastar o caráter proibido de uma conduta em razão da intervenção de terceiros⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ Cf. DIEHL, Das Regreßverbot, p. 136.

⁵⁷¹ DIEHL, Das Regreßverbot, p. 138.

⁵⁷² Para uma crítica do argumento de Larenz, cf. Das Regreßverbot, op. cit., p. 139; NAUCKE, Regreßverbot, p. 410. Na mesma linha, aponta Jakobs que o fundamento da dominabilidade recairia num argumento circular, na medida em que se argumenta o que deveria ser demonstrado em primeiro lugar (Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, p. 7). O fato de um curso causal não ser dominável pode, ainda, fundamentar a proibição de um comportamento arriscado. A falta de dominabilidade, por si, não exclui a responsabilidade pelo resultado; o determinante é saber por qual razão isso ocorre. Cf. DIEHL, Das Regreßverbot, p. 300; FRISCH, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 234; ROBLES PLANAS, La Participación, p. 89.

⁵⁷³ Nesse sentido: “¿Qué queda entonces para la imputación del resultado? Poco. Una vez se ha determinado que una conducta está típicamente prohibida, sólo se plantea como cuestión de imputación el constatar que el resultado finalmente producido en la relación necesaria con el peligro que implicaba la conducta (...)” (cf. FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004, p. 86). Próximo, SCHUMANN, Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, p. 3.

⁵⁷⁴ A afirmação vale também para a problemática das condutas neutras, já que uma inclinação excessiva ao desvalor de resultado praticamente impossibilita uma interpretação restritiva dessa forma de intervenção. Cf., por todos, RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, p. 56.

⁵⁷⁵ Cf. KINDHÄUSER, op. cit., p. 99. A afirmação é consistente com a definição do autor para as normas de conduta, nos termos da qual a ilicitude penal é concebida a partir de uma perspectiva *ex post*. No mesmo sentido, VOGEL, Joachim. Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, pp. 55 e ss: a realização do resultado é tida como “núcleo da norma de conduta”. Para uma avaliação crítica dessa perspectiva, ver ROBLES PLANAS, Ricardo. Normas de Conducta, inDret 01/2019.

Feitas essas considerações, passaremos a discutir as principais tentativas de reabilitar a doutrina da proibição de regresso. Por um lado, sustenta-se que a semelhança entre essas novas teorias e a tradicional construção de Frank seria essencialmente nominal⁵⁷⁶; por outro, há quem argumente que se trata de uma temática atual, especialmente no que diz respeito à delimitação do círculo de responsáveis por um fato delitivo⁵⁷⁷.

O fundamento das consequências dogmáticas extraídas do pensamento de Frank (i.e. a impunidade da participação culposa, a restrição da instigação e a distinção entre causas e pré-condições) pode ser resumido na diferenciação entre causas físicas e psíquicas⁵⁷⁸. Trata-se da distinção entre causalidade física e causalidade intermediada psiquicamente: se A deixa uma arma ao alcance de B e este vem a cometer um assassinato, A não poderia ser responsabilizado como autor⁵⁷⁹. Nesse contexto, o conceito de causa não é definido de forma naturalística, mas como *causa libera*, isto é, uma ação humana livre⁵⁸⁰.

Muitos penalistas consideram essa distinção problemática, chegando a rejeitar explicitamente a ideia de uma *causalidade psíquica*⁵⁸¹. Nessa mesma linha, há quem critique a pretensão de uma proibição genérica de regresso, seja apontando as dificuldades do manejo prático dessa figura⁵⁸² ou ressaltando o seu suposto caráter “insensível à política criminal” e avesso ao princípio da segurança jurídica⁵⁸³.

⁵⁷⁶ Cf. GRECO, Cumplicidade através de ações neutras, p. 27.

⁵⁷⁷ Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Verantwortlichkeit in Hierarchien, p. 149. In: Zurechnung als Operationalisierung der Verantwortung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. Ainda: “La "prohibición de regreso" en el sentido analizado hasta ahora no es, sin embargo, una idea o construcción que sólo ofrezca interés histórico. En la moderna discusión sobre la tipicidad es una idea que se sigue manteniendo presente. Los partidarios de esta teoría han ido renovando sus argumentaciones para poder llegar a las mismas conclusiones.” (FEIJÓO SANCHEZ, Límites, s.n.p.).

⁵⁷⁸ Cf. KUDLICH, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, p. 375; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de la Accessoriedad. Buenos Aires: BdeF, 2015, p. 394; ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Regressverbot, p. 178. In: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin: DeGruyter, 1989; STÜBINGER, Stephan. Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten, p. 612; BLOY, René. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 130; HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 110, ano 1998, p. 592; RENZIKOWSKI, Joachim. Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 112 e ss.

⁵⁷⁹ Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 157, 160 e ss.

⁵⁸⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 112 e 117; *idem*, Ist psychische Kausalität nach dem Begriff Möglich?, p. 214. In: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2011; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de la Accessoriedad, p. 395; ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Regressverbot, p. 178.

⁵⁸¹ HRUSCHKA, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, p. 586.

⁵⁸² WALTHER, Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung, p. 70.

⁵⁸³ RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 169 e ss.

Como discutimos nos primeiros capítulos, é certo que as antigas teorias da interrupção da causalidade tratavam da mesma problemática da proibição de regresso (i.e. a responsabilidade do causador mediato). No entanto, muitos autores questionam a afirmação de que haveria uma relação de continuidade entre ambas. Nesse sentido, Renzikowski sustenta que a doutrina de Frank constituiria uma teoria normativa da imputação⁵⁸⁴. De forma similar, Peñaranda Ramos reconhece que essa figura dogmática constituiria “uma normatização substancial (...) na direção adequada”⁵⁸⁵, enquanto van Weezel afirma que a normatização da proibição de regresso (i.e. a sua integração na teoria da imputação sob o pretexto de delimitar esferas de responsabilidade) ainda representa uma tarefa a ser concluída⁵⁸⁶.

Nesse contexto, parte da doutrina busca formular novos fundamentos para a proibição de regresso, que deixa de ser trabalhada como um problema de causalidade e passa a ser discutida na esfera da tipicidade. A partir desse panorama será possível avaliar até que ponto esse apelo é justificado, sem perder de vista a relação com o tema da intervenção por condutas neutras.

4.2. “DIRIGIBILIDADE” E DEFINIÇÃO DE ÂMBITOS DE RESPONSABILIDADE (OTTO)

Harro Otto busca reformular a antiga doutrina da proibição de regresso a partir de parâmetros normativos. O juízo de imputação relativo ao primeiro agente deve ser fundamentado a partir da sua responsabilidade por fatos próprios.⁵⁸⁷ A mera previsibilidade seria insuficiente para essa finalidade, na medida em que ela fundamentaria apenas o desvalor de resultado.⁵⁸⁸ Assim, haveria a necessidade de um critério autônomo para esse “processo de atribuição de responsabilidades”⁵⁸⁹. Esse processo dependeria do que o autor denomina de

⁵⁸⁴ RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 114.

⁵⁸⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de la Accessoriedad, p. 395

⁵⁸⁶ VAN WEEZEL, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, p. 70.

⁵⁸⁷ OTTO, Harro. Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung. In: Jus humanum – Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, p. 501.

⁵⁸⁸ OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, p. 496.

⁵⁸⁹ OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, p. 494. Idem, Grundkurs Strafrecht. Berlin: DeGruyter, 2004, p. 63: “É necessária a constatação de um nexo adicional entre o sujeito e o resultado, o que possibilita compreender valorativamente o evento como a realização do resultado por parte de uma determinada pessoa.” (trad. Livre do original: “Es muss ein weiterer

controlabilidade ou dirigibilidade (*Steuerbarkeit*): o fundamento da autorresponsabilidade residiria na ação autônoma. A responsabilidade termina onde se inicia o atuar autônomo do terceiro interveniente.⁵⁹⁰

O critério proposto por Otto foi e continua sendo objeto de uma série de críticas. Robles Planas considera-o inoperante para fins de imputação. Para o penalista espanhol, a dirigibilidade traduziria uma categoria demasiadamente imprecisa para delimitar esferas de responsabilidade.⁵⁹¹ Ainda, o fato de alguém controlar ou não um evento lesivo seria um mero dado pré-jurídico.⁵⁹² De forma similar, Diel considera que o critério aqui discutido não passaria de uma fórmula vazia.⁵⁹³ Naturalmente, é preciso compreender o objeto dessas críticas antes de avaliá-las.

Em apertada síntese, o conceito de dirigibilidade definiria quando uma pessoa poderia ser considerada sujeito de um evento. Não se trata, portanto, de um conceito pré-jurídico, como é o caso do conceito de dominabilidade (i.e. a capacidade de influenciar cursos causais)⁵⁹⁴. Pelo contrário, o conceito exprime a atribuição de um significado, compreendido como um nexó normativo.⁵⁹⁵ O termo não deve, portanto, ser entendido como um sucedâneo de outros critérios pré-jurídicos, como a previsibilidade, a evitabilidade ou a já citada dominabilidade⁵⁹⁶.

Nesse sentido, cabe mencionar a explicação do próprio autor:

“A dirigibilidade representa algo além da previsibilidade e da possibilidade de controlar ou evitar um resultado (...). Dirigibilidade significa a

Zusammenhang zwischen Subjekt und Erfolg ausgemacht werden, der es erlaubt, das Geschehen wertend als täterschaftliche Erfolgsverwirklichung einer bestimmten Person zu erfassen“).

⁵⁹⁰ OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, pp. 498-499; idem, Personales Unrecht, Schuld und Strafe. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 87, p. 570: “A importância do princípio da controlabilidade da conduta na doutrina do injusto pessoal é central: os limites da vontade demarcam os limites da responsabilidade criminal” (tradução livre do original: “Dem Prinzip der Steuerbarkeit des Verhaltens kommt demgemäß in einer personalen Unrechtslehre zentrale Bedeutung zu: Die Grenzen des Willens markieren auch die Grenzen der strafrechtlichen Haftung”).

⁵⁹¹ ROBLES PLANAS, La participación en el delito, p. 89; similar, ROXIN, Observaciones sobre la prohibición de regreso, p. 24.

⁵⁹² ROBLES PLANAS, La Participación, p. 82.

⁵⁹³ DIEL, Das Regreßverbot, p. 189.

⁵⁹⁴ Até mesmo críticos desse entendimento, como Diel, pontuam que a dirigibilidade não se confunde com a dominabilidade (Das Regreßverbot, p. 298, nota 442).

⁵⁹⁵ OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, p. 497. Idem, Grundkurs Strafrecht, p. 64.

⁵⁹⁶ Nesse sentido, cf. ROBLES PLANAS, La Participación, p. 89; ROXIN, Observaciones sobre la prohibición de regreso, p. 24.

possibilidade de reconduzir um acontecimento a uma pessoa enquanto sujeito”.⁵⁹⁷

Assim, a norma de conduta não se define pela causação de um resultado, mas pela criação ou incremento de perigos que se realizam nele. Este só poderá ser imputado ao agente que os tenha criado ou incrementado⁵⁹⁸. Nos termos do que Otto denomina de princípio da responsabilidade, cada pessoa só pode ser penalizada pelo próprio comportamento. Assim, não há de se falar em risco juridicamente desaprovado diante da atuação de terceiros responsáveis⁵⁹⁹. A delimitação desses âmbitos de responsabilidade dependeria da interpretação de cada dever de cuidado.⁶⁰⁰

É de se assinalar que essa construção se afasta de uma proibição geral de regresso⁶⁰¹, na medida em que a isenção do primeiro agente só se verificaria quando a concretização do resultado não pudesse ser atribuída ao perigo original, como em alguns casos envolvendo a atuação arriscada de terceiros⁶⁰². Assim, por exemplo, se o responsável por uma lesão corporal chamar um táxi para socorrer a vítima e esta vier a falecer em função de um acidente viário, o novo perigo inviabiliza a responsabilização do primeiro interveniente⁶⁰³.

Em sentido contrário, haverá responsabilização na ausência de um perigo autônomo, isto é, nas hipóteses em que a lesão ao bem jurídico se realizar a partir do comportamento de terceiros, sem deixar de derivar do perigo originalmente criado⁶⁰⁴. Otto menciona alguns exemplos nesse sentido, como os casos envolvendo erros médicos no tratamento de lesões graves ou o emprego de materiais inflamáveis na construção de edifícios incendiados por terceiros⁶⁰⁵. Outras exceções seriam os casos envolvendo omissão imprópria⁶⁰⁶, bem como a maioria das situações relativas à interrupção de cursos causais salvadores⁶⁰⁷.

O grande mérito da proposta de Otto recai no seu ponto de partida. A pretensão de delimitar âmbitos de responsabilidade nos casos envolvendo a intervenção de vários agentes é pertinente e pode – se bem executada – contribuir tanto para a reabilitação da doutrina da

⁵⁹⁷ OTTO, Grundkurs Strafrecht, p. 63: “Steuerbarkeit ist stets mehr als Vorhersehbarkeit und Möglichkeit, einen Erfolg herbeizuführen oder zu vermeiden (...). Steuerbarkeit heißt Rückführbarkeit eines Geschehens auf eine Person als Subjekt des Geschehens”.

⁵⁹⁸ OTTO, Grundkurs Strafrecht, p. 64

⁵⁹⁹ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 499.

⁶⁰⁰ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 507.

⁶⁰¹ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 500.

⁶⁰² Cf. Grundkurs Strafrecht, p. 65.

⁶⁰³ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 507.

⁶⁰⁴ Cf. Grundkurs Strafrecht, p. 65.

⁶⁰⁵ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 508.

⁶⁰⁶ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 504.

⁶⁰⁷ Cf. OTTO, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs, p. 505.

proibição de regresso como para uma solução restritiva no campo das condutas neutras. No entanto, a aplicação prática do critério da dirigibilidade demonstra que algumas das críticas a ele apontadas têm a sua razão de ser.

Em primeiro lugar, os exemplos trazidos pelo autor pouco esclarecem o que se compreende sob a distinção entre perigos originários e autônomos. Isso é notório quando se observa o exemplo do incêndio causado por terceiros no edifício de um proprietário que tenha criado um perigo inicial ao deixar de observar certos deveres de cuidado. Não parece óbvia a afirmação de que essa intervenção posterior tenha realizado o perigo originário criado pelo primeiro agente. A premissa de que uma determinada norma de cuidado abarcaria condutas de terceiros responsáveis carece de fundamentação. Além disso, tal argumentação tende a esvaziar o próprio critério da dirigibilidade, bem como a sua fundamentação a partir da autorresponsabilidade⁶⁰⁸.

Ademais, não está claro se a atribuição de responsabilidades a partir do critério da dirigibilidade se refere exclusivamente ao desvalor de conduta, uma vez que Otto tenta resolver uma série de problemas dogmaticamente distintos, como a atuação de terceiros, a autocolocação em risco, a interrupção de cursos causais salvadores etc. Enxergar como cada conclusão distinta se relaciona com o critério apresentado pelo autor não constitui tarefa simples. Ao fim e ao cabo, o que se vislumbra é um agrupamento de soluções de cunho tópico, com pouca ou nenhuma relação com esse princípio de imputação⁶⁰⁹.

Dessa maneira, os apontamentos aqui realizados nos permitem elaborar uma breve conclusão: apesar do ponto de partida potencialmente correto, o argumento de Otto não fornece critérios claros para delimitar os limites da intervenção delitativa, não representando uma reabilitação convincente da doutrina da proibição de regresso.

4.3. PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE E INJUSTO DE AÇÃO (SCHUMANN)

⁶⁰⁸ Se o problema nuclear da intervenção delitativa incorre na dificuldade em se atribuir a alguém um ato praticado por um terceiro responsável (cf. VAN WEEZEL, Alex. ¿Necesitamos de una nueva teoría de la intervención delictiva?, p. 369. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos. Lima: Ara, 2008), a conclusão de que o âmbito de responsabilidade do primeiro agente abrangeria um incêndio praticado por terceiros demanda um fundamento adicional.

⁶⁰⁹ Nessa linha, Van Weezel reputa deficiente a fundamentação de Otto. Isto porque a referida tese permaneceria vinculada ao paradigma naturalístico do autor individual, a despeito do seu alegado caráter normativo. Cf. VAN WEEZEL, Alex. Beteiligung bei Fahrlässigkeit – Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 158.

Igualmente digna de menção é a proposta de Heribert Schumann, que busca fundamentar a responsabilidade perante atos de terceiros a partir de um “dever ampliado de cuidado” (*erweiterter Sorgfaltsflicht*). Haveria, nas palavras do próprio autor, um paralelo entre essa fundamentação e as doutrinas da proibição de regresso⁶¹⁰. Vale dizer que a maior parte das menções ao seu trabalho sobre o princípio da autorresponsabilidade se restringe à temática da culpabilidade. A questão – mais fundamental – a respeito da responsabilidade pela atuação de terceiros parece ter sido pouco discutida, de forma que alguns apontamentos podem ser necessários.

A primeira consequência do princípio da autorresponsabilidade, nos termos da tese de Schumann, consiste na restrição do âmbito de responsabilidade de cada agente à sua própria atuação.⁶¹¹ Tal concepção refletiria até mesmo no princípio da confiança, entendido como uma “expectativa fundamentada normativamente”⁶¹². Dessa maneira, o fundamento do mencionado princípio não residiria numa ponderação de interesses, mas nessa divisão de âmbitos de responsabilidade⁶¹³. Sua aplicação, portanto, abrangeria as situações envolvendo a utilização de prestações alheias.

É a partir da relação que Schumann estabelece entre autorresponsabilidade e confiança que se faz possível a compreensão dos chamados deveres ampliados de cuidado. Se cada um só pode responder pelos seus próprios atos, a responsabilização do primeiro agente perante terceiros só poderia ser admitida excepcionalmente⁶¹⁴. Esse aspecto pode ser de especial interesse para o leitor brasileiro, na medida em que essas hipóteses representariam casos de autoria⁶¹⁵.

Um exemplo de dever ampliado de cuidado residiria nos casos envolvendo o chamado “dever de exonerar” (*Entlastungspflicht*)⁶¹⁶. Nessas situações, haveria uma assunção de deveres de cuidado por parte do primeiro agente, que não poderia invocar a autorresponsabilidade de terceiros⁶¹⁷. Nessa exceção ao princípio da confiança, a relação

⁶¹⁰ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 2.

⁶¹¹ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 6.

⁶¹² SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 16.

⁶¹³ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 9.

⁶¹⁴ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 113.

⁶¹⁵ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 107 e ss.

⁶¹⁶ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 113.

⁶¹⁷ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 22: o princípio da confiança só se aplicaria à atuação posterior de terceiros “(...) quando o homem de trás for incumbido de um dever que ultrapasse o normal (...) e consista na tarefa de liberar o homem da frente de qualquer medida de cuidado” (trad. livre: “wenn der Hintermann eine über das Normale Pflicht trifft, seine Aufgabe nämlich darin besteht (...), der Vordermann von Sorgfaltsmassnahmen (...) zu entlasten”).

usual se inverte, na medida em que apenas o primeiro atuante é responsabilizado. Exemplos nesse sentido recairiam nos casos envolvendo a atuação de profissionais altamente qualificados, como consultores tributários⁶¹⁸, bem como nas hipóteses envolvendo a responsabilidade pela produção de bens de consumo⁶¹⁹.

Assim, quem declara um tributo sob a orientação de um profissional não estaria obrigado a revisar diligentemente os termos desse serviço prestado. Da mesma maneira, o comprador de um veículo defeituoso estaria autorizado a confiar na diligência dos responsáveis pela sua fabricação, uma vez que “quem assume o papel de produtor fundamenta (...) uma situação fática de confiança”⁶²⁰.

Outra hipótese de dever ampliado estaria compreendida nos casos envolvendo a responsabilidade de instruir terceiros. Nessas circunstâncias, haveria uma posição de garantidor⁶²¹. Para fins ilustrativos, Schumann menciona o exemplo de um médico que instrui erroneamente uma enfermeira a respeito da dose de um medicamento⁶²². Novamente, a atuação posterior de um terceiro responsável não isenta o primeiro interveniente, cuja atuação não se encontra sob a proteção do princípio da confiança.

A tese de Schumann tem o inegável mérito de buscar delimitar a responsabilidade de cada interveniente a partir do desvalor de conduta do ilícito penal. No entanto, essa proposição se afasta de sobremaneira da pretensão de uma proibição de regresso, que deixa de ser um critério de imputação para se traduzir num mero resultado da aplicação do princípio da confiança⁶²³.

Um aspecto especialmente controverso dessa proposta diz respeito à pretensão de deduzir o princípio da confiança como um sucedâneo da autorresponsabilidade. Em primeiro lugar, é preciso dizer que essa fundamentação representa apenas uma das formas de concebê-lo.⁶²⁴ Uma adesão a essa premissa, portanto, demandaria uma especial fundamentação, bem como conclusões coerentes com seus postulados.

⁶¹⁸ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbsterantwortung der Anderen*, p. 23.

⁶¹⁹ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbsterantwortung der Anderen*, p. 26.

⁶²⁰ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbsterantwortung der Anderen*, p. 119.

⁶²¹ Cf. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbsterantwortung der Anderen*, p. 121.

⁶²² SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbsterantwortung der Anderen*, p. 122.

⁶²³ Nesse sentido, cf. KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, p. 377.

⁶²⁴ De forma muito resumida, é possível mencionar as seguintes teorias: a antiga “teoria premial” (*Prämientheorie*), que condicionava o princípio da confiança ao comportamento cuidadoso do agente fiel ao direito; a “teoria do interesse” (*Interessentheorie*), que deriva o referido princípio a partir do risco permitido; a sua versão ampliada (*erweiterte Interessentheorie*), defendida por Kuhlen, que busca conciliar a autorresponsabilidade com a proteção de bens jurídicos e a baseada na delimitação de âmbitos de

No entanto, as considerações de Schumann padecem de problemas incontornáveis. Se a proteção da confiança é concebida como um dado puramente normativo, a exceção decorrente de “indícios concretos de falta de confiança”⁶²⁵ não se sustenta. Em outras palavras, uma aplicação consequente desse princípio não poderia ser limitada na presença de dados empíricos, como a probabilidade de um comportamento defeituoso por parte de terceiros.⁶²⁶ O mesmo pode ser afirmado sobre o argumento relativo à temática da responsabilidade penal pelo produto, cuja relação com o princípio da autorresponsabilidade passa longe de representar algo evidente⁶²⁷.

Por fim, é no mínimo discutível se essa versão do princípio da confiança realmente tem alguma relação com a constelação de casos comumente associada à doutrina da proibição de regresso. A princípio, parece acertada a afirmação de que se trataria de critérios de imputação distintos: por um lado, a proibição de regresso diz respeito à questão da legitimação da responsabilidade por atos delitivos de terceiros no âmbito da intervenção delitiva⁶²⁸, enquanto o princípio da confiança estaria restrito a um dever de compensar o comportamento descuidado de outras pessoas⁶²⁹.

4.4. PROIBIÇÃO DE REGRESSO COMO LIMITE TÍPICO (DIEL)

Katja Diel propõe uma via peculiar para tratar dos casos relativos à proibição de regresso. Em seu extenso e detalhado trabalho sobre o tema, argumenta a autora pela necessidade de uma solução que fundamente uma liberdade geral do primeiro agente. Tal restrição haveria de abranger os casos de atuação dolosa e negligente de terceiros, bem como as situações de autolesão consentida⁶³⁰.

Após discutir a maior parte dos modelos dogmáticos defendidos por outros setores da doutrina, Diel chega à conclusão de que tais critérios não passariam de fórmulas vazias e inaptas para resolver o problema referente à responsabilidade do primeiro agente⁶³¹. Assim, as

responsabilidade, defendida por autores como Schumann e Stratenwerth. Cf. BRINKMANN, Bernhard. Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung. Berlin: Duncker und Humblot, pp. 117 e ss.

⁶²⁵ SCHUMANN, Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, p. 26.

⁶²⁶ Cf. BRINKMANN, op. cit., p. 134; PIZARRO, Nathalia Bautista. Das Erlaubte Vertrauen im Strafrecht – Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatz im Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, p. 203.

⁶²⁷ Nesse sentido, BRINKMANN, Der Vertrauensgrundsatz, p. 134.

⁶²⁸ PIZARRO, Das Erlaubte Vertrauen, p. 115.

⁶²⁹ PIZARRO, Das Erlaubte Vertrauen, pp. 115 e ss.

⁶³⁰ DIEL, Das Regreßverbot, p. 179.

⁶³¹ DIEL, Das Regreßverbot, p. 189.

tentativas de solução baseadas em critérios como o princípio da confiança, a criação do risco ou a previsibilidade do resultado não passariam de meras opiniões desprovidas de qualquer fundamento dogmático.⁶³²

De qualquer maneira, compreender a solução proposta pela autora parece mais salutar do que entrar no mérito dessas críticas.⁶³³ Trata-se de uma concepção ambiciosa e muito próxima do sentido original de uma ampla proibição de retroceder ao âmbito de responsabilidade do causador mediato. Resta então saber se o parâmetro invocado para desautorizar as soluções de outros autores é atendido pelos fundamentos expostos por Diel.

Nessa linha, a autora contesta a necessidade de soluções flexíveis e casuísticas, apontando a existência de argumentos de natureza dogmática e político-criminal favoráveis a uma proibição geral de regresso.⁶³⁴ Não existiria justificativa para a distinção baseada na forma da intervenção – dolosa ou culposa – do segundo agente, e nem mesmo a infração de um crime de perigo (como a posse ilegal de armas) se prestaria a fundamentar a responsabilidade do primeiro.⁶³⁵

Quer dizer que o tratamento dogmático desses casos carece de uma solução clara e fundamentada⁶³⁶. Para tanto, necessita-se de um critério geral, dogmaticamente legitimado⁶³⁷ e alinhado ao princípio da taxatividade, de maneira que o destinatário da norma possa antever as possibilidades de responsabilização diante da conduta de terceiros responsáveis⁶³⁸. A liberdade do primeiro atuante traduziria um princípio geral de responsabilidade. Esse princípio seria concebido como algo independente de fins político-criminais ou argumentações baseadas numa suposta necessidade de pena⁶³⁹.

A hipótese reversa, isto é, uma responsabilidade geral por toda e qualquer lesão condicionada pelo próprio comportamento, representaria tanto uma violação ao princípio da culpabilidade como uma restrição ilegítima à liberdade de ação⁶⁴⁰. Partindo dessas

⁶³² DIEL, Das Regreßverbot, p. 190.

⁶³³ Para um panorama completo nesse sentido, v. DIEL, Das Regreßverbot, pp. 191-266.

⁶³⁴ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 210-11.

⁶³⁵ DIEL, Das Regreßverbot, p. 213.

⁶³⁶ DIEL, Das Regreßverbot, p. 267.

⁶³⁷ DIEL, Das Regreßverbot, p. 270.

⁶³⁸ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 271-4.

⁶³⁹ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 271 e 278.

⁶⁴⁰ DIEL, Das Regreßverbot, p. 270.

considerações, Diel tematiza a proibição de regresso no âmbito do limite geral do tipo, o que representaria um aspecto prévio à imputação objetiva propriamente dita⁶⁴¹.

Tal opção estaria justificada em razão de uma sobrecarga⁶⁴² dessa doutrina, sobretudo em face de um conjunto heterogêneo de problemas:

“(…) Uma inclusão dos casos da proibição de regresso nesse âmbito dogmaticamente inseguro traz ainda o perigo referente aos fortes impactos das deficiências da doutrina da imputação objetiva no que diz respeito à questão geral sobre a responsabilização por comportamentos alheios”⁶⁴³

Além disso, Diel argumenta que o tratamento da proibição de regresso não pode negligenciar o desvalor de conduta⁶⁴⁴. Nesse sentido, a autora reproduz uma crítica recorrente à preocupação excessiva da doutrina da imputação objetiva com o desvalor de resultado⁶⁴⁵. Conforme já apontamos, o desvalor de conduta traduz um ponto de partida correto, especialmente no tocante à capacidade de rendimento da proibição de regresso no tratamento da intervenção por condutas neutras⁶⁴⁶.

Realizadas essas observações, é tempo de discutir os principais fundamentos apresentados na tese da autora. Conforme já se adiantou, Diel se ancora na premissa de que cada um é responsável pelo seu próprio comportamento ilícito, a qual justificaria uma limitação objetiva em face da atuação autorresponsável de outros intervenientes⁶⁴⁷. O princípio da autorresponsabilidade representaria, então, um fundamento dogmático enraizado historicamente, na medida em que essa possibilidade de responsabilização tem como pressuposto a liberdade de agir (*Handlungsfreiheit*)⁶⁴⁸.

Um argumento adicional residiria na ideia de causalidade como liberdade, que poderia ser resumida nos seguintes termos: a responsabilidade por um resultado lesivo só poderá recair sobre quem estiver em condições de conduzir o próprio comportamento de forma

⁶⁴¹ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 274 e ss.

⁶⁴² DIEL, Das Regreßverbot, p. 275.

⁶⁴³ Tradução livre: “Eine Einbettung der Regreßverbotsfälle in diesen dogmatisch ungesicherten Bereich birgt des weiteren also die Gefahr, dass die Schwächen in der objektiven Zurechnungslehre zu starke Auswirkungen auf die allgemeine Frage der Haftung für fremdes Fehlverhalten entfalten“ (DIEL, Das Regreßverbot, p. 276).

⁶⁴⁴ DIEL, Das Regreßverbot, p. 277.

⁶⁴⁵ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 276-7. Próximo, Frisch aponta um uso inflacionário dessa teoria (Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, pp. 31 e ss.). No mesmo sentido, Vogel considera um erro categorial a pretensão de restringir o conteúdo da norma do delito de resultado a partir de critérios valorativos, na medida em que esse procedimento confundiria a questão da responsabilidade com a explicação causal do resultado (cf. Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, pp. 60-61).

⁶⁴⁶ Cf. nota 24.

⁶⁴⁷ Cf. DIEL, Das Regreßverbot, p. 279.

⁶⁴⁸ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 280 e 291.

autônoma⁶⁴⁹. Nessa linha, Diel chega a recorrer a Kant, cuja distinção entre a causalidade empírica e aquela condicionada pela liberdade fundamentaria o princípio da autorresponsabilidade⁶⁵⁰. Em outras palavras, o agir moral resultante da faculdade de julgar (*Urteilkraft*) justificaria a tese de uma proibição geral de regresso⁶⁵¹.

No mesmo contexto, a autora menciona o conceito kantiano de imputação, consistente no juízo de considerar alguém como originador (*Urheber*) de um fato, ou causa livre (*causa libera*) de uma ação⁶⁵². De forma semelhante, a doutrina hegeliana da imputação, baseada na ideia de uma ação humana livre e apta a utilizar processos causais para determinados fins, serviria como fundamento para a responsabilidade penal⁶⁵³. O limite dessa responsabilidade estaria situado nos acontecimentos exteriores que não possam ser atribuídos ao exercício da liberdade⁶⁵⁴.

Trata-se, portanto, de uma delimitação de esferas de liberdade⁶⁵⁵ baseada na máxima kantiana da liberdade⁶⁵⁶ e no conceito hegeliano de reconhecimento⁶⁵⁷. A partir dessas observações, Diel conclui pela viabilidade de uma limitação da responsabilidade do primeiro agente em termos objetivos⁶⁵⁸. De qualquer maneira, a atualidade dessa argumentação será discutida ao final do presente item, após a exposição dos demais argumentos da autora.

⁶⁴⁹ DIEL, Das Regreßverbot, p. 281.

⁶⁵⁰ DIEL, Das Regreßverbot, p. 283. “Só é possível conceberem-se duas ideias de causalidade em relação ao que acontece: a causalidade segundo a natureza ou a causalidade segundo a liberdade. A primeira é, no mundo sensível, a ligação de um estado com o precedente, em que um se segue ao outro segundo uma regra. (...) Em contrapartida, entendo por liberdade, em sentido cosmológico, a faculdade de iniciar por si um estado, cuja causalidade não esteja subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo”. (KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 462-3).

⁶⁵¹ DIEL, op. cit., p. 282.

⁶⁵² DIEL, op. cit., p. 292. Cf. KÖHLER, Michael. *Der Begriff der Zurechnung*, pp. 68-69. In: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin, Boston: De Gruyter.

⁶⁵³ DIEL, Das Regreßverbot, p. 293. Importa assinalar que esse conceito de vontade não se confunde com a moderna ideia de dolo. Da mesma forma, o que Hegel entendia por ação tampouco guarda qualquer semelhança com os conceitos homônimos mais familiares à maioria dos penalistas (cf. DIEL, Das Regreßverbot, p. 295).

⁶⁵⁴ DIEL, Das Regreßverbot, p. 296.

⁶⁵⁵ DIEL, Das Regreßverbot, p. 287; nesse sentido: “la libertad en Kant termina siendo un problema axiológico. Libre es la acción que tiene en si misma su fin e su norma; no la exterioridad de la causa, sino la del fin, y la de la medida para su juicio es el momento decisivo” (DONNA, Edgardo Alberto. *La acción libre como base de toda imputación penal*, p. 199. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012).

⁶⁵⁶ “Uma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (*A Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 43).

⁶⁵⁷ “É a personalidade que principalmente constitui a capacidade do direito e constitui o fundamento (ele mesmo abstrato) do direito abstrato, por conseguinte formal. O imperativo do direito é, portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas” (*Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40).

⁶⁵⁸ DIEL, Das Regreßverbot, p. 291.

Em termos dogmáticos, argumenta-se que essa proibição geral de regresso estaria justificada pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁵⁹. Haveria uma imagem do ser humano (*Menschenbild*) traduzida na ideia de livre desenvolvimento da personalidade e na culpabilidade⁶⁶⁰. Isto fundamentaria constitucionalmente o princípio da autorresponsabilidade⁶⁶¹, entendido como um princípio geral do direito⁶⁶².

Diel traz ainda outros argumentos de ordem dogmática, mais especificamente no âmbito do concurso de pessoas, para concretizar o princípio da autorresponsabilidade. Por essa razão, alguns esclarecimentos prévios podem se mostrar pertinentes. Assim, o conceito extensivo de autor abrange toda e qualquer contribuição causal para o resultado típico, enquanto o conceito restritivo compreende apenas a realização da ação típica. Neste último caso, as regras de participação e instigação representam fundamentos de extensão da punibilidade⁶⁶³.

Ao recorrer à doutrina clássica da imputação de Kant e Hegel para fundamentar uma proibição geral de regresso, Diel conclui que o conceito restritivo de autor seria uma expressão desse princípio da autorresponsabilidade⁶⁶⁴. Uma vez que o fundamento dessa atribuição reside numa causa humana livre (*causa libera*), ninguém poderia ser penalizado pela conduta autônoma de um terceiro responsável.

Muito embora tanto Kant quanto Hegel se insiram na tradição inaugurada por Samuel von Pufendorf e a sua doutrina da *Imputatio*, é preciso entender que não se trata de um conjunto teórico uniforme⁶⁶⁵. Ainda, é equivocado equiparar o antigo conceito de *Urheber* ao conceito restritivo de autoria⁶⁶⁶. Nesse sentido, muitos autores salientam que a noção de *causa*

⁶⁵⁹ DIEL, Das Regreßverbot, pp. 311 e ss.

⁶⁶⁰ DIEL, Das Regreßverbot, p. 312.

⁶⁶¹ DIEL, Das Regreßverbot, p. 312. Próximo, SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr, 1986, p. 1. .

⁶⁶² DIEL, Das Regreßverbot, p. 315.

⁶⁶³ Cf. ROXIN, *Strafrecht II*. München: C.H. Beck, 2003, pp. 6-7. Um panorama explicativo pode ser encontrado em Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas do direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 49-57.

⁶⁶⁴ Cf. DIEL, Das Regreßverbot, p. 339.

⁶⁶⁵ Cf. HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin, Walter de Gruyter, 2011, p. 13; SEELMAN, Kurt. *Hegels Zurechnungslehre*, p. 43. In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (org.). *Hegels Erben?* Tübingen, Mohr Siebeck, 2017. A esse respeito, Seelmann afirma que a doutrina hegeliana teria uma dimensão “teórico-institucional” que vai muito além da clássica teoria da imputação. Cf. SEELMAN, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 42 e 48.

⁶⁶⁶ A transposição direta do termo *Urheber* (de uso recorrente nas doutrinas kantiana e hegeliana da imputação) para a dogmática penal resultou em uma série de incompreensões. Nesse sentido, um aspecto essencialmente problemático do argumento de Diel reside no fato de que o que Kant compreendia sob a ideia de imputação representava algo muito mais amplo do que a responsabilização criminal. Cf. SÁNCHEZ-OSTIZ. Pablo. *Imputación y Teoría del Delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-*

libera não exclui de antemão a possibilidade de responder por atos de terceiros, além de demonstrarem algum ceticismo a respeito da pertinência de abordagens como a de Diel⁶⁶⁷. Dessa forma, a vinculação entre autorresponsabilidade e autoria restritiva não representaria uma conclusão necessária⁶⁶⁸.

Mesmo que essa linha argumentativa resultasse necessariamente na adoção de um conceito restritivo de autoria, a argumentação de Diel traz uma lacuna que não pode ser ignorada. Apesar de defender um sistema diferenciador, a autora pouco se ocupa do problema dos fundamentos da participação⁶⁶⁹. Trata-se de aspecto relevante, pois o entendimento majoritário da doutrina alemã concebe o ilícito do partícipe como algo *derivado* do autor principal, o que é inconciliável com essa justificação da proibição de regresso a partir de um princípio da autorresponsabilidade⁶⁷⁰.

Em resumo, podemos concluir que a tese de Diel se apoia num ponto de partida correto ao salientar a necessidade de se discutir o desvalor de conduta no marco da tipicidade. Também é preciso apontar o inegável mérito de visualizar as incongruências de outras construções teóricas baseadas no princípio da autorresponsabilidade. No entanto, a formulação e o desenvolvimento desse princípio são problemáticos, o que torna pouco

penal contemporâneo. Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 71. Para um panorama dessa temática, v. HARDWIG, Werner. *Die Zurechnung*. Degruyter, 1957, p. 19; WELZEL, Hans. *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*. Berlin: DeGruyter, 1986, p. 19. Cf., por todos, LESCH, Heiko. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Bonn: Peter Lang, 1991, pp. 103 e ss.

⁶⁶⁷ Nesse exato sentido é a interpretação de autores como Bloy e van Weezel. Cf. BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 62; VAN WEEZEL, Alex. *Beteiligung bei Fahrlässigkeit: ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln*. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 109, com destaque pra nota 138. Sobre a dificuldade de transpor essas categorias para sociedades complexas, cf. MÜSSIG, Bernd. *Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis – zu den normativen Grundlagen der Objektiven Zurechnung im Strafrecht*, pp. 423 e ss. In: *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Carl Heymanns, 2007.

⁶⁶⁸ Nesse sentido, Lesch afirma que a imputação baseada na causalidade livre não se limita a fatos próprios: “Die Zurechnung nach dem Masstab der frei gesetzten Ursache lasse nicht nur die Verantwortung für die eigene Taten zu” (*Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 104).

⁶⁶⁹ DIEI, *Das Regreßverbot*, p. 337. Oportuno mencionar que a adesão à premissa da autorresponsabilidade fundamentada constitucionalmente não torna necessária a conclusão de Diel: “em todo caso, a afirmação de que o indivíduo só poderia ser responsável pelo próprio comportamento não decorre do princípio da autodeterminação” (Trad. livre: “dass der Einzelne nur für eigenes handeln verantwortlich sei, ergibt sich nicht aus dem Prinzip der Selbstbestimmungsfähigkeit. Cf. WALTHER, Susanne. *Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung*. Freiburg/Bresgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Recht, 1991, p.80).

⁶⁷⁰ Vale observar que ideia do injusto de participação como algo derivado de um injusto principal é muito criticada, mesmo em face de legislações que distinguem autores e partícipes. Nesse sentido, cf. ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 132: “El injusto del partícipe no pode ser de ningún modo derivado del injusto del autor. (...) La quiebra del principio de la autorresponsabilidad es, de nuevo, evidente”.

convincente a sua tentativa de estabelecer um limite típico geral à responsabilidade do primeiro agente⁶⁷¹.

4.5. PROIBIÇÃO DE REGRESSO E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA (RENZIKOWSKI)

Outra tentativa de reabilitar a proibição de regresso pode ser encontrada na obra de Joachim Renzikowski, especialmente na sua monografia sobre o conceito restritivo de autoria nos crimes culposos⁶⁷². Partindo da teoria das normas de Karl Binding, o professor de Halle busca abrir uma via alternativa no âmbito da doutrina da participação. Nesse contexto, a base da responsabilidade penal é inserida nas normas primárias de conduta, as quais não devem ser confundidas com as chamadas normas de sanção⁶⁷³.

Para entender o desenvolvimento da tese de Renzikowski, pode ser necessário esclarecer alguns aspectos fundamentais da teoria de Binding. De grande importância é a distinção entre norma e lei penal: enquanto esta última tem como destinatário o julgador, a primeira se dirige a todos os cidadãos⁶⁷⁴. Nos termos dessa perspectiva, o Direito Penal teria um caráter acessório, na medida em que a infração não contraria a lei penal, mas a realiza⁶⁷⁵. Por fim, a separação entre norma de conduta e norma de sanção é contraposta à pretensão funcionalista de determinar os limites da antijuridicidade a partir de finalidades preventivas⁶⁷⁶.

Dessa maneira, o fundamento da responsabilidade penal recai nas normas primárias de conduta, as quais regem as relações jurídicas entre cada cidadão⁶⁷⁷. O juízo de antijuridicidade pressupõe o reconhecimento de proposições jurídicas anteriores à lei penal, isto é, “uma

⁶⁷¹ Nesse sentido, vale mencionar a opinião de Feijóo Sanchez, com a qual concordamos: “A la posición de DIEL hay que objetarle que su punto de partida es demasiado radical y, por ello, no puede ser compartido. No es cierto que sólo quepan dos salidas consecuentes: o el favorecimiento imprudente es siempre punible o es siempre impune”. Límites de participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal? (Spanish Edition) . Universidad Externado. Edição do Kindle. Próxima, WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung, p.72.

⁶⁷² RENZIKOWSKI, Joachim. Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

⁶⁷³ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 50 e ss.

⁶⁷⁴ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 54.

⁶⁷⁵ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 55.

⁶⁷⁶ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 51, 53 e ss. Nesse sentido, o autor afirma que a construção de conceitos dogmáticos a partir das finalidades da pena não passaria de uma “fundamentação aparente” (op. cit., p. 54), na medida em que seria inviável delimitar o que Jakobs denomina de “esferas de organização” como um problema de prevenção.

⁶⁷⁷ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 53.

ordem jurídica da vida em comunidade”⁶⁷⁸. É nesse contexto que Renzikowski enxerga a existência de esferas jurídicas fundamentadas em princípios de autonomia e igualdade⁶⁷⁹.

Valendo-se desse princípio da autonomia, o mencionado autor fundamenta tanto a proibição de regresso como o conceito restritivo de autor. Essa relação estaria justificada por três premissas. Em primeiro lugar, a Constituição e princípios ordenadores do ordenamento jurídico expressariam uma “imagem de ser humano” (“*Menschenbild*”) consistente na representação de uma pessoa dotada de liberdade e autorresponsabilidade⁶⁸⁰. Nesse sentido, “direitos e deveres descrevem relações entre pessoas” e “o injusto típico se baseia na violação de relações jurídicas entre diferentes pessoas”⁶⁸¹.

A segunda justificativa para o princípio da autonomia recai na *teoria pessoal do bem jurídico*.⁶⁸² Nesses termos, Renzikowski atribui ao indivíduo uma liberdade garantida juridicamente, o que abrange tanto a proteção de um interesse em face de terceiros como a sua disposição autorresponsável. A responsabilidade pelos resultados da própria conduta pode ser sintetizada como o lado reverso dessa liberdade de autodeterminação⁶⁸³. Assim, o conteúdo do bem jurídico passa a ser definido a partir dessa esfera de liberdade reconhecida pelo Direito.

O terceiro e último argumento para a tese de Renzikowski recai no conteúdo das normas de conduta⁶⁸⁴. A partir do momento em que a autonomia é concebida como um princípio reitor da imputação, conclui-se que autor e partícipe não violam as mesmas normas primárias⁶⁸⁵. Divergindo da opinião dominante da literatura penal alemã, Renzikowski rejeita a ideia de um injusto acessório (i.e. derivado a partir da autoria) de participação, uma vez que essa posição seria inconciliável com o denominado princípio da autonomia.

⁶⁷⁸ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 54.

⁶⁷⁹ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 54.

⁶⁸⁰ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 67.

⁶⁸¹ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 64.

⁶⁸² Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 68.

⁶⁸³ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 69. No mesmo sentido, “o ordenamento jurídico não contempla de forma alguma finalidades individuais concretas, senão que atribui âmbitos de liberdade juridicamente protegida, nos quais cada um pode perseguir suas necessidades conforme o seu bel-prazer. Não é tarefa do direito otimizar a persecução individual de interesses, mas garantir a liberdade de persecução de interesses que não são possíveis fora da sociedade civil”. Ver RENZIKOWSKI, Deveres e Direitos – Relação Jurídica e Imputação, p. 65 (trad. Adriano Teixeira). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). Direito penal e teoria das normas. Estudos Críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁶⁸⁴ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 68.

⁶⁸⁵ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 72, 76 e 123.

Dessa maneira, se cada um é responsável pelos próprios atos, ninguém pode ser penalizado pela conduta de terceiros⁶⁸⁶. Em apertada síntese, esses seriam os fundamentos de uma proibição de regresso fundamentada na norma típica. Assim, a participação constituiria uma espécie de crime de perigo, enquanto a acessoriedade quantitativa baseada no início da execução representaria um mero pressuposto de punibilidade⁶⁸⁷. Assim, os limites da norma de conduta decorreriam da liberdade para a tomada de decisões autorresponsáveis⁶⁸⁸. A partir dessa argumentação, Renzikowski fundamenta a proibição de regresso no atuar autônomo, na medida em que “a constituição de uma comunidade jurídica e o reconhecimento recíproco das suas esferas jurídicas pressupõe a autonomia dos seus membros”⁶⁸⁹.

A coincidência com a versão clássica não é puramente nominal, na medida em que o próprio autor enxerga na construção de Frank uma teoria normativa da imputação⁶⁹⁰. Apesar da semelhança com a tese de Diel, que também fundamenta a proibição de regresso a partir de princípios normativos abstratos, Renzikowski fornece uma resposta coerente ao problema dos fundamentos da participação. Sem entrar no mérito das críticas⁶⁹¹ dirigidas à concepção do injusto do partícipe como crime de perigo, cabe discutir até que ponto é viável adaptar essa proposta ao contexto jurídico brasileiro. A esse respeito, vale mencionar a observação de Beatriz Camargo, que considera artificial a proposta de conceber o crime de participação como delito de perigo, uma vez que verbos como “auxiliar” ou “instigar” não poderiam ser compreendidos sem a referência de um resultado⁶⁹².

Ainda que o princípio da autonomia possa ser desenvolvido à luz do nosso ordenamento jurídico, a tese de Renzikowski parece indissociavelmente atrelada ao sistema diferenciador alemão. Longe de desconsiderar a originalidade e o rigor dessa obra, é de se reconhecer que a proposta inicial da presente pesquisa restaria comprometida se adotássemos um modelo de proibição de regresso atrelado a um regramento específico de concurso de

⁶⁸⁶ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 123.

⁶⁸⁷ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, pp. 127, 131 e 133. Importa destacar que Renzikowski evita caracterizar esse injusto autônomo como uma proibição genérica de criação de perigos, senão como uma “violação de deveres concretos” que viabilizem a lesão de bens jurídicos específicos (op. cit., p. 138). Nesse aspecto, o autor busca se diferenciar em relação a outras tentativas de conceber a participação como crime de perigo abstrato (Herzberg), concreto (Schaffstein) ou abstrato-concreto (Vogler). Para um panorama crítico dessas concepções, cf. ROXIN, Was ist Beihilfe?, pp. 504 e 505; RACKOW, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, pp. 85-88.

⁶⁸⁸ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 72.

⁶⁸⁹ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 72.

⁶⁹⁰ Cf. RENZIKOWSKI, Restiktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, p. 114.

⁶⁹¹ A esse respeito, cabe destacar a crítica de autores como Robles Planas, para quem essa fundamentação autônoma violaria o direito penal do fato. Cf. ROBLES PLANAS, La Participación, p. 152.

⁶⁹² Cf. CAMARGO, A teoria do concurso de pessoas, p. 198.

peessoas. Como se verá, há tentativas de reformular essa figura dogmática que minimizam a necessidade de uma distinção qualitativa entre autores e partícipes, como as de Robles Planas e Günther Jakobs. Feitos esses esclarecimentos, é tempo de avaliar essas propostas teóricas.

4.6. PROIBIÇÃO DE REGRESSO, PAPÉIS SOCIAIS E EXPECTATIVAS NORMATIVAS (JAKOBS, LESCH, CARO-JOHN)

Abordar as contribuições de Günther Jakobs e seus discípulos à teoria da imputação representa uma tarefa das mais desafiadoras. Isto porque a recepção da sua amplíssima obra transita entre a crítica⁶⁹³ e a incompreensão, especialmente no que diz respeito à função que Jakobs atribui ao Direito Penal e à polêmica relativa ao chamado Direito Penal do inimigo⁶⁹⁴.

⁶⁹³ Assim, por exemplo, afirma-se que a posição de Jakobs, que prescinde da ideia de bem jurídico como limite material à norma penal, teria “importantes implicações (...) aptas a afetar todo o sistema penal de forma perturbadora (...)” (cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 289). No mesmo sentido, ROXIN, Strafrecht I, p. 50. A teoria da prevenção geral positiva baseada na manutenção de expectativas normativas teria como efeito a “conservação, de maneira acrítica, de qualquer modelo penal, eliminando-se os limites construídos pelos direitos fundamentais” (cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 116 e ss.). Por fim, é de se mencionar o apontamento de Silva Sánchez, que associa a noção de fidelidade ao direito à punição do foro interno do cidadão (cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 370). Essa afirmação será discutida de forma mais detida posteriormente.

⁶⁹⁴ Discutir de forma exaustiva o tema do Direito Penal do Inimigo seria uma tarefa igualmente inglória. De qualquer maneira, a ideia que pode ser sintetizada no emprego prospectivo da repressão penal visando à contenção de perigos (i.e. o inimigo caracterizado pela sua incapacidade de prestar “fidelidade ao direito” e pelo seu “déficit de segurança cognitiva” – cf. JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, número 117, 2005, pp. 844 e ss.). Entre o debate iniciado em 1985 e os escritos mais recentes de Jakobs há inúmeras controvérsias interpretativas, nuances e possíveis mudanças de pensamento. Inicialmente, o tom foi assumidamente crítico, tendo em vista a tendência – já diagnosticada – de uma antecipação da punibilidade de condutas prévias à lesão de um bem jurídico. Vale notar que essa abordagem tinha em vista a própria teoria do bem jurídico: “o direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos; o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade” (cf. JAKOBS, Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, número 97, 1985, p. 756, trad. livre). Assim, discute-se até que ponto o conceito trabalhado por Jakobs seria “denunciador-crítico”, “descritivo”, “afirmativo-legitimador” (cf. GRECO, Luis. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7, pp. 211 e ss.; ROXIN, Strafrecht I, pp. 55 e ss.) ou mesmo “totalitário”, nos termos da leitura de Frank Salinger (cf. SALINGER, Frank. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? JuristenZeitung, 2006, p. 761). Este último chega a traçar um paralelo entre o conceito do penalista de Bonn e a doutrina penal nacional-socialista de Dahm e Schaffstein, bem como em relação ao conceito de inimigo político de Carl Schmitt (em sentido similar, cf. TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal 4ª ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 90). Como se vê, trata-se de um debate inegavelmente carregado. Contudo, essa associação entre o que Jakobs chama de Direito Penal do Inimigo e a filosofia política de Carl Schmitt é, no mínimo, contestável. Isto porque a concepção realista do segundo guarda pouca relação de similaridade com o normativismo do primeiro (cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. Inimigo e pessoa no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 134; MERKEL, Reinhard. Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts, p. 331. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019). Por mais que a distinção entre cidadão e inimigo compreenda dois “tipos ideais” (de um lado, o indivíduo que, a despeito de violar a norma, é reconhecido como pessoa e submetido a arcar com os custos da afirmação da expectativa através de uma pena; do outro, alguém considerado incapaz de fornecer uma segurança cognitiva mínima... – cf. JAKOBS,

Sem qualquer pretensão de encerrar tais controvérsias, pretende-se evitar uma associação apressada da versão jakobsiana da proibição de regresso aos aspectos mais criticados de seu sistema. Em outras palavras, nosso objetivo consiste em desmistificar a suposição de que a sua proposta seria – por assim dizer – politicamente inadmissível ou indigna de consideração para fins práticos.

4.6.1. Pena e imputação como “sequência comunicativa”: um panorama necessário sobre a obra de Günther Jakobs

Embora o presente item esteja dedicado à temática da imputação, a abordagem da teoria da pena constitui um percurso necessário para compreender a construção de Jakobs a respeito da punibilidade de condutas neutras. Nesse sentido, o próprio autor afirma textualmente que “pena e imputação se relacionam mutuamente”⁶⁹⁵. A sanção penal e o delito exprimem uma sequência comunicativa, na medida em que o comportamento do autor é uma ação dotada de sentido e mediada simbolicamente como um repúdio à norma⁶⁹⁶. Nesse contexto, a pena surge como uma resposta a tal violação⁶⁹⁷. O comportamento do autor, então, é marginalizado e negado como referência de sentido⁶⁹⁸.

Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. HRRS, 2004, pp. 88 e ss.), isso não significa que o inimigo não seja interlocutor num processo comunicativo (cf. SAAD-DINIZ, op. cit., p. 142). Nessa mesma linha, Polaino-Orts contesta a discrepância entre essas duas funções (comunicativa e de eliminação de perigos). Cf. POLAINO-ORTS, Miguel. Comunicação versus Coação? Considerações Críticas sobre a Pretendida Cisão da Função da Pena, pp. 170 e ss. In: Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012. Essa visão é compartilhada por Polaino Navarrete, que não enxerga uma ruptura entre a posição expressada por Jakobs em 1985 e seus trabalhos posteriores, mas uma relação de continuidade entre ambos. Cf. NAVARRETE, Miguel Polaino. Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht, pp. 538 e 541 e ss. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007. Essa linha interpretativa pode sugerir que qualquer concordância, ainda que parcial, com a teoria da pena de Jakobs seria indissociável do direito penal do inimigo. No entanto, qualquer afirmação nesse sentido dependeria de uma fundamentação minuciosa e fundamentada a respeito desse e de outros pontos controversos. Para a temática das condutas neutras, importa assinalar que a restrição da punibilidade nos casos do que Jakobs denomina de proibição de regresso se encontra distante do paradigma do inimigo, caracterizado justamente por uma incriminação adiantada de condutas neutras, isto é, pelo esvaziamento dessa proibição. Cf. SAAD-DINIZ, op. cit., p. 173; NAVARRETE, Miguel Polaino. Para onde sopram atualmente os ventos do direito penal?, p. 81. In: Teoria da pena, bem jurídico e imputação.

⁶⁹⁵ Cf. JAKOBS, Günther. System der Strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

⁶⁹⁶ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, pp. 13 e ss.; idem, Theorie der Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 12.

⁶⁹⁷ Cf. JAKOBS, Günther. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlin, Boston: De Gruyter, 1991, p. 5; Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, p. 170. In: Strafrechtswissenschaftliche Beiträge - zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

⁶⁹⁸ Cf. JAKOBS, Günther. Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, p. 165.

A valoração da posição desse autor a respeito da prevenção geral positiva exige cautela, na medida em que o termo não abrange uma, mas várias teorias⁶⁹⁹. Essa concepção pode ser considerada peculiar, mesmo diante de concepções homônimas⁷⁰⁰. Diante dessas considerações preliminares, é tempo de abordar a teoria da pena desse autor. Com isso pretende-se obter contornos mais claros a respeito da sua doutrina da imputação, especialmente em relação à proibição de regresso.

Nessa linha, Jakobs afirma que toda sociedade depende de normas válidas, as quais comportam expectativas sobre o comportamento de seus respectivos destinatários⁷⁰¹. A infração penal é concebida como uma negação da norma, que é questionada enquanto modelo de orientação⁷⁰². Ao expressar o seu comportamento como uma configuração de mundo viável, o autor frustra uma expectativa, o que resulta num conflito⁷⁰³. A resposta a esse conflito é a pena, que estabiliza a norma violada e confirma a identidade da sociedade, a qual se nega a se reconfigurar em função do comportamento defeituoso do infrator⁷⁰⁴. Essa lógica prescinde de qualquer referência a bens jurídicos. Num tom até sarcástico, Jakobs chega a afirmar que o verdadeiro bem jurídico é a validade da norma⁷⁰⁵.

⁶⁹⁹ Cf. HÖRNLE, Tatjana; VON HIRSCH, Andrew. Positive Generalprävention und Tadel, p. 83. In: SCHÜNEMANN, Bernd; HIRSCH, Andreas von; JAREBORG, Nils. Positive generalprävention: kritische analysen im deutsch-englischen dialog Uppsala-Symposium 1996. Heidelberg: CF Müller, 1998; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 367; COSTA, A dignidade humana, pp 72 e ss. A esse respeito, Hörnle e von Hirsch identificam dois tipos fundamentais no âmbito desse grupo de teorias: o primeiro postula a possibilidade de influenciar as atitudes e representações dos cidadãos através do direito penal, que exerceria uma verdadeira função pedagógica; o segundo se baseia na estabilização de expectativas, isto é, na manutenção do próprio sistema penal. Assim, autores como Welzel, Mayer e norueguês Johannes Andenaes seriam partidários dessa visão eticizante do direito penal, ao contrário de Jakobs. Por essa razão, discordamos da afirmação de que a tese do professor de Bonn implicaria numa intromissão em questões de foro interno. Nesse contexto, expressões como “fidelidade ao direito” ou “confiança na norma” constituem parâmetros objetivos que não devem ser entendidos de forma psicologizante. Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 62; idem, Sobre la Teoría de la Pena. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 33; PAWLIK, Michael. Das Strafrecht der Gesellschaft, p. 223. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

⁷⁰⁰ NEUMANN, Ulf. Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, p. 435. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007. Diante dessa peculiaridade, há quem prefira classificar a enquadrar a concepção de Jakobs entre as chamadas teorias expressivas. Cf. HÖRNLE, Tatjana. Strafrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 31; DEMKO, Daniela. Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien, p. 278. In: Hegels Erben? Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. Em trabalhos mais recentes, Jakobs fala numa “prevenção geral mantenedora da norma” (*geltungserhaltende Generalprävention*). Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 15.

⁷⁰¹ Cf. JAKOBS, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, p. 163.

⁷⁰² Cf. JAKOBS, Strafrecht, pp. 5 e 9.

⁷⁰³ Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 5.

⁷⁰⁴ Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 10; idem, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 107, 2009, p. 844; idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 27.

⁷⁰⁵ Cf. JAKOBS, Theorie der Beteiligung, p. 12.

Assim, a pena é definida de forma positiva. A norma é confirmada como modelo de orientação apto a viabilizar contatos sociais a despeito da sua violação, enquanto o delito é isolado e desconsiderado como alternativa válida de comportamento. Essa confirmação é assumida pelo autor, o qual arca com os custos da sanção criminal. Trata-se, respectivamente do exercício de confiança na norma, do exercício de fidelidade ao Direito e do exercício de aceitação das consequências⁷⁰⁶.

A esse respeito, Schünemann sustenta que esse funcionalismo “livre de dados empíricos” (e avesso aos efeitos reais da pena) resultaria numa dogmática circular, decisionista e arbitrária⁷⁰⁷. A radical normatização de categorias dogmáticas implicaria na construção de conceitos vazios, típicos de uma “terminologia esotérica”⁷⁰⁸. De forma similar, Mir Puig argumenta que a teoria da pena de Jakobs (que o autor espanhol denomina de “fundamentadora”) teria um efeito expansivo em matéria de punibilidade⁷⁰⁹. Caso se concorde com essas críticas, a proposta do professor de Bonn para lidar com o problema das condutas neutras haveria de ser rejeitada, seja pelo seu caráter decisionista ou em razão da sua suposta tendência expansiva. Ao contrário do que se possa imaginar, há muito a se contestar nessas afirmações, especialmente a respeito da muito alardeada associação entre Jakobs e a teoria de sistemas de Niklas Luhmann. É certo que não existe uma relação de dependência entre tais teorias, tendo o referido jurista alemão reforçado o seu distanciamento em relação à sociologia luhmanniana⁷¹⁰. Parece mais apropriado apontar uma influência de Hegel, haja vista o aspecto comunicativo (ou simbólico) de ambos⁷¹¹. Nada obstante, as dimensões exatas dessa influência representam uma questão aberta⁷¹².

⁷⁰⁶ Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 13; COSTA, A dignidade humana, p. 112.

⁷⁰⁷ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, pp. 13 e ss. In Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001.

⁷⁰⁸ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, p. 17.

⁷⁰⁹ Cf. MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 39, n. 1, pp. 51 e ss. Nos termos dessa classificação, a prevenção geral positiva fundamentadora ampliaria a intervenção penal, enquanto a sua versão limitadora funcionaria como um freio aos excessos de outras finalidades da pena. O segundo grupo seria representado por autores como Roxin, Hassemer e Zipf.

⁷¹⁰ Cf. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken, p. 843; idem, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas, 1996, p. 16. Cabe mencionar o apontamento de Saad-Diniz, com o qual concordamos, no sentido de que a influência de Luhmann sobre o pensamento de Jakobs seria superestimada (ver SAAD-DINIZ, Inimigo e pessoa no direito penal, pp. 67-73, com remissão especial à nota 179). Essa vinculação incorre no equívoco de ignorar as diferenças entre os dois modelos, além de conceder uma relevância excessiva a coincidências nominais.

⁷¹¹ Nesse sentido, “Jakobs trabalha com centro de imputação de responsabilidade, pessoa e reconhecimento interpessoal em trama de solidariedade, na realização do espírito objetivo e eticidade. A base teórico-conceitual dele para a imputação de responsabilidade é filosófica, com recurso à interpretação psicologizante dos fundamentos da filosofia do direito de Hegel. A pena é tomada no sentido hegeliano da contradição à quebra da norma, cujo sentido é manipulado tecnicamente pelas categorias da dogmática penal, tarefa que não cumpre à

Em face dessas críticas, Jakobs afirma que a constituição de sujeitos livres depende de processos comunicativos, na medida em que a subjetividade – pressuposto e resultado da sociabilidade – é socialmente intermediada⁷¹³. Seu funcionalismo não está atrelado a um modelo político específico, e nem a mais liberal das sociedades pode dispensar a necessidade de estabilização normativa⁷¹⁴.

Importante assinalar que a teoria da prevenção geral positiva do professor de Bonn não se manteve inalterada. Especialmente a partir de 2004, Jakobs passou a incorporar elementos empíricos em seu sistema, sustentando que a confirmação da norma não poderia se dar de

teoria dos sistemas” (SAAD-DINIZ, Inimigo e pessoa no direito penal, p. 71). Já na segunda edição de seu Tratado, Jakobs cita expressamente Hegel para conceber a pena de forma positiva (Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 6; idem, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken, p. 844; idem, Sociedad, Norma y Persona, p. 17). Por essa razão, a distância entre a sua prevenção geral positiva e a teoria da pena de Hegel seria reduzida (Strafrecht, p. 17; ver também DEMKO, Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien, p. 291). Nessa mesma linha, o seu trabalho sobre participação delitiva se apoia abertamente ao conceito hegeliano de pessoa para fundamentar o conceito de responsabilidade por organização (Cf. JAKOBS, Theorie der Beteiligung, p. 5).

⁷¹² Apesar da proximidade entre o sistema de Jakobs e alguns aspectos da filosofia de Hegel, é preciso ser cauteloso e evitar conclusões precipitadas nesse sentido – a exemplo da frequente associação entre os trabalhos do autor alemão e a teoria dos sistemas de Luhmann. Essa relação abrange uma série de aspectos que não podem ser esmiuçados neste trabalho. Tal temática abrange tanto posicionamentos explícitos a favor da lógica hegeliana, que Jakobs invoca para a construção de seu labor sistemático, como semelhanças sistemáticas e considerações ambivalentes. Assim, por exemplo, a concepção do delito como uma expressão de significado perante a norma se aproxima do § 216 da Filosofia do Direito de Hegel (i.e., a definição de um ato como crime é variável de acordo com o estado de uma sociedade civil; no mesmo sentido, Jakobs define o Direito Penal como um verdadeiro “cartão de visitas” de qualquer sociedade – Cf. JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken, p. 846; idem, Sociedad, Norma y Persona, p. 22; essa aproximação é ressaltada por Kurt Seelmann. Cf. SEELMAN, Kurt. Günther Jakobs und Hegel, pp. 86 e ss. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019). Contudo, Jakobs busca se distanciar de alguns aspectos do ideário hegeliano, como a constituição da norma mediante relações de reconhecimento. Na visão de Jakobs – cuja interpretação de Hegel é muito criticada – isso significaria uma fundamentação intersubjetiva e contrária à noção objetiva de vigência normativa (cf. SEELMANN, Günther Jakobs und Hegel, pp. 88 e ss; idem, Anerkennung, Person, Norm, p. 640. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007. Visão cética a respeito da viabilidade de uma comunicação puramente objetiva entre violação e pena é a de Pawlik – cf. PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger. Berlin: Duncker und Humblot, 2004, p. 67). Sem uma discussão aprofundada dessas controvérsias, ainda é possível afirmar que Hegel é um ponto de referência, mesmo que parcial, à concepção – tão cara ao funcionalismo de Jakobs – da sequência comunicativa entre delito e pena (sobre a proximidade entre o espírito objetivo e a definição comunicativa de sociedade, ver PAWLIK, Michael. Das Strafrecht der Gesellschaft, pp. 219 e ss. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019).

⁷¹³ Ver JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken, pp. 850 e ss. Na visão de alguns autores, como Pawlik, essa relação entre sujeito, sociedade e estado seria claramente hegeliana. Cf. PAWLIK, Michael. Das Strafrecht der Gesellschaft – Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs’ Strafrechtsdenken, p. 219). Nesse contexto, pode ser pertinente mencionar as considerações de Bernd Müssig a respeito das objeções ao funcionalismo normativista (alegadamente “radical”). Segundo ele, essa perspectiva conceitua a operação do sistema penal como uma “Praxis social determinada objetivamente”, caracterizadora de uma “autodeterminação organizatória” pautada na ideia de autonomia pessoal (cf. MÜSSIG, Bernd. Zurechnungsformen, p. 406). Mesmo que a relação entre sujeito e sociedade seja marcada pela diferença, e não pela identidade (op. cit., p. 424), isso não implicaria numa anulação (ou instrumentalização) do conceito de pessoa.

⁷¹⁴ Ver JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken, p. 851.

maneira puramente contrafática⁷¹⁵. Nesse sentido, haveria a necessidade de um *reforço cognitivo* da norma, compreendido na imposição de dor através da sanção penal. Compreensivelmente, isso gerou uma série de controvérsias, com as quais não nos ocuparemos⁷¹⁶. A despeito de tais mudanças, é possível vislumbrar uma permanência do aspecto social-comunicativo dessa abordagem⁷¹⁷.

Para o presente trabalho, esse apontamento visa a esclarecer dois pontos: em primeiro lugar, essas mudanças não implicaram num abandono da sequência comunicativa entre pena e imputação, de maneira que as considerações realizadas em seu Tratado permanecem atuais; por outro lado, isso dificulta a pretensão de descrever a abordagem teórica de Jakobs como um funcionalismo desprovido de dados empíricos, como fez Schünemann⁷¹⁸.

Feitos esses apontamentos, é tempo de analisar a teoria da imputação. Apreender a relação entre a normatização das categorias do delito e noções como responsabilidade, papéis ou deveres representa um passo necessário ao entendimento das propostas de Jakobs no

⁷¹⁵ Na segunda edição de seu Tratado (1991), Jakobs exclui qualquer efeito dissuasório da função da pena. Com a publicação de seu *Staatliches Strafe* (2004), a punição criminal deixa de ser compreendida de forma puramente simbólica, passando a abranger o aspecto cognitivo da dor penal. De “efeito desejável” alheio à definição da punição criminal, a prevenção geral negativa passa a representar uma de suas funções latentes, resultantes do exercício de fidelidade ao direito. Assim, conforme consta em trabalhos mais recentes do autor, “[...] a proteção de bens jurídicos é apenas mediata: a manutenção da validade da norma através da declaração de culpa e da pena provavelmente evitará a erosão dos objetos tutelados por ela” (cf. *Theorie der Beteiligung*, p. 12). Para um panorama dessas mudanças, ver BRITO, Alexis Couto de. As Finalidades da Pena em Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 110, 2014, pp 15-50.

⁷¹⁶ Em suas publicações mais recentes, o autor chega a afirmar que a dor penal também transmite uma carga de significado; a pena seria tanto um símbolo confirmador da vigência da norma como um suporte desse reforço ou asseguramento cognitivo (Cf. Cf. JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 13 e 15). Há quem enxergue um verdadeiro “giro fático” nessas mudanças, que representariam um problema de ordem teórica e prática ao funcionalismo normativista. Nesse sentido, Feijóo Sánchez afirma que essa consideração do aspecto cognitivo da pena recai num empirismo e se afasta do normativismo de Jakobs. Dessa maneira, a dificuldade de articular essas duas pontas resultaria numa desnortativização de tal modelo, que padeceria de contradições internas características das chamadas teorias unitárias (cf. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Positive Generalprävention. Gedanken zur Strafrechtstheorie Günther Jakobs*, pp. 77, 78, 82 e ss. In: *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Carl Heymanns, 2007; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Del Derecho abstracto al Derecho "real"* Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*. *Revista Indret*, número 377, 2006). Entre nós, entendimento similar é o de Marta Machado, para quem essa mudança debilitaria o aspecto comunicativo dessa (cf. MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Dogmática Penal em Crise: a contribuição de Günther Jakobs ao debate penal contemporâneo*, p. 251. In: *Nas Fronteiras do Formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010; idem, *Punição, Culpa e Comunicação: é possível superar a necessidade da inflição de sofrimento no debate teórico sobre a pena?*, p. 407. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, pp. 389-414). Outras interpretações minimizam esse argumento de ruptura, considerando essas mudanças como uma continuidade desse trabalho teórico (cf. BRITO, Alexis Couto de. *As Finalidades da Pena em Jakobs*, p. 27).

⁷¹⁷ Cf. NEUMANN. *Institution, Zweck und Funktion Staatlicher Strafe*, p. 436.

⁷¹⁸ Em relação a tais críticas, Bernd Müssig assevera que a autoreferência do processo de comunicação não consiste numa estratégia de imunização contra a refutação empírica, mas num método que condiciona a operação de imputação, definida como prática social. Cf. MÜSSIG, Bernd. *Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie*, pp. 374. In: *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

tocante à proibição de regresso. Desse esforço teórico – comparável ao minucioso trabalho de um relojoeiro⁷¹⁹ – emerge uma abrangente doutrina da intervenção delitiva, cujos contornos tendem a colocar em cheque a compreensão usual a respeito dessa temática.

A teoria da imputação representa uma preocupação constante nos trabalhos de Jakobs. O tema, sempre revisitado e retrabalhado, abrange um longo e sistemático percurso na obra desse autor. Tanto a linguagem como as premissas desse modelo destoam das abordagens tradicionais, o que tende a dificultar qualquer pretensão sintetizadora. Assim, assimilar as implicações da normatização das categorias do delito promovidas pelo funcionalismo jakobsiano constitui uma etapa necessária para a presente discussão.

Nesse sentido, busca-se estruturar a doutrina da imputação de forma sistemática. Tal sistema constitui uma “relação consistente de proposições jurídicas”⁷²⁰. Dados extrajurídicos, como a causalidade de uma conduta ou os conhecimentos do autor são, por assim dizer, transformados pela dogmática, que opera a partir de conceitos puramente normativos: ao invés de perquirir quem causou um resultado lesivo, discute-se se o autor tem o dever de não lesionar a vítima, isto é, se ele é responsável pelo resultado típico⁷²¹. Em síntese, trata-se da tarefa de definir quais circunstâncias constituem uma violação da norma⁷²².

Na terminologia de Jakobs, trata-se de definir se o comportamento em questão expressa um significado delitivo. Em caso afirmativo, o curso causal lesivo será interpretado

⁷¹⁹ Cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Strafbare Beteiligung und Objektive Zurechnung*, p. 553. In: *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Carl Heymanns, 2007.

⁷²⁰ Cf. JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 16. Nesse trabalho mais recente, Jakobs expressa um claro afastamento da teoria dos sistemas, ressaltando que o emprego do termo “sistema” nesse contexto não deve ser confundido com a sociologia luhmmaniana, isto é, com a compreensão do sistema jurídico como parte do sistema social.

⁷²¹ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, VII; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 17; idem, *Beteiligung*, p. 565. In: *Jus Humanum – Grundlagen des Rechts- und Strafrecht*. *Festschrift für Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker und Humblot, 2003.

⁷²² Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 9. Nesse sentido, é de se destacar a proximidade da teoria de Jakobs com o conceito de crime de Binding, compreendido como uma infração normativa imputável. Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 11, nota 3. A importância desse apontamento reside na crítica de autores como Renzikowski, para quem o estabelecimento das chamadas “esferas de organização” a partir de papéis sociais seria inconsequente. Essa teoria incorreria no erro de buscar a resolução de um problema normativo (i.e. a responsabilidade por organização) a partir de um dado fático (i.e. o papel social). Cf. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und Fahrlässigkeitsdelikte*, pp. 54, 79 e ss. Discordamos dessa afirmação, na medida em que a teoria do crime de Jakobs não se fundamenta em juízos de fato, mas numa consideração material e normativa da infração. Em outras palavras, o repúdio à norma consistente na violação da expectativa de comportamento também expressa uma desconsideração aos direitos da vítima. Salvo melhor juízo, esta também parece ser a opinião de Volker Haas. Cf. HAAS, Volker. *Der verbrechensbegriff von Günther Jakobs*, pp. 277 e 279. In: *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

como uma violação da norma⁷²³. Conceber essa violação como um “discurso”⁷²⁴, uma “contribuição comunicativa”⁷²⁵ ou uma “expressão de sentido”⁷²⁶ não implica numa compreensão arbitrária do processo de imputação. O autor não ignora que delito e pena ultrapassam esse aspecto comunicativo; nesse sentido, a realização de um homicídio nega tanto a vigência de uma norma como o direito à vida da vítima⁷²⁷.

Assim, a mera aferição causal – ancorada numa perspectiva *externa* – é insuficiente para caracterizar uma quebra normativa⁷²⁸. Somente a interpretação do significado de um comportamento no seu contexto social pode definir o seu caráter delitivo, bem como a eventual responsabilidade perante o comportamento de terceiros⁷²⁹. Em outras palavras, é essa atribuição de sentido que diferencia uma perturbação social sujeita à imposição de uma pena do mero acaso⁷³⁰.

Essa perspectiva sustenta um original modelo de intervenção delitiva, com reflexos na distinção entre autoria e participação e no tratamento dogmático das condutas neutras. Dessa maneira, Jakobs busca superar o paradigma da autoria individual e sua explicação causal-psicológica⁷³¹, buscando fundamentar esse juízo de responsabilidade a partir de uma determinada semântica social⁷³².

4.6.2. Responsabilidade por organização e proibição de regresso

⁷²³ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 17. Não se trata de perguntar quem causou o resultado, mas o que ele significa.

⁷²⁴ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 13.

⁷²⁵ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 17; idem, Strafrechtliche Zurechnung, p. 170.

⁷²⁶ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 23; idem, Strafrechtliche Zurechnung, p. 170.

⁷²⁷ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, pp. 13, 14 e 17; idem, Theorie der Beteiligung, p. 11.

⁷²⁸ Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 13; idem, Strafrechtliche Zurechnung, p. 172.

⁷²⁹ Cf. JAKOBS, Strafrechtliche Zurechnung, pp. 171 e ss.

⁷³⁰ Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 5; idem, Strafrechtliche Zurechnung, p. 172. Nesse sentido, é ilustrativo o comentário de Müssig, que define a doutrina da imputação objetiva concebida por Jakobs como a “interpretação da Praxis social sob a perspectiva específica concretização da norma penal” (trad. livre). Cf. MÜSSIG, Bernd. Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie, pp. 357 e 369. Em outra ocasião, o mesmo autor formulou uma definição semelhante – que consideramos mais precisa – desse instituto: “os critérios da imputação objetiva são compreendidos (...) como um modelo de interpretação do acontecer social, ou mais precisamente: eles delimitam as esferas de responsabilidade na configuração do mundo social e conduzem a atribuição lesões jurídicas no âmbito do direito penal” (trad. livre). Cf. MÜSSIG, Bernd. Rechts- und Gesellschaftliche Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht, p. 165. In: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag. Neuwied, 2004; idem, Zurechnungsformen, p. 409.

⁷³¹ JAKOBS, Günther. Mittäterschaft als Beteiligung, p. 559. In: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2010; idem, Beteiligung, pp. 561 e ss.

⁷³² Cf. JAKOBS, Beteiligung, p. 562.

Nesse contexto, a relevância penal de um comportamento pode ser baseada numa organização defeituosa (*responsabilidade por organização*) ou no descumprimento de um dever decorrente de um status especial (*responsabilidade por instituição*). É a partir dessas categorias fundamentais que Jakobs fundamenta o seu modelo de intervenção delitiva. A responsabilidade por organização corresponde à maioria das situações envolvendo atuações comissivas, assim como os casos de ingerência e assunção⁷³³. Trata-se de um dever geral do cidadão de não expandir a sua esfera organizatória à custa dos demais, quer por meio de uma lesão direta ou pela inobservância de deveres de asseguramento, na medida em que o respectivo responsável também deve prezar por uma organização incólume dessa esfera de competência⁷³⁴.

Esse dever negativo se baseia na liberdade fundamental de cada pessoa e fundamenta o instituto do risco permitido⁷³⁵:

“Uma norma pode fundamentar um dever negativo, compreendido na abstenção de expandir a própria esfera de organização em prejuízo de outras (...). Esses deveres não correspondem apenas à proibição de lesar terceiros, abrangendo ainda a imposição – decorrente do dever de asseguramento nos casos de assunção ou ingerência – de garantir um que essa esfera se mantenha numa condição não lesiva. Deveres negativos se dirigem a todos, pois todas as pessoas administram (de forma individual ou conjunta) uma esfera de organização”⁷³⁶

. O que se entende por “responsabilidade por organização” não consiste numa mera mudança de rótulos em relação à tradicional definição de crimes comissivos, uma vez que a causação deixa de ser determinante para o juízo de imputação⁷³⁷. Isto porque Jakobs amplia a

⁷³³ Cf. JAKOBS, Strafrecht, pp. 207 e ss.; idem, Theorie der Beteiligung, pp. 6 e ss.; idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung, pp. 26 e ss.; Mittäterschaft als Beteiligung, pp. 551 e ss.; idem, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingung der Normgeltung, pp. 173 e ss.

⁷³⁴ JAKOBS, Strafrecht, p. 207; idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung, pp. 28 e 29.

⁷³⁵ Cf. JAKOBS, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingung der Normgeltung, p. 173. Trata-se de um sinalagma entre liberdade e responsabilidade por resultados. Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 820.

⁷³⁶ No original: “Eine Norm kann eine negative Pflicht begründen; dabei handelt es sich um eine Pflicht, den eigene Organisationskreis nicht zu lasten anderer Organisationskreise auszudehnen (...). Es handelt sich bei den negativen Pflichten also nicht nur um das Verbot, andere zu schädigen, sondern auch das – aus der Verkehrssicherungspflicht, der Übernahme oder der Ingerenz folgende – Gebot, für einen schadlosen Zustand des eigenen Organisationskreises zu sorgen. Negative Pflichten treffen jedermann, da alle Personen einen Organisationskreis (selbst oder mithilfe anderer) zu verwalten haben” (trad. livre). Cf. JAKOBS, Theorie der Beteiligung, p. 6.

⁷³⁷ Cf. JAKOBS, Strafrecht, p. 209. É provável que uma leitura inicial traga a impressão de que esse termo não seria mais do que uma nova denominação para os crimes comissivos, sobretudo em razão da associação entre essa forma de atuação e os mencionados deveres negativos. A esse respeito, explica Pawlik que esse paralelismo entre tipos de dever e formas de atuação (comissiva ou omissiva) remonta a Kant, representando uma concepção ainda presente no pensamento jurídico-penal. Assim, a figura do garantidor estaria enraizada numa discussão geral sobre a legitimidade estatal para exigir o cumprimento de qualquer dever – positivo ou negativo. Nessa perspectiva, a premissa de que deveres negativos só podem ser infringidos por condutas ativas perde a sua razão

figura dogmática da posição de garantidor, que deixa de ser concebida como uma categoria específica da omissão imprópria e passa a abranger todas as formas de atuação delitiva⁷³⁸.

Não há, portanto, um dever indiscriminado de evitar resultados lesivos, uma vez que essa garantia se limita à observância de certos *standards* normativos⁷³⁹. Corretamente, Orozco Lopez constata nessa abordagem uma intensa normatização da intervenção delitiva⁷⁴⁰. Nesse contexto, a conhecida distinção entre ação e omissão perde a sua razão de ser⁷⁴¹. Em regra, um agente que se limite à sua própria esfera de organização não tem qualquer dever de evitar a lesão de terceiros, mas poderá ser responsabilizado pela violação do dever de solidariedade mínima (i.e., pelo crime de omissão de socorro)⁷⁴². Como se verá adiante, essa argumentação é fundamental para a reformulação jakobsiana da proibição de regresso.

Antes de abordar os impactos dessa concepção, é preciso explicar o que Jakobs entende por responsabilidade institucional. Essa segunda modalidade de imputação se fundamenta a partir de um status especial (v.g. nas relações entre pais e filhos ou na atuação de agentes estatais)⁷⁴³. Sua principal distinção reside na imposição de deveres positivos, isto é, na obrigação de preservar ativamente e incrementar a situação de um bem⁷⁴⁴. Nesse contexto, a alternativa organizatória do agente tende a ser reduzida, na medida em que a sua liberdade de atuação acaba cedendo espaço a um dever de solidariedade institucionalizado⁷⁴⁵.

À primeira vista, pode ser tentador concluir que essa categoria incorreria num insustentável formalismo. Nesse sentido, Schünemann chega a afirmar que a construção de

de ser, e o conceito de ilícito criminal passa a ser construído a partir da incumbência pela integridade de esferas jurídicas alheias. Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 162 e ss.

⁷³⁸ Cf. JAKOBS, *Strafrecht.*, p. 219. Essa ampliação da figura do garantidor representa uma tendência na literatura jurídico-penal, a exemplo do conceito negativo de ação de Herzberg ou da teoria do crime de Pawlik. Cf. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*. Berlin: DeGruyter, 1972, p. 174; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 97; PAWLIK, *das Unrecht des Bürgers*, pp. 159 e 161; idem, *Ciudadania y Derecho Penal – Fundamentos de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 83 e ss; cf. ainda VAN WEEZEL, Alex. . *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 73. No contexto da proibição de regresso, essa abordagem é tendencialmente restritiva: conforme já explicamos, o desenvolvimento histórico das teorias da causalidade aponta no sentido de uma ampliação da incriminação do causador imediato, resultando no que Jakobs denomina de “hipertrofia de imputação”.

⁷³⁹ Cf. JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 27 e 29.

⁷⁴⁰ LÓPEZ, Hernán Dario Orozco. *Jakobs’ Theorie der Beteiligung*, p. 587. In: *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

⁷⁴¹ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 213.

⁷⁴² Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 219.

⁷⁴³ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 220 e ss.; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 83 e ss.; idem, *Theorie der Beteiligung*, pp. 61 e ss.

⁷⁴⁴ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 849; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84; idem, *Theorie der Beteiligung*, pp. 6 e 62.

⁷⁴⁵ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 219 e 820.

Jakobs não passaria de um retrocesso à antiga teoria dos deveres jurídicos formais⁷⁴⁶. No entanto, é impossível ignorar a sua influência nos mais diversos setores da literatura jurídico-penal⁷⁴⁷. Assim, não parece acertado equiparar a responsabilidade por instituição à incriminação da mera desobediência, na medida em que essa categoria não se fundamenta a partir de uma relação circular entre infração e norma. Isto porque a viabilidade de qualquer sociedade minimamente complexa depende de instituições, compreendidas como fatos sociais duradouros e reconhecidos juridicamente⁷⁴⁸.

Concretamente, tanto um funcionário público que realiza um ato de ofício⁷⁴⁹ como um pai que provê cuidados mínimos aos seus filhos⁷⁵⁰ cumprem efetivas funções institucionais: no primeiro caso, a atuação vinculada reforça a legalidade administrativa, enquanto a relação paterno-filial viabiliza um “mundo comum”⁷⁵¹ – isto é, algo distinto da separação de esferas que caracteriza a responsabilidade por organização. Nesse sentido, “a relevância normativa dos deveres positivos consiste em estatuir as condições de um exercício real de liberdade”⁷⁵².

Ainda que se discorde dessa argumentação, seria reducionista afirmar que se trata de uma concepção puramente formalista. Esses deveres especiais tampouco são ilimitados; eles

⁷⁴⁶ Cf. SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, p. 19.

⁷⁴⁷ A classificação de Jakobs contribuiu decisivamente para consolidar a categoria dos delitos de dever. Isso se reflete na variedade de desenvolvimentos dessa ideia na literatura jurídico-penal, dentre as quais a mais conhecida é a distinção, promovida por Roxin, entre delitos de domínio e de dever. Cf. ROXIN, Claus. *Pflichtdelikte und Tatherrschaft*, pp. 518 e ss. In: *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*. Berlin: DeGruyter, 2014; idem, *Strafrecht II*, p. 106. Há ainda uma série de trabalhos monográficos sobre o assunto, como o de Sánchez-Vera e o de Pariona Arana. Cf. SÁNCHEZ-VERA, Javier. *Pflichtdelikt und Beteiligung : zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999 (trad. espanhola: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2010); especificamente a respeito da alegada imprecisão desses deveres, cf. SÁNCHEZ-VERA, Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 68, pp 364 e ss.; para uma resposta às acusações de formalismo, v. PARIONA ARANA, Raul. *Täterschaft und Pflichtverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 38 e ss. Diante dessa diversidade de argumentos, é difícil rotular a infração de dever como algo puramente formal sem incorrer num verdadeiro *reductio ad absurdum*. Um panorama detalhado sobre essas fundamentações encontra-se em LESCH, Heiko. *Das Problem der Sukzessiven*. Bonn: Peter Lang, 1991, pp. 126-161.

⁷⁴⁸ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 820, nota 114; idem, *System der Strafrechtlicher Zurechnung*, p. 83.

⁷⁴⁹ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 820 e ss; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84. Nesse ponto específico, a nossa menção ao crime de prevaricação (art. 319 do CPB) é justificada. O exemplo de Jakobs se baseia na chamada “perversão do direito” (*Rechtsbeugung*), tipo penal sem correspondência exata na legislação brasileira. Nesse contexto, a infração do dever institucional corresponde à inobservância das garantias jurisdicionais típicas de um Estado de Direito.

⁷⁵⁰ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 820 e ss.

⁷⁵¹ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 821.

⁷⁵² Cf. LÓPEZ, *Jakobs' Theorie der Beteiligung*, p. 605. Próximo, Bernd Müssig considera que tanto a ideia de “Pessoa” como a de “instituição” fornecem as bases de uma doutrina da imputação garantidora da liberdade. Cf. MÜSSIG, *Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie*, p. 368.

se restringem a um standard normativo mínimo⁷⁵³. Outro aspecto relevante diz respeito aos chamados conhecimentos especiais, que recebem um tratamento distinto no âmbito da responsabilidade por instituição⁷⁵⁴.

Para o intuito dessa pesquisa, não é necessário aprofundar-se além dos aspectos aqui mencionados, já que o próprio Jakobs não aborda a violação de deveres institucionais como um problema relativo à intervenção delitiva⁷⁵⁵. Contudo, essas noções são necessárias para abordar a imputação a partir da atuação condicionada por papéis sociais. A partir dessas considerações, pretende-se traçar um panorama claro da versão jakobsiana da proibição de regresso.

Um conceito fundamental à compreensão da teoria da imputação de Jakobs e seus discípulos é o de papel social, constituído a partir de um conjunto de expectativas de comportamento⁷⁵⁶. Trata-se de uma estrutura essencial ao funcionamento de qualquer sistema, cuja viabilidade enquanto modelo de orientação dependerá dessa redução de complexidade⁷⁵⁷. Nesse sentido, uma expectativa só poderá ser frustrada por um comportamento que contrarie um determinado papel⁷⁵⁸.

Isso não significa que essas expectativas vigorem de forma indeterminada ou que o conceito de papel social seja uma construção puramente arbitrária, já que uma alteração radical desse conteúdo seria potencialmente disfuncional⁷⁵⁹. Tampouco é possível afirmar, tendo em vista a problemática específica da proibição de regresso, que a atuação alinhada a

⁷⁵³ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 821; *idem*, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 84. A título ilustrativo, Jakobs traz o exemplo dos deveres dos pais em relação aos filhos: ainda que o enquadramento no papel ou status pessoal de pai implique numa obrigação institucional de cuidar e proteger, isso não implica na exigência de buscar um tratamento médico específico em outro continente.

⁷⁵⁴ Esse aspecto será abordado de forma mais detalhada quando tratarmos da relação entre responsabilidade por organização e proibição de regresso.

⁷⁵⁵ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 63. A esse respeito, cf. a crítica de Orozco Lopez, que não vislumbra nenhum argumento lógico ou axiológico que sustente essa diferenciação; se todo delito envolve a infração de um dever, não haveria motivos para essa diferenciação entre essas formas de responsabilidade. Cf. LÓPEZ, *Jakobs' Theorie der Beteiligung*, pp. 605 e ss.

⁷⁵⁶ Cf. ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *Rol Social y Sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005, p. 146; *idem*, *Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal*, pp. 41 e ss. In: *El Funcionalismo En Derecho Penal: Libro Homenaje Al Profesor Gunther Jakobs*, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁷⁵⁷ Cf. ROCHEFORT, *Rol Social y Sistema de imputación*, pp. 137, 141, 151 e ss.

⁷⁵⁸ Cf. ROCHEFORT, *Rol Social y Sistema de imputación*, p. 146.

⁷⁵⁹ “El Sistema del Derecho no puede desconocer o alterar normativamente el contenido de los roles, pues comprometería con ello el cumplimiento de su función. Es cierto que el sistema, además, puede crear roles por si mismo y dotarlos de un contenido definido (cooperador necesario, inductor e, incluso de un modo más concreto, administrador de hecho, etc.) pero no le resulta cambiar el contenido (las expectativas) de un rol ya decantado por el sistema social sin operar disfuncionalmente”. Cf. Cf. ROCHEFORT, *Rol Social y Sistema de imputación*, p. 286.

um papel constitua um “direito à ignorância”⁷⁶⁰ em relação a condutas delitivas alheias. O papel delimita os contornos da imputação⁷⁶¹, mas não representa uma carta branca para fins delitivos⁷⁶².

Assim, a responsabilidade por organização se baseia num papel geral de pessoa ou cidadão, enquanto a responsabilidade institucional se baseia em papéis especiais⁷⁶³. Toda sociedade funcionalmente diferenciada depende dessa distinção, e os deveres vinculados a essas funções não valem de forma indiscriminada⁷⁶⁴. Dessa maneira, o fato de alguém ser médico não implica no dever de cumprir as expectativas projetadas nesse papel a qualquer tempo; da mesma forma, a conduta de um motorista formado em engenharia deve ser avaliada apenas nos termos do seu papel de cidadão⁷⁶⁵.

Em regra, os conhecimentos especiais são irrelevantes na responsabilidade por organização⁷⁶⁶. Contrariamente, a responsabilidade institucional resulta num dever de empregar esses conhecimentos, na medida em que portador do papel assume a posição de julgador competente para a avaliação de riscos específicos⁷⁶⁷. Isoladamente, o conhecimento – ou possibilidade de conhecer – é desprovido de qualquer relevância comunicativa, na medida em que o juízo de imputação não se baseia na avaliação de dados psíquicos, mas na violação de um standard objetivo, isto é, na existência de uma expectativa em relação à utilização dessas capacidades⁷⁶⁸.

⁷⁶⁰ Nesse sentido é a crítica de Puppe. Cf. PUPPE, Ingeborg. § 13°. In: KINDHÄUSER, Urs et al. Strafrechtsgesetzbuch: band I. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 504.

⁷⁶¹ ROCHEFORT, Rol Social y Sistema de imputación, p. 347.

⁷⁶² Em termos funcionalistas, o fato de um comportamento se enquadrar nos limites de um papel não resulta numa garantia absoluta de não incriminação, pois ele pode ser instrumentalizado para fins delitivos. Cf. ROCHEFORT, Rol Social y Sistema de imputación, p. 353.

⁷⁶³ Cf. ROCHEFORT, Rol Social y Sistema de imputación, pp. 288 e ss.

⁷⁶⁴ “En la responsabilidad por la defraudación de las expectativas del rol especial, es preciso tener presente que el hecho de que un individuo desempeñe un gran número de roles, no implica que haya de desempeñarlos todo el tiempo. La conducta conforme o disconforme a las expectativas del rol, ha que juzgarse conforme el rol que actualmente se está (o se debe estar) desempeñando”. Cf. ROCHEFORT, Rol Social y Sistema de imputación, p. 295. No mesmo sentido, JAKOBS, Günther. Tätervorstellung und Objektive Zurechnung, pp. 404 e ss. In: Strafrechtswissenschaftliche Beiträge - zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

⁷⁶⁵ Cf. JAKOBS, Strafrecht, pp. 207 e ss; idem, Tätervorstellung und Objektive Zurechnung, p. 407.

⁷⁶⁶ JAKOBS, Strafrecht, p. 207; idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 33; idem,

⁷⁶⁷ Cf. JAKOBS, Strafrecht, pp. 207 e ss; idem, Tätervorstellung und Objektive Zurechnung, p. 408.

⁷⁶⁸ Cf. JAKOBS, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingung der Normgeltung, pp. 174 e ss; idem, Tätervorstellung und Objektive Zurechnung, p. 404. Diferentemente de Roxin, Jakobs busca traçar uma distinção entre conhecimentos relevantes e irrelevantes para a imputação. A questão foi abordada em várias ocasiões e recebeu um tratamento mais detalhado em seus trabalhos mais recentes. Por se tratar de um tema relacionado com a proibição de regresso, um resumo dessa argumentação pode ser pertinente. Assim, inicialmente, sustentava Jakobs que a responsabilidade por organização, definida a partir de deveres negativos, não obriga o autor a empregar seus conhecimentos e capacidades especiais para evitar danos a terceiros. Dessa forma, um engenheiro que aluga um automóvel e constata um defeito no mecanismo de frenagem não pode ser

Essa combinação entre papéis, expectativas e competência representa um fio condutor para uma solução consistente de casos limítrofes⁷⁶⁹. Partindo dessas considerações, é tempo de contextualizar a proibição de regresso no âmbito da teoria da intervenção de Jakobs. O tema já constituía objeto de preocupação a ser trabalhado num artigo de 1977, no qual já se delineava uma crítica à difundida fundamentação da imputação a partir da causalidade evitável, sobretudo nos casos envolvendo a atuação de terceiros⁷⁷⁰.

Tal expediente – argumenta Jakobs – representa um *preconceito naturalístico* a ser superado⁷⁷¹. A responsabilização, entendida como a resolução de um conflito, não pode se basear na mera causalidade, sob pena de se incorrer no que o autor denomina de “hipertrofia da imputação”⁷⁷². É nesse contexto que se esboça a ampliação da figura do garantidor, a se consagrar como um aspecto fundamental dos trabalhos desse penalista alemão⁷⁷³. Assim, a proibição de regresso deixa de ser vista como uma questão restrita ao favorecimento culposo de atos dolosos (nos termos da construção de Frank) e passa a representar uma questão

responsabilizado se efetuar uma devolução sem efetuar qualquer reparo. Isto porque o papel de pessoa não se confunde com o de engenheiro. No entanto, há algumas exceções que possibilitam a consideração desses dados para fins de responsabilidade por organização, como nos casos em que o agente insere um conhecimento especial na relação com a vítima, bem como nos casos caracterizados por um risco especial. Tais riscos seriam regidos pelas regras da legítima defesa ou do estado de necessidade defensivo, o que configuraria um dever de salvamento integrado ao respectivo papel. Um exemplo muito citado por Jakobs é o do pai que procura o brinquedo de um filho na parte de baixo de um automóvel com vazamento de líquido nos freios. Nesse contexto, o responsável exerce tanto o papel de pai como o de proprietário do veículo. Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 208; idem, *Tätervorstellung und Objektive Zurechnung*, p. 407. Em seu trabalho mais recente sobre imputação, Jakobs busca refinar o tratamento dessa questão. Em primeiro lugar, haveria o que o autor denomina de “conhecimento situacional” (*Situationswissen*), isto é, o conhecimento esperado de qualquer pessoa diligente que se encontre na situação do autor; em segundo lugar, um dado casual pode servir de base para o juízo de imputação e compor um “conhecimento situacional ampliado” (*erweitertes Situationswissen*), como no exemplo escolar de quem abre uma garrafa para uma criança e percebe que se trata de um produto vencido; finalmente, há conhecimentos e capacidades especiais que não geram uma posição de garantidor fora de um papel que legitime tais expectativas, como no já citado caso do engenheiro. Cf. JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 32 e ss. Nos termos do argumento de Jakobs, somente esse terceiro grupo diria respeito à problemática dos conhecimentos especiais. Em um artigo mais recente sobre o tema, Jakobs chega a contestar a pertinência dessa terminologia, argumentando que a delimitação do dever não se baseia em especificidades pessoais (i.e. conhecimentos especiais), mas na circunstância a ser garantida no âmbito da esfera de organização. Cf. JAKOBS, Günther. *Beurteilungsperspektiven, insbesondere bei Erfolgsprognosen*, p. 222. In: *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag. Nomos: 2019*. Apesar dessas variações, parece acertado apontar uma relação de continuidade entre essas abordagens. Assim, retomando o exemplo da garrafa, pode-se sintetizar o fundamento da responsabilidade na incorporação de um conhecimento fortuito na esfera de competência do agente, que não pode ser organizada de forma lesiva. Isso não implica num dever incondicionado de conhecer. Nessa perspectiva, a desaprovação do risco não decorre do conhecimento, mas da sua instrumentalização por parte de um julgador competente.

⁷⁶⁹ Cf. ROCHEFORT, *Rol Social y Sistema de imputación*, p. 351.

⁷⁷⁰ Cf. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, p. 1. No mesmo sentido, cf. LESCH, Heiko. *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*. Peter Lang, 1991, p. 163.

⁷⁷¹ Cf. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, p. 2.

⁷⁷² Cf. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, p. 2.

⁷⁷³ Cf. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, p. 21.

normativa mais ampla. Nessa perspectiva, trata-se de definir sob quais condições um comportamento prévio pode se distanciar em relação ao plano delitivo de terceiros⁷⁷⁴.

Essa restrição da responsabilidade perante a conduta de outras pessoas pode ser sintetizada na ideia fundamental de que nem tudo é assunto de todos⁷⁷⁵. Em termos normativistas, trata-se de uma separação de esferas de liberdade, a qual só cederá diante de uma organização comum, isto é, quando o comportamento em questão só puder ser definido a partir da atuação delitiva posterior ou for adaptado nesse sentido⁷⁷⁶. Estas as linhas fundamentais de uma temática frequente na obra de Jakobs, cujos contornos serão discutidos adiante.

Em seus trabalhos mais recentes, Jakobs concebe a proibição de regresso como um problema referente à punição de comportamentos prévios à tentativa. Consideradas isoladamente, essas condutas não representariam um rompimento da norma incriminadora. Assim, por exemplo, a subtração violenta de um bem se enquadra no tipo de roubo (art. 157 do CP), mas as condutas anteriores à realização do injusto típico (como o transporte ao local) nem sempre serão dotadas desse mesmo significado⁷⁷⁷. Como se vê, o distanciamento entre o interveniente e a realização do plano delitivo do autor principal só subsistirá quando não houver fundamento para imputar essa infração a quem a possibilitou em primeiro lugar.

A conduta prévia passa a ter relevância quando violar uma incumbência (*Obliegenheit*)⁷⁷⁸. Nessas situações, o interveniente não pode se distanciar da realização

⁷⁷⁴ Cf. JAKOBS, Regreßverbot beim Erflogsdelikt, pp. 20 e ss.

⁷⁷⁵ Cf. JAKOBS, Regreßverbot beim Erflogsdelikt, p. 30.

⁷⁷⁶ Cf. JAKOBS, Regreßverbot beim Erflogsdelikt, pp. 20, 22 e ss.

⁷⁷⁷ Cf. JAKOBS, Theorie der Beteiligung, pp. 14, 32 e ss. Assim, Jakobs formula um conceito material de crime a partir da “organização adaptada ao início da tentativa” (Theorie der Beteiligung, p. 14). No mesmo sentido, ver JAKOBS, Beteiligung, p. 566 e ss.; idem, Mittäterschaft als Beteiligung, p. 552.

⁷⁷⁸ Reconhecemos que o termo em questão representa uma dificuldade à parte. Isso se deve tanto à questão da tradução como ao seu emprego inflacionário em vários campos da doutrina penal (nesse sentido, ver a crítica em MONTIEL, Juan Pablo. Obliegenheiten im Strafrecht? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 129, 2014, pp. 584 e 595). Tradicionalmente, a ideia de *Obliegenheit* é associada à temática da culpabilidade, especialmente nos casos da chamada *actio libera in causa*. Posteriormente, o conceito passou a ser invocado em temas tão diversos como a imputação ou a implementação de programas de compliance (!) (cf. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Strafrechtliche Obliegenheiten und Zurechnung, pp. 137 e ss. In: Festschrift für Hans Streng zum 70. Geburtstag. C.F. Müller, 2017). Joachim Hruschka trabalhou o tema sob a ótica da imputação extraordinária. Esta resulta não da infração de um dever (cujo mandamento é incondicional), mas do descumprimento de uma incumbência; assim, caberá a responsabilização do agente que criar um impedimento à própria imputabilidade. Tal acepção é citada textualmente por Jakobs, a despeito da diferença entre as duas abordagens. A proximidade reside na circunstância de que, para este último, não é qualquer comportamento prévio que justifica a imputação, mas sim a organização defeituosa da própria esfera de responsabilidade. De forma similar, o interveniente ou partícipe atua contra o próprio interesse. Enquanto na imputação extraordinária o agente não pode invocar a própria inimputabilidade, o sujeito que rompeu os limites da proibição de regresso não pode se distanciar do resultado delitivo promovido por terceiros. Cf. JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 70; SÁNCHEZ-OSTIZ, Strafrechtliche Obliegenheiten und Zurechnung, p. 138; MONTIEL, Obliegenheiten im

posterior do injusto típico⁷⁷⁹ e passa a ser responsabilizado por viabilizar a sua execução “por mãos alheias”⁷⁸⁰. Contudo, o distanciamento em relação ao comportamento de outras pessoas é a regra, de maneira que a maioria dos atos da vida cotidiana (como a prestação de serviços, a entrega de bens e as transações financeiras) é parte do que Jakobs denomina de divisão separada de trabalho (*trennende Arbeitsteilung*)⁷⁸¹. É nesse contexto que o autor insere e desenvolve a proibição de regresso como limite à incriminação de condutas neutras⁷⁸².

Jakobs fornece um interessante exemplo dessa forma de divisão a partir da apresentação de uma Sonata. Além do compositor e do pianista, há uma série de contribuições causais para o resultado final (como a construção da filarmônica, a fabricação e venda do instrumento e a condução dos músicos ao local). Naturalmente, a atribuição dessa obra artística não contempla todas essas pessoas. Estas colaborações são prestadas num contexto de divisão separada de trabalho, sem que haja um dever de vigilância mútua⁷⁸³.

A princípio, prestações restritas à esfera de organização do agente não se qualificam como uma conduta de intervenção⁷⁸⁴. Nessas situações, a vinculação entre essas condutas e o evento delitivo se dá de forma arbitrária, isto é, a partir da atuação independente de terceiros⁷⁸⁵. É por essa razão que Jakobs defende – na contramão da maior parte da doutrina – que atuações como a do padeiro que vende seus produtos a um homicida ou a do taxista que transporta um assaltante ao local do crime seriam desprovidas de sentido delitivo⁷⁸⁶.

Nesse contexto, um conhecimento alheio ao papel exercido pelo agente não é suficiente para incriminar a sua conduta prévia⁷⁸⁷. Assim, por exemplo, permanece neutra a conduta do padeiro que desconfia ou sabe das intenções homicidas do seu cliente, embora seja viável – argumenta Jakobs – responsabilizá-lo pelo dever de solidariedade mínima (i.e., a omissão de socorro)⁷⁸⁸. Ilustrativo é o exemplo do estudante de biologia que trabalha como

Strafrecht? p. 600. Enquanto a execução típica decorre da criação de um risco não permitido, a intervenção delitiva se fundamenta na violação da incumbência. Cf. JAKOBS, *Mittäterschaft als Beteiligung*, p. 560; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 81.

⁷⁷⁹ Cf. JAKOBS, *Mittäterschaft als Beteiligung*, p. 556.

⁷⁸⁰ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, pp. 15 e ss.

⁷⁸¹ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, pp. 28 e ss.; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 78..

⁷⁸² Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 564.

⁷⁸³ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 563. Essa percepção da imputação em contextos pré-jurídicos também é assinalada por Bloy. Cf. BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 246.

⁷⁸⁴ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 32.

⁷⁸⁵ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 32; idem, *Strafrecht*, pp. 214 e 698.

⁷⁸⁶ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 33; idem, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 78; idem, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingung der Normgeltung*, p. 173.

⁷⁸⁷ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, pp. 563 e ss. V. nota 314.

⁷⁸⁸ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 698.

garçom e serve um prato envenenado a um cliente: por mais que os seus conhecimentos específicos possam evitar resultados lesivos, o papel de garçom não comporta esse tipo de expectativa. Onde não há expectativa, não há frustração⁷⁸⁹. Em linhas gerais, trata-se de uma doutrina da imputação marcadamente restritiva⁷⁹⁰.

Em síntese, o que Jakobs denomina de proibição de regresso abrange aquelas condutas situadas no marco de uma esfera de organização que não fundamentam qualquer posição de garantidor⁷⁹¹. A já mencionada distinção entre incumbências e deveres resulta numa compreensão restritiva da estrutura típica, que não abrange a prática isolada de comportamentos prévios⁷⁹².

Uma consequência relevante desse modelo de intervenção reside no abandono de qualquer distinção qualitativa entre as formas de participação (i.e. autoria, cumplicidade ou instigação)⁷⁹³. Para efeitos de imputação, a distinção entre interventor e executor seria meramente quantitativa⁷⁹⁴. Nessa linha, Jakobs argumenta que a diferença (naturalística) entre a realização do fato típico por mão própria (no caso do executor que viola o dever) ou alheia (no caso da intervenção que viola uma incumbência) não pode fundamentar uma figura normativa como a da autoria⁷⁹⁵. Com essa abordagem, autoria e participação passam a representar um aspecto externo da imputação, isto é, um problema relativo à dosimetria da pena⁷⁹⁶. Trata-se de um “paradigma unitário de imputação”, o qual se caracteriza por uma estrutura comum a todas as formas de intervenção⁷⁹⁷.

Em grande parte, essas considerações se fundamentam nas sucessivas críticas de Jakobs à teoria do domínio do fato e suas variantes⁷⁹⁸. Embora um aprofundamento dessa questão fuja ao escopo do presente trabalho, é necessário pontuar que a distinção qualitativa entre autores e partícipes é uma consequência necessária da equiparação entre autoria e

⁷⁸⁹ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 30.

⁷⁹⁰ Nesse sentido, Müssig enxerga nessas regras de imputação uma “função garantidora da liberdade”. Cf. MÜSSIG, Bernd. *Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie*, p. 368; idem, *Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis*, p. 406.

⁷⁹¹ Cf. JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 28 e 82.

⁷⁹² Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 597; idem, *Theorie der Beteiligung*, p. 14; idem, *Mittäterschaft als Beteiligung*, p. 553. Próximo, OROZCO LÓPEZ, *Jakobs’ Theorie der Beteiligung*, p. 595.

⁷⁹³ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, pp. 45 e ss; idem, *Beteiligung*, pp. 570 e ss.

⁷⁹⁴ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, pp. 50 e ss.; idem, *Beteiligung*, p. 571.

⁷⁹⁵ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, pp. 46 e 47.

⁷⁹⁶ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 50; idem, *Beteiligung*, p. 571.

⁷⁹⁷ Cf. OROZCO LÓPEZ, *Jakobs’ Theorie der Beteiligung*, p. 592.

⁷⁹⁸ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 664 e ss.; idem, *Theorie der Beteiligung*, p. 64; idem, *Mittäterschaft als Beteiligung*, p. 550.

realização do tipo⁷⁹⁹. Assim, a questão da imputação é desatrelada do conceito restritivo de autor, cuja aptidão para delinear os limites do proibido seria apenas aparente⁸⁰⁰. Nesses termos, a proibição de regresso não é concebida como um problema específico de cumplicidade, mas sim como um aspecto – mais amplo – relativo à doutrina da imputação⁸⁰¹.

Esse modelo de intervenção delitiva pode representar uma via promissora no contexto jurídico brasileiro, já que a distinção entre autores e partícipes não é acolhida expressamente pela nossa parte geral⁸⁰². Digno de menção é o apontamento de Luigi Cornacchia, que aborda a teoria de Jakobs à luz do sistema unitário do Código Penal italiano. O cerne da questão não reside na definição das formas de participação, mas na delimitação entre o punível e o permitido⁸⁰³; a distinção essencialmente qualitativa diz respeito ao contorno das condutas de intervenção⁸⁰⁴.

Diante dessas considerações, resta discutir quais circunstâncias justificariam o afastamento dessa proibição de regresso. Em outras palavras, trata-se de definir o que caracteriza a divisão vinculante de trabalho (*verbindende Arbeitsteilung*). Assim, o “sentido da possibilitação da execução” (“*Sinn der Ermöglichung der Ausführung*”) deve configurar ao menos um dos elementos do resultado delitivo⁸⁰⁵. A responsabilidade do interveniente não decorre de uma contribuição isolada, mas do conjunto do fato vinculado a essa atuação

⁷⁹⁹ Nesse sentido, cf. LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe.*, p. 161.

⁸⁰⁰ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 47; LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, pp. 195, 197 e 198. Essa crítica pode ser resumida no argumento de que o critério do domínio do fato ultrapassaria os limites do tipo, como nos casos de autoria mediata por domínio de organização.

⁸⁰¹ Cf. LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, p. 185. Nesse sentido, “El concepto restrictivo de autor debe sustituirse por una teoría de la imputación de carácter restrictivo que abarque el campo completo de la intervención en casos de división de trabajo. (...) En cualquier caso el fundamento de la responsabilidad es idéntico para todas las formas de intervención (...)” (LESCH, Heiko. *Intervención delictiva y imputación objectiva*. ADPCP, 1995, p. 937).

⁸⁰² Tradicionalmente, interpreta-se o artigo 29 (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”) em conjunto com o artigo 13, concluindo-se a favor de um conceito unitário e extensivo de autoria. Assim, o termo “concorre” seria entendido como “concorrer causalmente”. A ambivalência desses dispositivos abre espaço a algumas interpretações alternativas no sentido de uma distinção entre autores e partícipes (cf. GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo*, p. 70. In: *Autoria como domínio do fato – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014). Sem qualquer pretensão de desautorizar essas tentativas, optamos por um caminho que dispense o ônus argumentativo referente ao estabelecimento de um sistema diferenciador no âmbito do direito brasileiro.

⁸⁰³ Cf. CORNACCHIA, Luigi. *Fahrlässige Mitverantwortung*, p. 55. In: *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Carl Heymanns, 2007.

⁸⁰⁴ Cf. CORNACCHIA, *Fahrlässige Mitverantwortung*, p. 57.

⁸⁰⁵ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, pp. 565 e 567.

prévia⁸⁰⁶. A título de exemplo, o que se imputa não é a entrega de uma chave, mas o seu emprego especificamente delitivo⁸⁰⁷.

Por um lado, essa vinculação seria mais evidente nas contribuições proibidas em razão da sua periculosidade, como a entrega de armas a pessoas não autorizadas. Tais condutas seriam dotadas do que Jakobs denomina de “estereótipo delitivo”⁸⁰⁸. Os casos limítrofes, trabalhados no marco da responsabilidade por organização, remetem a uma série de regras e fundamentos desenvolvidos por este autor em diversos trabalhos⁸⁰⁹. A seguir, buscaremos sintetizar como o referido autor fundamenta essas exceções à proibição de regresso.

Jakobs não apresenta um critério único para definir essa vinculação entre intervenção e execução⁸¹⁰. O sentido delitivo das condutas prévias decorreria da “semântica do contexto social”, através do “desenvolvimento de estruturas de imputação” em face da “estrutura

⁸⁰⁶ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 567. Similar, BLOY, *Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, pp. 249 e 251.

⁸⁰⁷ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 565. A distinção entre a imputação conjunta proposta por Jakobs e a concepção majoritária da acessoriedade do injusto de participação não é trivial. Isso fica claro se retomarmos a discussão (travada no capítulo 3 do presente trabalho) da proibição de regresso e da punibilidade das condutas neutras em Roxin. Para este último, a participação seria a “agressão ao bem jurídico por meio de uma *causação* acessória”, enquanto a cumplicidade consistiria num “incremento juridicamente reprovado e *causal* do resultado típico”. Apesar de exigir que a cumplicidade seja causal, Roxin não recorre à *conditio sine qua non*; bastaria que essa contribuição influenciasse o resultado “na sua configuração concreta”. Cf. ROXIN, Claus. *Was ist Beihilfe?*, p. 501. In: *Festschrift für Miyazawa*. Baden-Baden: Nomos, 1995; *idem*, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, pp. 380 e ss. In: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 1993. Assim, por exemplo, conclui o referido autor que a entrega de uma escada a um furtador seria punível, mesmo que esse instrumento não tenha sido empregado diretamente na execução do crime. Trata-se de uma consequência da transposição do princípio do incremento do risco à esfera da participação, o que abrangeria aquelas condutas que, numa perspectiva *ex ante*, incrementem a possibilidade de lesar um bem jurídico (cf. ROXIN, *Strafgrund der Teilnahme*, p. 381; *idem*, *Was ist Beihilfe?*, p. 510; cf. ainda BAUNACK, Martina. *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 49; BLOY, *Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, p. 161). Essa abordagem restrita à conduta individual de intervenção tende a facilitar a incriminação de condutas neutras, como se pode ver na discordância entre esses autores. Dessa forma, enquanto Jakobs afirma que condutas cotidianas (como a condução de um Táxi, o pagamento de uma dívida ou a venda de um bem) seriam – a princípio – impuníveis, *a despeito dos conhecimentos acerca das inclinações do autor principal*, Roxin sustenta o contrário. Por um lado, a consideração conjunta do resultado delitivo permite restringir a incriminação de atos de intervenção que não se qualifiquem como algo característico da sua configuração; por outro, a avaliação *ex ante* de uma conduta acessória tende a qualificar como não permitida qualquer facilitação do ato principal. É por essa razão que Roxin afirma que a posição de Jakobs estaria pautada na consideração de cursos causais hipotéticos na imputação (cf. ROXIN, *Strafrecht II*, p. 210). Nos termos dessa crítica, a possibilidade de uma contribuição ser prestada por terceiros (como no já citado exemplo do Táxi) não obstará qualquer responsabilização. Se o ponto de partida recai no ato isolado do interveniente, não parece viável afastar essa conclusão, independente do grau de adaptação ou vinculação de uma conduta ao fato principal (p. ex., se o padeiro que vende o pão a um homicida atua de forma estereotipada ou não). No entanto, o modelo de intervenção de Jakobs parte de outra premissa (i.e. a vinculação entre a conduta prévia e o evento delitivo), de maneira que a acusação referente à irrelevância de cursos causais hipotéticos perde a sua razão de ser. Isto porque é a avaliação de uma contribuição individual em face de possíveis contribuições que dá sentido a essa crítica.

⁸⁰⁸ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 566; *idem*, *Theorie der Beteiligung*, p. 31.

⁸⁰⁹ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 696 e ss.; *idem*, *Regreßverbot beim Erflogsdelikt*, pp. 23 e ss; *idem*, *Theorie der Beteiligung*, pp. 32 e ss.; *idem*, *Beteiligung*, pp. 565 e ss.

⁸¹⁰ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 567.

normativa da sociedade”⁸¹¹. Assim, a venda de uma faca pode significar tanto uma “participação aparente” e “inofensiva”⁸¹² como uma intervenção num homicídio⁸¹³.

Uma hipótese dessa atuação vinculada reside naqueles comportamentos especialmente adaptados a um plano delitivo, isto é, quando a contribuição do interveniente não puder ser definida sem referência a essa motivação ilícita⁸¹⁴. Dessa maneira, deixa de ser neutra a contribuição que seria lícita em outros contextos, especialmente na ausência de condições mínimas para a separação de papéis que fundamenta a proibição de regresso⁸¹⁵.

Assim, por exemplo, uma prática cotidiana como a venda de uma faca pode ser neutra em contextos normais, mas deixa de sê-lo na hipótese de uma richa ocorrida no local; no mesmo sentido, a entrega de um mapa comum a um grupo especializado em furtos de bancos pode ser inócua, mas a condução de *test-drives* contínuos favorecendo planos de fuga não pode ser isolada desse contexto delitivo⁸¹⁶.

De forma similar, o interveniente não poderá se distanciar da atuação principal quando o evento delitivo for determinante em relação à atuação prévia. Assim, o empréstimo de uma tesoura de jardinagem a um vizinho deixa de ser neutro, caso este último se encontre no meio de uma briga conjugal; partindo de um exemplo mais extremo, é neutra a conduta de um cozinheiro num campo de concentração, mas não a de um vigia do mesmo local⁸¹⁷. Trata-se de contribuições que só podem ser interpretadas como parte de um plano delitivo⁸¹⁸.

Outra hipótese de intervenção reside na realização de múltiplas atuações cotidianas que constituam o conjunto de um “mosaico” do delito⁸¹⁹. Trata-se daquelas contribuições isoladamente inócuas, mas garantidoras de uma logística delitiva. Nesse sentido, prestar informações sobre o local ou o horário de funcionamento de uma instituição financeira pode configurar uma parte da conduta de execução quando o contexto geral dessa e de outras contribuições revelar uma atuação vinculada.

Diante desses esclarecimentos, podemos resumir a proposta de Jakobs nos seguintes termos: a causação evitável de delitos praticados por terceiros cederá diante da proibição de

⁸¹¹ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, pp. 567, 570; *idem*, *Mittäterschaft als Beteiligung*, p. 560.

⁸¹² Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 696 e ss *idem*, *Beteiligung*, p. 566.

⁸¹³ Cf. JAKOBS, *Mittäterschaft als Beteiligung*, p. 561.

⁸¹⁴ Cf. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erflogsdelikt*, p. 23; *idem*, *Strafrecht*, p. 699; *idem*, *Theorie der Beteiligung*, p. 33.

⁸¹⁵ Cf. especialmente JAKOBS, *Beteiligung*, p. 566.

⁸¹⁶ Cf. JAKOBS, *Beteiligung*, p. 568.

⁸¹⁷ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 33, com adaptações do autor.

⁸¹⁸ Cf. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erflogsdelikt*, p. 23.

⁸¹⁹ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 34.

regresso, salvo quando essa atuação prévia for organizada com sentido delitivo – seja pela sua adaptação aos planos do executor ou nas hipóteses em que ela só puder ser interpretada como parte desse plano.

As conclusões de Jakobs a respeito da punibilidade de ações neutras são objeto de uma série de críticas. Roxin, por exemplo, afirma que a impunidade de condutas cotidianas – como a venda de um pé-de-cabra a um furtador – incorreria na consideração inadequada de cursos causais hipotéticos⁸²⁰. Em síntese, argumenta-se que ninguém pode recorrer à atuação substitutiva de terceiros para se eximir criminalmente: ainda que B pudesse obter a prestação de A por outros meios, essa circunstância não afeta a causalidade ou a imputação⁸²¹. Em termos de política criminal, seria inadmissível excepcionar a proibição em face da disposição delitiva de outras pessoas⁸²².

Essa objeção não pode ser ignorada, já que a irrelevância desses cursos hipotéticos representa um relativo consenso na doutrina jurídico-penal⁸²³. Com efeito, o próprio Jakobs afirma que “uma garantia normativa não deixa de ser válida em razão da prontidão de outra pessoa para desconsiderá-la”⁸²⁴. Ainda assim, o argumento de que considerações hipotéticas não devem ser levadas em conta na imputação deve ser avaliado com cuidado. Isto porque há uma série de problemas (como a interrupção de cursos salvadores ou o nexo da violação de um dever) que só podem ser resolvidos a partir de hipóteses⁸²⁵. Em tal contexto, esse tipo de afirmação não representa mais do que um argumento circular⁸²⁶.

No caso específico da construção de Jakobs, essa crítica não deve ser acolhida. Isto porque o distanciamento dos casos relativos à sua versão da proibição de regresso não se baseia no que ocorreria no caso de uma abstenção do comportamento do agente, mas sim na inexistência de uma posição de garantia em relação ao autor principal.

⁸²⁰ Cf. ROXIN, *Strafrecht II*, p. 210.

⁸²¹ Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, p. 381.

⁸²² Cf. ROXIN, *Strafrecht I*, pp. 379 e ss; GRECO, *Cumplicidade*, p. 147; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 223; KINDHÄUSER, *Urs. Risikoerhöhung und Risikoverringung. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 120, ano 2008, p. 487.

⁸²³ Para um panorama das principais controvérsias em torno desse tema, cf., por todos, SAMSON, Erich. *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal: una contribución sobre la causalidad de la complicidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 160 e ss., 166 e ss.

⁸²⁴ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 674.

⁸²⁵ Cf. GRECO, Luis. *Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12)*, p.98. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (org.). *As Razões do Direito Penal. Quatro Estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

⁸²⁶ Cf. GRECO, *Punição da cumplicidade por meio de ações neutras*, p. 97: “não se trata aqui de perguntar se alguém que, em realidade, comportou-se ilicitamente pode ser absolvido reportando-se a algo hipotético, mas antes se o próprio comportamento ilícito existe”.

4.7. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO LIMITE MÍNIMO DA INTERVENÇÃO DELITIVA (ROBLES PLANAS)

Robles Planas formula uma construção original e rigorosa para discutir a responsabilidade indireta perante a atuação de terceiros autorresponsáveis. Em seu detalhado trabalho relativo aos limites da participação, o jurista espanhol discute a capacidade de rendimento das tentativas de reabilitar a doutrina da proibição de regresso, os critérios dogmáticos voltados à problemática das condutas neutras e a viabilidade de uma teoria da intervenção delitiva, bem como o suposto caráter acessório do injusto da participação.

Essa proposta teórica não deixa de despertar interesse prático à luz do contexto brasileiro, a despeito do seu recorte epistemológico concentrado nas hipóteses de causação mediata (compreendidas como um problema de participação, nos termos do Código Penal espanhol), na medida em que a intervenção por condutas neutras pode abranger situações de causação direta. Assim, por exemplo, o caso do empregado de uma empresa que abre as comportas para liberar o despejo de uma matéria tóxica também interessa a essa problemática⁸²⁷.

Isso se deve a uma das premissas fundamentais do referido autor: a realização do injusto típico compreenderia toda e qualquer forma de intervenção delitiva, uma vez que a definição do comportamento juridicamente desaprovado traduziria uma questão prévia à forma da intervenção, isto é, à distinção qualitativa entre autores e partícipes⁸²⁸. Assim, afasta-se da equiparação – muito associada ao conceito restritivo de autor – entre autoria e ação típica⁸²⁹. Ao longo do presente item, pretende-se explicar como a tese do referido penalista se fundamenta a partir de um modelo de intervenção delitiva, independentemente da disciplina legal concedida à temática do concurso de pessoas.

Diante do esgotamento dos modelos de imputação centrados na ideia de um autor individual, Robles Planas defende a necessidade de uma revisão geral da teoria da intervenção. Tal reconstrução haveria de estar alinhada às necessidades de contato social da sociedade moderna, cujo desenvolvimento econômico e tecnológico fez proliferar a

⁸²⁷ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 40 e ss.

⁸²⁸ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 148.

⁸²⁹ Assim, “el error del concepto restrictivo de autor en su formulación ordinaria es que reúne en un mismo supraconcepto dos partes que deben ser separadas: la fundamentación del injusto típico y la cualificación de la intervención” (*La Participación*, p. 267).

possibilidade de interações estereotipadas e anônimas⁸³⁰. Até mesmo o princípio da autorresponsabilidade estaria contaminado por uma lógica naturalística, haja vista a formulação do juízo de imputação a partir de cursos causais lesivos⁸³¹.

O tradicional modelo de intervenção enfrentaria uma série de dificuldades em formas mais complexas de interação. Um exemplo desse descompasso recairia nas hipóteses da chamada *intervenção vertical*, que se caracteriza pela inserção das condutas de cada interveniente em diferentes níveis de competência, sobretudo no contexto de estruturas organizadas hierarquicamente (empresas, organizações criminosas, órgãos públicos, etc). O mesmo valeria para as situações envolvendo a delegação de funções, a prática de atos colegiados ou a responsabilidade por atos de subordinados. As teorias tradicionais, como as formas de autoria mediata, seriam ou muito rígidas ou insuficientes para fins de responsabilização⁸³².

O mesmo é afirmado a respeito dos casos envolvendo a denominada *intervenção horizontal*: com o fenômeno da divisão de trabalho, a associação entre indivíduos se faz cada vez mais comum, o que multiplica atuações estereotipadas e dissolve os limites entre o proibido e o permitido⁸³³. Os tradicionais entendimentos baseados em conceitos de coautoria, cumplicidade ou instigação tampouco forneceriam uma resposta satisfatória⁸³⁴.

Com base nessas considerações, o autor busca formular uma definição do que se entenderia por conduta neutra. Essas condutas seriam caracterizadas por dois elementos comuns: em primeiro lugar, elas seriam associadas à execução de papéis, padrões ou atuações estereotipadas; além disso, a maioria dos que realizam essas contribuições sabem da sua idoneidade para produzir, direta ou indiretamente, um resultado delitivo⁸³⁵. Muitas dessas práticas tendem a ser inócuas e externamente lícitas (como a comercialização de bens, a prestação de informações técnicas, o pagamento de serviços, o exercício de uma função laboral, etc).

Tais condutas se inserem em contextos altamente regulados, de maneira que a sua realização independe das preferências ou particularidades de quem as executa⁸³⁶. Quer dizer

⁸³⁰ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 24 e ss.

⁸³¹ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 26.

⁸³² ROBLES PLANAS, La Participación, p. 27. Em sentido próximo, cf. KRÄMER, Katharina. Individuelle und Kollektive Zurechnung im Strafrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 135 e ss.

⁸³³ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 29.

⁸³⁴ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 30.

⁸³⁵ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 33.

⁸³⁶ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 34.

que a intervenção por meio de condutas neutras é desprovida de uma liberdade de configuração por parte do seu executor. Isso resulta no já apontado caráter anônimo e estereotipado desses comportamentos. Finalmente, a ubiquidade representa uma característica comum, ainda que não necessária à neutralidade de uma conduta: um bem ou serviço que esteja disponível a qualquer pessoa tende a caracterizar uma prestação como socialmente adequada.⁸³⁷

Para superar essas dificuldades, Robles Planas propõe uma abordagem do problema a partir do tipo objetivo.⁸³⁸ De forma similar a Frisch, o autor desenvolve uma teoria do comportamento típico anterior à imputação objetiva do resultado. Essa escolha se baseia em dois argumentos. O primeiro é de natureza pragmática e sustenta que uma proibição geral de qualquer prestação que possa favorecer a atuação criminosa de terceiros seria inidônea⁸³⁹ para a proteção de bens jurídicos; o segundo, de ordem sistemática, aduz que a intervenção por condutas neutras diz respeito à liberdade de atuação do destinatário da norma, cujos limites só podem ser definidos a partir da conduta típica.⁸⁴⁰

Tal opção pela tipicidade objetiva vem acompanhada de uma crítica às teorias baseadas em dados de natureza subjetiva. Nesse sentido, Robles Planas argumenta que o conhecimento da inclinação delitiva do autor não se converte num dever específico de limitá-la. Afirmar o contrário implicaria num equívoco metodológico, além de representar uma flagrante violação do *cogitationis poenam nemo patitur*⁸⁴¹.

A partir dessa perspectiva, Robles Planas avalia as diferentes tentativas de reabilitar a doutrina da proibição de regresso e conclui que nenhuma delas é capaz de fundamentar satisfatoriamente os limites mínimos da intervenção delitiva. Para efeitos de terminologia, opta-se por falar numa *proibição de retrocesso*:

⁸³⁷ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 35. Um exemplo de conduta neutra não ubíqua residiria nos casos envolvendo pareceres técnico-profissionais. Na literatura jurídico-penal alemã, vale mencionar a divergência de Rackow, para quem a restrição à possibilidade de punição no âmbito da circulação de bens e serviços seria “factualmente correta”, mas carente de uma efetiva operacionalização em sede de tipicidade (cf. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, p. 527).

⁸³⁸ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 71 e ss.

⁸³⁹ Cf. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 286. Trata-se daquilo que Frisch denomina de princípio da idoneidade: a proibição de atividades geralmente inócuas do cotidiano não produziria qualquer efeito mensurável em matéria de proteção de bens jurídicos.

⁸⁴⁰ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 72.

⁸⁴¹ Cf. ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 64-70.

“Por todo ello, la prohibición de regreso, tanto en el sentido tradicional que Frank le dio, como en las diversas formulaciones posteriores, no está en condiciones de ofrecer criterios decisivos acerca de los límites de la intervención en el delito. No se trata de establecer na prohibición de regresar a un punto de partida fundamentador de la imputación (donde la prohibición es sólo una forma de restringir tal imputación ya fundamentada), sino de establecer los presupuestos bajo los que una conducta está jurídico-penalmente desaprobada. Con otras palabras: la verdadera naturaleza del problema sólo se aprehende si en vez de una prohibición de regresar a una conducta cuya desaprobación ya está fundamentada (por la causalidad o por otros criterios prejurídicos), se aticula una prohibición de retroceder hasta allar una conducta jurídico-penalmente permitida (con arreglo a parámetros exclusivamente normativos)”⁸⁴²

Diante dessas considerações, resta explicar como o autor espanhol desenvolve a sua teoria da intervenção delitiva. Para tanto, Robles Planas formula uma fundamentação própria para delinear tanto os limites mínimos da intervenção delitiva em geral como o injusto do partícipe em particular. E é precisamente esse aspecto que pode interessar ao leitor brasileiro, na medida em que se sustenta que os fundamentos para incriminar o partícipe são idênticos àqueles necessários à punição do autor⁸⁴³. Se os tipos da parte especial abrangem todas as formas de intervenção, a questão referente aos fundamentos do castigo da participação perde a sua razão de ser⁸⁴⁴.

A compreensão tradicional do conceito restritivo de autor representa uma perspectiva oposta, nos termos da qual a norma típica abrangeria apenas as condutas de autoria⁸⁴⁵. Assim, as regras que punem a participação seriam causas de extensão da punibilidade. Como o partícipe não realiza o fato típico, essa extensão demandaria uma justificação adicional⁸⁴⁶. Nesse contexto, as teorias dedicadas a explicar o fundamento da participação esbarram em algumas dificuldades. Com isso, perde-se uma das principais vantagens do conceito restritivo de autor, consistente na sua vocação limitadora⁸⁴⁷. Isto porque as teorias que derivam o injusto da participação a partir da autoria incorrem numa tensão incontornável com o princípio da autorresponsabilidade⁸⁴⁸.

⁸⁴² ROBLES PLANAS, La Participación, p. 92.

⁸⁴³ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 117.

⁸⁴⁴ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 118, 120.

⁸⁴⁵ Cf. ROXIN, Claus. Strafrecht II. München: C.H. Beck, 2003, p. 9: segundo essa perspectiva, o autor representa “figura central” da realização típica.

⁸⁴⁶ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 118.

⁸⁴⁷ Cf. ROBLES PLANAS, La Participación, p. 132: “De hecho, más allá de esta circunstancia, debe ponerse de manifiesto que el concepto restrictivo de autor que sostiene la doctrina dominante se halla fuertemente impregnado de pensamientos extensivos”.

⁸⁴⁸ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 131 e ss.

Partindo dessas observações, o autor espanhol propõe um modelo de intervenção delitiva que observe tanto o princípio da autorresponsabilidade como as exigências de um direito penal do fato⁸⁴⁹. Sustenta-se um sistema puro de intervenção, em contraposição a um sistema de responsabilidade pela própria infração da norma⁸⁵⁰. Nesse modelo, o tipo assume o papel de figura central⁸⁵¹. A conduta típica de intervenção abrangeria os casos de intervenção direta e indireta⁸⁵², na medida em que todos os agentes violariam a mesma norma de conduta⁸⁵³. Nos casos envolvendo vários intervenientes, o mais relevante é a imputação do fato típico, fundamentada na responsabilidade pelo próprio injusto⁸⁵⁴.

Assim, a opção legislativa por um modelo unitário ou diferenciador em matéria de participação não torna obrigatória a opção por um ou outro sistema da intervenção, na medida em que as regras da parte geral não seriam uma fonte autônoma de normas de conduta, mas tipos de sanção⁸⁵⁵. Sob essa perspectiva, é possível afirmar que não existe uma diferença tão drástica entre os diferentes sistemas de participação⁸⁵⁶.

O que Robles Planas define como infração da norma de conduta constitui apenas um requisito necessário para afirmar a relevância penal de uma intervenção⁸⁵⁷. O fundamento dessa infração recairia não na mera disposição de cursos causais lesivos, mas na quebra dos limites de uma liberdade garantida juridicamente⁸⁵⁸. Trata-se de uma releitura do princípio da autorresponsabilidade a partir da ideia de liberdade organizatória: cada destinatário da norma é responsável pela configuração da sua própria “esfera de organização”⁸⁵⁹. Assim, o injusto

⁸⁴⁹ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 136.

⁸⁵⁰ Cf. ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 145 e ss. O sistema de responsabilidade pela própria norma, defendido por Gómez-Trelles, parte de uma perspectiva pré-típica. A principal crítica a essa perspectiva recai no abandono da referência ao fato típico, entendido como “resultado com unidade de significado” ou “exteriorização com relevância penal” (op. cit., p. 146).

⁸⁵¹ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 145.

⁸⁵² ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 148.

⁸⁵³ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 137. Importa assinalar a distinção do autor entre fato e conduta típica: na infração da norma de conduta compreendida nos tipos da parte especial, o mesmo fato típico pode abranger várias condutas típicas (op. cit., p. 217). Apesar das diferenças em matéria de fundamentação, Kindhäuser parece chegar a uma conclusão similar. Resumidamente, o referido penalista afirma que autor e partícipe praticam o mesmo ilícito, na medida em que a participação consistiria na violação de um dever secundário, isto é, na abstenção de auxiliar a violação do dever primário do autor. Nos termos dessa perspectiva, tanto o dever primário como o secundário violariam a mesma norma. Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Normtheoretische Anmerkungen zum Strafgrund der Teilnahme*, p. 50. In: *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2019; próximo, MAÑALICH, Juan Pablo. *Nötigung und Verantwortung*. Nomos: Baden-Baden, 2009, pp. 125 e ss.

⁸⁵⁴ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 149, 161 e ss.

⁸⁵⁵ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 146 e 216.

⁸⁵⁶ Cf. ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 146.

⁸⁵⁷ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 216.

⁸⁵⁸ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 164 e ss.

⁸⁵⁹ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 165.

penal é entendido como um “desvalor qualificado”⁸⁶⁰ resultante da “intromissão na esfera de organização alheia”⁸⁶¹.

Uma compreensão tendencialmente naturalista do injusto tenderia a restringir a responsabilidade por atos próprios aos casos de intervenção direta, enquanto a incriminação qualquer contribuição prévia ou indireta seria vista como uma exceção à autorresponsabilidade⁸⁶². Dessa maneira, a relevância penal de uma conduta não é deduzida a partir de cursos causais lesivos a bens jurídicos, mas de uma “organização defeituosa” da própria esfera de responsabilidade⁸⁶³.

Além da infração da norma de conduta, Robles Planas formula dois pressupostos para a constituição da conduta típica de intervenção. O primeiro deles é a denominada lesividade qualificada⁸⁶⁴. A liberdade de atuação conferiria sentido aos bens jurídicos, razão pela qual a seleção de condutas merecedoras do desvalor especificamente penal representaria a função primordial da teoria da conduta típica⁸⁶⁵. Somente aquelas condutas que representem uma quebra da liberdade garantida juridicamente estariam compreendidas dentro do tipo⁸⁶⁶. Haveria uma margem tolerância em relação à lesividade derivada da própria configuração social, compreendida nas hipóteses do chamado risco permitido⁸⁶⁷.

O segundo requisito consiste na chamada *evitabilidade qualificada*⁸⁶⁸. Esse critério busca operacionalizar a responsabilidade por organização, entendida como responsabilidade pelas consequências⁸⁶⁹. Assim, é preciso aferir se o sujeito destinatário da norma estaria

⁸⁶⁰ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 173.

⁸⁶¹ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 177.

⁸⁶² ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 164-165.

⁸⁶³ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 162. Aqui cabe uma breve consideração a respeito do entendimento do autor sobre a tarefa do Direito Penal. Para ele, a principal função das normas de conduta consistiria em assegurar a ordem jurídica, enquanto a proteção de bens jurídicos ocorreria de forma indireta, mediante a manutenção das expectativas incorporadas por essas normas. Isso pressupõe uma possibilidade mínima de motivação por parte do destinatário da norma, razão pela qual nenhuma proibição se dirigiria a todos indistintamente (op. cit., pp. 191 e 197). Essa concepção não parece muito distante da expressada em trabalhos mais recentes de Jakobs, que também vislumbra uma proteção mediata de bens jurídicos através do reforço cognitivo da norma. Cf. JAKOBS, Günther. Theorie der Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 12.

⁸⁶⁴ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 195 e ss.

⁸⁶⁵ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 195.

⁸⁶⁶ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 196.

⁸⁶⁷ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 196-7.

⁸⁶⁸ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 197 e ss.

⁸⁶⁹ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 198. Nesse aspecto, é de se assinalar uma relativa proximidade com o modelo de imputação de Jakobs: se a auto-organização condiciona a responsabilidade pelas consequências, o autor comissivo também responde como uma espécie de garantidor. Cf. JAKOBS, Günther. System der Strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, p. 35. Em sentido similar, Pawlik chega à conclusão de que “os critérios normativos para a realização do tipo (...) são idênticos, tanto nos casos de ação como nos de omissão” (cf. PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 161).

obrigado a se adaptar às circunstâncias constitutivas do risco, renunciando ou modificando a sua conduta. Em regra, a criação de um risco implica no dever de evitá-lo. Uma exceção residiria nos casos em que esse dever se encontrasse fora do círculo de deveres do agente, sobretudo na presença de um sujeito preferencialmente responsável⁸⁷⁰, uma vez que a norma não se dirige a todos de forma indistinta⁸⁷¹.

Feitos esses esclarecimentos, é tempo de explicar como o mencionado autor aplica essas concepções à determinação da conduta típica nos casos envolvendo a atuação de terceiros. A principal dificuldade na determinação desse limite mínimo reside no fato de que praticamente todas as condutas de favorecimento podem servir a fins ilícitos⁸⁷². Nesses termos, não existiria uma proibição genérica de favorecer planos delitivos alheios. Uma responsabilização nessas circunstâncias só poderia ocorrer em casos excepcionais⁸⁷³.

A primeira exceção diz respeito aos deveres específicos no sentido de evitar um resultado delitivo⁸⁷⁴. Trata-se de uma construção germinada a partir da posição de garantidor⁸⁷⁵. Essa posição jurídica especial se verificará quando houver um dever de vigilância específico em relação a pessoas ou objetos perigosos⁸⁷⁶, a exemplo das situações envolvendo funcionários públicos responsáveis por vigiar pessoas perigosas ou dos casos relativos à obrigação de evitar delitos por parte de agentes policiais⁸⁷⁷. Ainda, é necessário que essa imputação seja cuidadosamente fundamentada, observando-se o conteúdo e o alcance desses deveres, bem como a efetiva assunção destes por parte do imputado⁸⁷⁸.

⁸⁷⁰ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 199.

⁸⁷¹ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 198 e 200. Um exemplo da presença de uma evitabilidade qualificada reside nos casos dos chamados riscos condicionalmente permitidos. Nessas hipóteses, há uma posição especial para evitar o resultado típico, isto é, uma esfera de responsabilidade pré-determinada pela incumbência de manter o risco dentro de certos limites, como a manutenção de instalações, máquinas, meios de transporte etc.

⁸⁷² ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 277.

⁸⁷³ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 191.

⁸⁷⁴ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 292 e ss.

⁸⁷⁵ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 293.

⁸⁷⁶ ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 294.

⁸⁷⁷ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 294-5. É importante assinalar que a questão da posição de garantidor por parte de funcionários policiais passa longe de representar um tema incontroverso. Assim, por exemplo, fundamentar a obrigação de evitar delitos de terceiros a partir de um dever de vigilância (art. 13º, §2º, alínea “a” do CP) traria o inconveniente de tratar uma pessoa responsável como uma fonte de perigo. Nesse sentido, cf. PAWLIK, Michael. *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 111, p. 336.

⁸⁷⁸ ROBLES PLANAS, *La Participación*, pp. 294, 296 e 301. Assim, por exemplo, um empresário só poderá ser responsabilizado por perigos decorrentes do seu próprio âmbito de organização, razão pela qual a mera criação de oportunidades delitivas (como no caso da contratação de um funcionário) não constituiria, a princípio, uma conduta típica de intervenção. O contrário ocorreria nas hipóteses relativas à criação de riscos especiais, como no caso da fabricação clandestina de armas e explosivos.

A segunda exceção consiste na hipótese da configuração da conduta como parte do fato⁸⁷⁹. Em regra, a venda de objetos disponíveis a qualquer pessoa ou uma prestação estereotipada não gera nenhum risco especial⁸⁸⁰. O contrário ocorrerá quando o agente adaptar a sua conduta de forma que ela passe a compor o delito de forma inequívoca⁸⁸¹. Alguns dados podem ser relevantes na interpretação desse contexto delitivo, a exemplo da proximidade com o fato principal ou o início da tentativa⁸⁸². Um exemplo esclarecedor do que constituiria uma conduta de adaptação recairia na hipótese em que o agente modifica uma prestação habitual para atender às necessidades especificamente delitivas do seu beneficiário⁸⁸³.

Por fim, Robles Planas apresenta um núcleo de casos especialmente problemático. Nesse sentido, questiona-se qual seria a solução dogmáticamente adequada para as situações alheias a qualquer posição jurídica ou adaptação delitiva por parte de quem presta a conduta de auxílio⁸⁸⁴. Essas hipóteses limítrofes são caracterizadas por condutas manifestamente idôneas para favorecer o plano delitivo de terceiros. No entanto, o sentido dessas atuações não se esgota nessa relação. A título de exemplo, podem ser citados casos como o de um caminhoneiro que transporta bens contrabandeados, ou o do hoteleiro que entrega as chaves do quarto de um hotel ao terceiro que traz consigo uma vítima de sequestro⁸⁸⁵. A despeito da falta de uma posição específica de garantia ou de uma configuração especificamente delitiva, essas hipóteses são marcadas por uma situação de perigo imediato a bens fundamentais⁸⁸⁶.

A solução para esse problema transitaria entre dois extremos: a responsabilização a título de omissão de socorro e a imputação extraordinária pela infração agravada de deveres de solidariedade⁸⁸⁷. Por coerência, o jurista espanhol não considera satisfatória nenhuma dessas conclusões, chegando a sugerir uma solução – intermediária – de *lege ferenda*⁸⁸⁸. Excepcionalmente, Robles Planas ainda menciona situações dessa seara caracterizadas pela

⁸⁷⁹ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 304 e ss.

⁸⁸⁰ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 305.

⁸⁸¹ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 306. Próximos, YACOBUCCI, Guillermo. Intervención en el delito y conducta neutral, p. 621. In: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2019; KUDLICH, Hans. Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, 2004, p. 184.

⁸⁸² ROBLES PLANAS, La Participación, p. 306.

⁸⁸³ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 317. Dessa forma, o padeiro que vende um pão a um cliente que anuncia o plano de matar a sua esposa mediante a entrega de um alimento envenenado atua de forma neutra quando a sua conduta se restringir a realizar a venda de forma impessoal. Situação distinta é a da entrega de um alimento produzido cum um material específico para dissimular o sabor da substância venenosa.

⁸⁸⁴ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 317.

⁸⁸⁵ ROBLES PLANAS, La Participación, pp. 308.

⁸⁸⁶ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 307.

⁸⁸⁷ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 307.

⁸⁸⁸ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 313.

presença adaptação especificamente delitiva, como o exemplo da venda de um martelo ao participante de uma richa⁸⁸⁹.

De qualquer forma, a originalidade e o rigor dogmático dessa proposta a qualificam o seu trabalho como uma via a ser considerada no tratamento da intervenção por condutas neutras. Ao matizar a excessiva rigidez de algumas versões da doutrina da proibição de regresso, o autor não recai no casuísmo de outras construções teóricas – já apresentadas e discutidas.

4.8. CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS

Consideradas as diversas tentativas de reformular a proibição de regresso, é possível tecer algumas considerações provisórias a respeito dessas propostas, tendo em vista a problemática específica das condutas neutras. Por ser restrita aos casos de autoria, a versão defendida por Frank ficava muito aquém de uma concepção abrangente sobre os limites da intervenção delitiva; por outro lado, o posterior desenvolvimento de uma série de critérios de imputação voltados a restringir – não raro de forma casuística – a punibilidade do causador mediato não apresentou soluções dogmaticamente seguras.

Nesse cenário, teses voltadas à ampla reafirmação dessa figura dogmática, como a de Diel, carecem de consistência interna e deixam intocados alguns problemas fundamentais. Assim, por exemplo, a fundamentação da proibição de regresso a partir do princípio da autorresponsabilidade parece pouco compatível com a ampla e irrestrita aceitação da punição acessória do partícipe. Em que pese a originalidade e a profundidade da argumentação da autora, isso parece repetir a vinculação entre a fundamentação da intervenção no delito e a distinção qualitativa das formas de participação. Tanto em Frank como em Diel, o problema da proibição de regresso reflete menos uma questão de responsabilidade do que um problema específico de autoria.

Diante desses extremos, propostas como a de Robles Planas ou a de Günther Jakobs podem representar uma via promissora para restringir a incriminação de comportamentos neutros. Essa leitura restritiva é pertinente, pois não há como cogitar um dever genérico de evitar delitos alheios sem incorrer numa problemática promoção de deveres de solidariedade através do Direito Penal⁸⁹⁰. Como já apontamos, esses deveres se restringem à figura da

⁸⁸⁹ ROBLES PLANAS, La Participación, p. 310.

⁸⁹⁰ Nesse sentido, cf. OTTO, Harro. Solidarität als Rechtsbegriff, p. 394. In: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 2014; SEELMAN, Kurt. Ideengeschichte des Solidaritätsbegriff im

omissão de socorro, constituindo uma responsabilidade meramente indireta pelo bem-estar dos membros de uma comunidade jurídica⁸⁹¹.

Assim, a intervenção por condutas neutras trata da violação de deveres negativos, isto é, na adaptação ou configuração de um comportamento a um resultado delitivo. Para colocar à prova os critérios de Robles Planas e Jakobs, buscaremos discutir a resolução de alguns casos concretos. Com isso, pretende-se demonstrar a capacidade de rendimento desses modelos teóricos.

Strafrecht, pp. 36 e ss. In: Solidarität im Strafrecht - Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Baden-Baden: Nomos, 2013; num sentido próximo, Pawlik afirma que qualquer pretensão de inserir a ideia de solidariedade no âmbito da imputação penal dependeria de uma rigorosa fundamentação. Cf. PAWLIK, Michael. Solidarität als Strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivzustandes, p. 143. In: Jahrbuch für Recht und Ethik, número 22, ano 2014.

⁸⁹¹ Cf. PAWLIK, Das Unrecht des Bürgers, p. 191.

5. RESOLUÇÃO DE CASOS CONCRETOS A PARTIR DA PROPOSTA DE JAKOBS

A amplitude e a profundidade das questões abordadas no capítulo 4 podem gerar a impressão de que a temática da proibição de regresso representaria algo completamente alheio ao público brasileiro. De fato, um leitor atento poderia questionar se modelos teóricos tão pouco mencionados na doutrina penal nacional teriam algum apelo prático que justificasse as opções do presente trabalho. Longe de ser injustificado, esse ceticismo é expressão de uma relação – já constatada em culturas jurídicas – de crescente desconfiança entre a dogmática e a prática⁸⁹².

No entanto, essa impressão perde força diante da compreensão, já expressada nos primeiros capítulos do presente trabalho, de uma *tarefa comum* entre dogmática e aplicação do direito. Assim, pareceria cabível a análise de algumas situações pontuais – algumas já ocorridas no Brasil – à luz da teoria da imputação de imputação de Günther Jakobs. Com isso, pretende-se demonstrar a relevância prática das discussões travadas no capítulo anterior.

5.1. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Caso 1. O primeiro caso prático a ser discutido diz respeito à relevância jurídica de atividades profissionais de assessoramento no contexto penal ambiental. Na recente tragédia ambiental de Brumadinho, técnicos de engenharia responsáveis pela declaração de estabilidade de barragens foram acusados de contribuir para crimes contra a fauna, a flora e de poluição praticados no âmbito de uma empresa de mineração. É recorrente a associação entre a problemática das condutas neutras (e, por consequência, as possibilidades de formular uma proibição de regresso) e os riscos penais da assessoria técnica, especialmente no âmbito do aconselhamento jurídico e tributário⁸⁹³. Sendo assim, não restam dúvidas de que estamos diante de um exemplo profícuo para a discussão desenvolvida no presente trabalho.

⁸⁹² A esse respeito, Neumann fala num “estranhamento” ou “alienação” (*Entfremdung*) entre esses campos: haveria, então, uma “arrogância mútua” entre Juízes (apoiados no caráter institucional das suas decisões) e dogmáticos (munidos da pretensão de fundamentar respostas mais alinhadas à sistemática doutrinária). Cf. NEUMANN, Ulfrid. *Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, p. 339. In: *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

⁸⁹³ Nesse sentido, cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Riscos Penais da Assessoria Jurídica*, pp. 261 e ss. In: *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016; KUDLICH, Hans. *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes*

Embora legislação atribua ao empreendedor a responsabilidade pela segurança das barragens (art. 4º, III, da Lei 12.334 de 2010), é comum contratar auditorias externas para obter a declaração de estabilidade (DCE), cuja ausência pode resultar em interdição – esta decretada pela Agência Nacional de Mineração (ANM). Nesse contexto, resta saber até que ponto a atuação do profissional externo encarregado dessa avaliação pode ser vinculada a um evento delitivo decorrente da empresa que o contratou. A tradicional fundamentação naturalística (i.e. causal-psicológica) da conduta de intervenção esbarra em algumas dificuldades para fundamentar a relevância do comportamento do engenheiro que atesta a segurança de uma barragem comprometida. Isto porque a causalidade dessa atuação profissional tende a se dissolver em face da contribuição dos demais envolvidos, como os responsáveis pela gestão do risco na empresa contratante.

Trata-se de uma hipótese de causalidade cumulativa ou sobredeterminação causal: isoladamente, nenhuma dessas condições (i.e. a atuação dos engenheiros ou a conduta de inúmeros funcionários da mineradora) seria considerada como causa a partir da *conditio sine qua non*⁸⁹⁴. Nesse aspecto, nosso exemplo é muito próximo do controverso caso alemão do ginásio de esportes de gelo⁸⁹⁵. Sendo assim, pode ser oportuna a busca por outras vias para fundamentar esse juízo de imputação.

Tendo em vista o recorte temático da presente pesquisa, seria pertinente debater a viabilidade de uma solução amparada nas versões tradicionais da doutrina da proibição de regresso. Na interpretação mais recorrente da tese de Frank, o favorecimento culposo de uma conduta dolosa não configuraria uma autoria punível, pois esta se limitaria à causalidade

Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, pp. 477 e ss; BIELEFELD, Franz. Strafrechtliche Risiken der Steuerberatung, pp. 398 e ss. In: Festschrift für Imme Roxin. Berlin: C.F. Müller, 2012.

⁸⁹⁴ Cf. MENDES, Paulo de Sousa. Causalidade complexa e prova penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 227: “Numa situação em que exista incerteza factual sobre se todos os agentes morais contribuíram com as respectivas atuações independentes para a ocorrência do resultado lesivo, o juiz de facto não conseguirá então estabelecer as diferenças relativas entre os diversos contributos individuais. É o que acontece nos casos de causalidade cumulativa se o juiz de facto aplicar a fórmula positiva da c.s.q.n., pois ficará assim impossibilitado de tirar conclusões acerca da existência de uma relação de causalidade entre cada uma das ações consideradas isoladamente e o resultado lesivo.”

⁸⁹⁵ Trata-se do caso referente ao desabamento do teto de um ginásio esportivo na cidade de Bad Reichenhal, que resultou em uma série de mortos e feridos. Além do responsável pela obra e dos administradores do local, um engenheiro contratado pela prefeitura foi acusado de não inspecionar a estrutura da cobertura de forma satisfatória. O réu chegou a ser absolvido em razão das dificuldades de se afirmar a causalidade da sua conduta, mas o Tribunal Federal alemão inverteu a decisão, recorrendo a uma “presunção normativa” para constatar esse nexos causal. Cf. ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente, p. 178. In: LEITE, Alaor (org.); ROXIN, Claus. Novos Estudos de Direito Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014; STÜBINGER, Stephan. Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten, pp. 603 e ss. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, julho de 2011.

física; nos casos da chamada causalidade psíquica, o causador mediato só poderia ser responsabilizado a título de instigação⁸⁹⁶. Aceitar tal premissa traria a dificuldade adicional de condicionar a imputação à circunstância do suposto instigador (i.e. o engenheiro) ter dado causa à decisão delitiva do autor principal, o que parece pouco factível nas circunstâncias desse exemplo.

Como se pretendeu demonstrar no capítulo 4, a concepção original de Frank não traz elementos para uma delimitação objetiva entre a responsabilidade de cada interveniente. No exemplo em tela, uma discussão pautada nesses termos traria o inconveniente de atrelar a discussão à qualificação subjetiva da respectiva conduta⁸⁹⁷. Isso já bastaria para demonstrar as limitações do manejo prático dessa teoria⁸⁹⁸. Contudo, até mesmo alguns críticos dessa doutrina reconhecem que ela aponta uma “direção adequada”⁸⁹⁹ para trabalhar certos problemas de imputação. Ela representaria, assim, o “estabelecimento de uma teoria da imputação objetiva”⁹⁰⁰, ou um critério para a delimitação de esferas de competência ou responsabilidade⁹⁰¹. Como aponta Alex van Weezel, essa normatização da proibição de regresso representa uma tarefa ainda não concluída⁹⁰².

Um dos expoentes desse processo de normatização é Günther Jakobs, cuja contribuição teórica foi amplamente discutida na presente pesquisa. Assim, cabe aferir se o engenheiro poderia recorrer à proibição de regresso para se distanciar do resultado delitivo ou se a sua conduta representaria a violação de uma incumbência. Essa última hipótese

⁸⁹⁶ Nesse sentido, cf. KUDLICH, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, p. 375; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de la Accessoriedad. Buenos Aires: BdeF, 2015, p. 394; ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Regressverbot, p. 178. In: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin: DeGruyter, 1989; STÜBINGER, Stephan. Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten, p. 612; BLOY, René. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 130; HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 110, ano 1998, p. 592: “a acessoriedade da instigação é consequência da proibição de regresso” (trad. livre). Com exceção de Hruschka, todos os autores mencionados nessa nota são críticos em relação a essa distinção de Frank.

⁸⁹⁷ Nesse sentido, Jakobs aponta a falta de fundamentação de uma proibição de regresso aos casos de culpa. Cf. JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erflogsdelikt. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 89, ano 1977, p. 7.

⁸⁹⁸ Cf. a crítica em WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung. Freiburg/Bresgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Recht, 1991, pp. 70 e ss.

⁸⁹⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de la Accessoriedad, p. 395.

⁹⁰⁰ LING, Michael. Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, p. 104.

⁹⁰¹ VAN WEEZEL, Alex. Beteiligung bei Fahrlässigkeit – Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 70.

⁹⁰² VAN WEEZEL, Alex. Beteiligung bei Fahrlässigkeit – Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln. Berlin: Duncker und Humblot, 2006, p. 71.

caracterizaria um ato de intervenção, de maneira que a conduta prévia (i.e. a declaração de estabilidade das barragens) só poderia ser definida a partir de uma motivação ilícita.

No caso em discussão, os referidos engenheiros teriam alterado a metodologia de trabalho para garantir que a declaração das barragens de mineração. Nos termos da teoria da imputação de Jakobs, é possível afirmar a ocorrência de uma especial adaptação dessas condutas ao plano delitivo dos demais acusados. Sendo assim, essa alteração metodológica caracteriza uma vinculação entre essas ações prévias e a execução delitiva.

Com isso, podemos resumir essas considerações da seguinte maneira: a conduta do profissional que atesta a regularidade de uma estrutura comprometida configura um ato de intervenção quando estiver adaptada à realização de um plano delitivo. No caso em tela, essa adaptação decorre de uma alteração metodológica apta a viabilizar a perpetuação de um risco penalmente desaprovado. Dessa maneira, o presente exemplo representaria uma exceção à proibição de regresso.

De se acrescentar, ainda, que a conduta dos profissionais responsáveis pela segurança das barragens representa, inequivocadamente, uma violação do dever de garante. Tal afirmação se torna mais plausível à luz da teoria da imputação de Jakobs, que concebe a posição de garantidor por assunção como um caso de responsabilidade organizacional⁹⁰³. Nesse contexto, a delegação do empreendedor para o profissional de auditoria fundamenta a assunção de uma esfera organizatória alheia⁹⁰⁴.

Caso 2. Outra constelação de casos com apelo prático diz respeito à elaboração de pareceres jurídicos que favoreçam condutas criminosas de terceiros. Suponha-se que “A”, procurador jurídico de um ente federativo, formule um parecer defendendo a possibilidade de dispensa de licitação, viabilizando uma série de delitos contra a administração pública. Seria possível falar numa proibição de regresso em relação a essas atuações posteriores?

⁹⁰³ Cf. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, p. 53; *idem*, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, p. 38.

⁹⁰⁴ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Brumadinho e Áquila: o problema das imputações penais ambientais*. JOTA, 21 de Janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brumadinho-e-aquila-o-problema-das-imputacoes-penais-ambientais-21012020>>. A esse respeito, pontuam os autores que “Sob a óptica da definição dos deveres de garantia na omissão imprópria, verifica-se o fenômeno de transformação das esferas de responsabilidade penal dos atores empresariais, em que um sujeito detentor de determinadas obrigações e poderes (delegante) transfere parte deles a outro indivíduo que opera na estrutura da empresa (delegado)”. Sobre a relação entre delegação e assunção, cf. ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão*, pp. 103-105 e 148.

Uma solução baseada na proposta de Jakobs buscaria os fundamentos da intervenção delitiva na proibição de regresso, aqui compreendida como uma *expressão da distinção de esferas de responsabilidade ou competência*. Objetivamente, o agente que se restrinja à sua esfera de competência não deve ser atrelado à atuação de terceiros, mesmo que esse plano delitivo posterior seja evitável ou conhecido.

Dessa forma, só será possível cogitar uma *responsabilidade por organização* quando a conduta prévia em questão violar uma incumbência, seja em razão de uma adaptação específica ou de uma contribuição que só puder ser interpretada como parte de um plano delitivo, hipótese em que o agente não poderá se distanciar desse resultado. Feitas essas considerações, podemos comparar a diferença dessa abordagem em relação às soluções tradicionais.

A jurisprudência⁹⁰⁵ e a doutrina especializada⁹⁰⁶ tendem a invocar critérios subjetivos para delimitar a punibilidade do parecerista. Nos termos da argumentação desenvolvida no caso 1, buscaremos fundamentar um limite objetivo à conduta de intervenção delitiva. Pela perspectiva teórica de Jakobs, o conhecimento acerca do plano delitivo do autor principal é irrelevante para a caracterização do risco não permitido. Excepcionalmente, a instrumentalização de um conhecimento (ou de um papel social) pode configurar o que o autor alemão denomina de *responsabilidade por organização*.

O consultor que se limita a cumprir as expectativas decorrentes do seu papel social se enquadra na chamada *responsabilidade por instituição*. Essa modalidade de responsabilização não caracteriza um problema de intervenção delitiva, conforme já explicamos ao longo do capítulo 4 da presente pesquisa. Assim, o papel do parecerista jurídico se limita a avaliar a viabilidade de uma dispensa ou inexigibilidade de licitação não implica na violação de qualquer norma. Nessas circunstâncias, a separação de esferas de responsabilidade entre o profissional especializado e administradores públicos exprime uma proibição de regresso, na medida em que essa conduta prévia não pode ser vinculada à atuação arbitrária de terceiros.

⁹⁰⁵ Cf. o entendimento exposto no RHC nº 39644/RJ (rel. Min. Laurita Vaz), que exige a presença de dolo específico para vincular o parecerista ao resultado delitivo. Nesse mesmo sentido, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu trancar ação penal contra um procurador municipal, sob o fundamento de que “eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo” (HC 171576 – rel. Min. Gilmar Mendes).

⁹⁰⁶ Cf. MELO, Mateus Barbosa. Lavagem de dinheiro, compliance e a imputação das ações neutras, p. 157.

Assim, em regra, o comportamento parecerista que se restringe a opinar a favor de uma dispensa de licitação não pode ser vinculado à atuação criminosa posterior de terceiros, mesmo que isso tenha colaborado de alguma forma para um resultado delitivo ou haja alguma probabilidade nesse sentido. Trata-se, então, de uma conduta penalmente neutra amparada pela proibição de regresso.

Com isso não se pretende afirmar que o profissional tem uma carta branca para favorecer delitos ou se beneficiar deles. Trata-se de uma tentativa de diferenciar – a partir de parâmetros objetivos – uma conduta socialmente estereotipada de uma prestação especialmente adaptada a um plano delitivo. Em outras palavras, o procurador de um Município conhecido por problemas de corrupção e improbidade administrativa não estaria obrigado a deixar de emitir um parecer técnico de qualquer natureza, mas uma adaptação criminosa (como a aferição de benefícios resultantes de um esquema ilícito) fundamentaria a sua responsabilização.

Caso 3. Suponha-se que os diretores de uma determinada empresa realizaram uma operação societária com valores de origem ilícita, assim incorrendo no crime de lavagem de capitais (art. 1º, §1º, II, da lei 9.613/98). A prática criminosa foi viabilizada pela atuação prévia de um profissional de advocacia, que prestou diversos serviços de consultoria e auxiliou na formulação dos instrumentos jurídicos necessários a essa operação.

Trata-se de exemplo de grande interesse para a temática das condutas neutras, quer pela questão referente aos limites da punibilidade da lavagem⁹⁰⁷ ou pelos riscos penais da atuação de advogados. Tal constelação de casos abrange uma parcela significativa da jurisprudência da Alemanha, o que parece indicar – mesmo que de uma perspectiva de direito comparado – a relevância prática da presente hipótese⁹⁰⁸. Retomando o que foi discutido no capítulo 4, uma abordagem baseada na concepção jakobsiana da proibição de regresso deverá partir da chamada responsabilidade por organização. Trata-se de definir sob quais pressupostos essa conduta prévia pode ser vinculada à prática delitiva em questão.

Partindo dessa perspectiva, é seguro afirmar que inexistente qualquer *responsabilidade institucional* por parte do advogado, haja vista que esse papel específico não comporta qualquer expectativa no sentido de evitar a atuação criminosa posterior e independente de

⁹⁰⁷ Nesse sentido – e ressaltando a dificuldade de obter uma leitura restritiva a partir de critérios subjetivos – Rackow aponta a “amplitude problemática” do tipo da lavagem de dinheiro. Cf. RACKOW, Peter, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 410 e ss.

⁹⁰⁸ Para exemplos dessa jurisprudência, cf. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, pp. 282, 283, 290, 293, 295, 296, 298 e 305.

seus clientes. Em outras palavras, essa posição profissional não comporta o que Jakobs denomina de *deveres positivos*. Isto reforça que a incriminação dessa conduta prévia deverá ser fundamentada nos termos do papel geral de cidadão e sua responsabilidade organizacional.

5.2. VERIFICAÇÃO CONCLUSIVA DA PROPOSTA DE JAKOBS

A princípio, portanto, há uma divisão desvinculada de tarefas (*trennende Arbeitsteilung*) entre a conduta prévia e a atuação delitiva dos demais, o que se reflete numa separação de esferas de organização ou competência entre cada interveniente. Uma prestação consistente no auxílio técnico ou no aconselhamento profissional de terceiros configura uma conduta estereotipada e neutra. Mesmo que essa atuação possa favorecer causalmente um plano delitivo, ela permanece abrangida pela proibição de regresso.

Evidentemente, isso não implica numa carta branca para profissionais que instrumentalizem seus papéis ao ponto de uma prestação vinculada ao plano delitivo de terceiros. Nessas situações, há uma adaptação da conduta prévia ao evento criminoso, de maneira que o agente não poderá se distanciar dele. Assim, são puníveis as condutas de auxílio especialmente moldadas à realização de um delito, como a prestação de serviços profissionais que se limitem a encobrir a prática ilícita dos intervenientes principais ou sejam diretamente motivados por tal finalidade, assim como instruções no sentido de otimizá-la.

6. CONCLUSÕES FINAIS

Que a temática das condutas neutras já é desafiadora por si só não há dúvidas. Nesse contexto, a pretensão de analisar de forma ampla a proibição de regresso poderia representar uma dificuldade adicional aos propósitos da presente dissertação. Conforme tentamos demonstrar nos capítulos 1, 2 e 3, ambas as discussões decorrem de uma problemática comum: por um lado, a abordagem mais recorrente das ações neutras remonta aos fundamentos e limites da participação, entendida como a punição acessória pelos atos ilícitos de terceiros; por sua vez, a proibição de regresso sempre esteve atrelada à questão da responsabilidade do causador mediato ou indireto, esta discutida no capítulo 2⁹⁰⁹.

Em síntese, é possível afirmar que essas perspectivas encarnam a questão mais geral – e anterior à distinção qualitativa entre autores e partícipes – dos limites da intervenção delitiva⁹¹⁰. Isso pode ser notado a partir dos argumentos de autores que discutem tanto a proibição de regresso como a punibilidade de condutas neutras, a exemplo de Claus Roxin. Como se viu no capítulo 3, esse penalista trata essas questões de forma semelhante, quando não idêntica.

É certo que a noção de uma “proibição de regresso” foi empregado, já muito antes da conhecida definição de Frank, como um sinônimo da impunidade da participação culposa⁹¹¹. No entanto, essas discussões se desenvolveram num momento em que os conceitos de autoria e participação ainda eram incipientes. Assim, vislumbra-se a possibilidade de discutir os limites da responsabilização por atos de terceiros sem recorrer a essas categorias.

Isso fica mais claro quando se observa a discussão, travada no capítulo 4, sobre as diferentes tentativas de reabilitar a doutrina da proibição de regresso. Teorias tão distintas como a de Diel, Otto, Renzikowski e Jakobs trazem uma preocupação comum: qual o

⁹⁰⁹ Nesse sentido, cf. LESCH, Beihilfe, p. 163. Para o autor, a proibição de regresso seria um corolário da autorresponsabilidade (op. cit., p. 165).

⁹¹⁰ De fato, a distinção entre as diferentes formas de participação (autoria, cumplicidade e instigação) só ganha forma no século XIX e a partir de uma terminologia bastante difusa; conceitos obscuros, como o de “autor intelectual” (*intellektueller Urheber*), designavam tanto o que hoje se conhece por cumplicidade como as figuras mais recentes da autoria mediata e da instigação. A esse respeito, ensina Hruschka que o termo “autor” (“Täter”) mal aparecia antes de 1820 (é de se notar que “*Urheber*” e “*Täter*” não são equivalentes, a despeito da recorrente tradução por “autor” e da relação histórica entre esses conceitos). Esse penalista ainda argumenta que a proibição de regresso – na versão formulada por Frank – seria a origem da instigação e do conceito restritivo de autoria. Cf. HRUSCHKA, Regressverbot, pp. 582, 589, 593, 595 e ss. Concorde-se ou não com essa visão, parece acertado concluir que é a doutrina da participação que deriva da teoria da imputação e não o contrário. Sobre essa questão, cf. LESCH, Beihilfe, pp. 166, 184 e 185; BLOY, Beteiligungsform, pp. 67 e ss. Próximo, Naucke (v. Über das Regressverbot, p. 423) argumenta que a fundamentação da proibição de regresso não deve ser buscada unicamente no regramento da participação.

⁹¹¹ Cf. DIEI, Das Regressverbot, pp. 84 e ss.

fundamento da responsabilidade do causador mediato (ou primeiro agente)? Sendo assim a *primeira conclusão* de presente trabalho pode ser resumida nos seguintes termos: *tanto a proibição de regresso como a imputação de condutas neutras se entrelaçam e revelam uma problemática comum.*

Após a análise – realizada no capítulo 3 – das principais propostas teóricas voltadas ao tratamento das condutas neutras no tipo objetivo, é possível fazer um balanço geral a respeito da viabilidade dessas construções dogmáticas. Conforme se argumentou em várias passagens do presente trabalho, uma teoria satisfatória deve estar pautada no tipo objetivo, respeitando o primado de um Direito penal do fato e trazer soluções aversas ao arbítrio do casuísmo.

Nesse sentido, concluímos que as teorias discutidas no referido capítulo pecam pela falta de congruência das suas conclusões, quando não recorrem a critérios demasiadamente obscuros. Com isso chegamos à nossa *segunda conclusão*: nenhuma das propostas mencionadas no capítulo 3 e voltadas a discutir o problema das condutas neutras no âmbito da tipicidade objetiva é satisfatória. Tal situação torna necessária a busca por um caminho alternativo.

Essa busca é empreendida no quarto capítulo da presente dissertação. Nele, diversas tentativas de reabilitar a doutrina da proibição de regresso foram analisadas com o intuito de propor um caminho alternativo para trabalhar a problemática dos comportamentos neutros. Após essa discussão, argumentou-se a favor da teoria da imputação de Günther Jakobs, autor que reformula essa temática no âmbito de uma teoria geral da intervenção delitiva.

Dessa forma, podemos sintetizar uma *terceira conclusão*: a versão jakobsiana da proibição de regresso representa um instrumental teórico de grande utilidade para solucionar problemas de imputação de condutas neutras. Essas considerações resultam de um fio condutor comum entre as discussões travadas nos capítulos 3 e 4. Buscou-se demonstrar essa relevância prática nos casos concretos brevemente discutidos no quinto e derradeiro capítulo deste trabalho.

A predileção pela tese de Jakobs se deve a uma série de razões. Dentre as principais, é possível citar a sua consistência interna, sua compatibilidade com um direito penal do fato e a sua capacidade de rendimento no marco de um sistema unitário de participação. Isto porque essa teoria oferece a possibilidade de trabalhar questões complexas de imputação – inclusive

em matéria de condutas neutras – sem a necessidade de recorrer a uma distinção qualitativa entre autores e partícipes.

Diante de todas essas considerações, espera-se que a presente pesquisa forneça uma contribuição relevante para o debate da imputação de ações neutras no direito penal brasileiro.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Tipicidade Penal – uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- AICHELE, Alexander. Die Untauglichkeit der Äquivalenztheorie zur Erklärung von Kausalität, die Untauglichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Rechtfertigung von Zurechnungsurteilen und ein Vorschlag zur Güte. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 123, 2011.
- BARATTA, Alessandro. Integración-prevención, p. 10. In: Criminología y Sistema Penal. Buenos Aires: BdeF, 2004.
- BAUNACK, Martina. Grenzfragen der Strafbaren Beihilfe. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito. Editorial Comares, 2001.
- BLOY, René. Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- BOCK, Dennis. Criminal Compliance. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BUSATO, Paulo César. O Sentido da Cumplicidade. Revista Duc in Altum, v. 5, n. 8.
- BREYMANN, Klaus. Prävention als Risiko. Zeitschrift für Rechtspolitik, número 39, 2006.
- BRINKMANN, Bernhard. Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.
- BRITO, Alexis Couto de. As Finalidades da Pena em Jakobs. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 110, 2014.
- BURKHARD, Björn. Conducta Típica y Perspectiva ex ante. A la vez uma aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo, p. 159. In: WOLTER, Jürgen (ed.); FREUND,

Georg. El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

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

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Normtheoretische Anmerkungen zum Strafgrund der Teilnahme. In: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2019.

CARO JOHN, Jose Antonio. La Impunidad de Las Conductas Neutrales. In: MONTES FLORES, Efraín (coord.). El derecho penal contemporáneo - libro homenaje al Profesor Raúl Peña Carbrera, vol. 1. Lima: ARA Editores, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CORNACCHIA, Luigi. Fahrlässige Mitverantwortung. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007.

DEMKO, Daniela. Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien. In: Hegels Erben? Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIEL, Katja. Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto. La acción libre como base de toda imputación penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. Direito Penal como crítica da pena. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ESER, Albin; HUBER, Bárbara; CORNILS, Karin. Einzelverantwortung und mitverantwortung im Strafrecht. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 1998.

ESER, Albin. "Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?: Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen. In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin: DeGruyter, 2001.

ESER, Albin. Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresa por Omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos *neutros* na cumplicidade. Lisboa: AAFDL, 2014.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. Límites de participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal? Universidad Externado. Edição do Kindle.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Revista InDret, 2/2009.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Positive Generalprävention. Gedanken zur Strafrechtstheorie Günther Jakobs'. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. C.F. Müller, 1988.

FRISCH, Wolfgang. Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs. In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin: Degruyter, 2001.

FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes - zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Heymann, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal? Lima: ARA Editores, 2009.

GRECO, Luis. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, N° 7.

GRECO, Luis. Um Panorama da Imputação Objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Luis. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GRECO, Luis. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, número 117, 2005.

GRECO, Luis. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Berlin: Duncker und Humblot, 2009.

GRECO, Luis. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12), pp. 90 e ss. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (org.). As Razões do Direito Penal. Quatro Estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas do direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HAAS, Volker. Der verbrechensbegriff von Günther Jakobs. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

HARDWIG, Werner. Die Zurechnung. Degruyter, 1957.

HARTMANN, Arthur. Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, número 116, 2004.

HASSEMER, Winfried. “Kennzeichen Und Krisen Des Modernen Strafrechts.” Zeitschrift Für Rechtspolitik, vol. 25, 1992.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. Direito Penal como crítica da pena. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz – Teil I. Wistra, 1995.

HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz – Teil II. Wistra, 1995.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Wissenschaft der Logik II*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: DeGruyter, 1972.
- HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- HÖRNLE, Tatjana; VON HIRSCH, Andrew. Positive Generalprävention und Tadel. In: SCHÜNEMANN, Bernd; HIRSCH, Andreas von; JAREBORG, Nils. *Positive generalprävention: kritische analysen im deutsch-englischen dialog Uppsala-Symposium 1996*. Heidelberg: CF Müller, 1998.
- HOYER, Andreas. Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, número 121, 2009.
- HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin, Walter de Gruyter, 2011.
- HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, número 110, 1998.
- HRUSCHKA, Joachim. Kann Und Sollte Die Strafrechtswissenschaft Systematisch Sein? *JuristenZeitung*, número 40, 1985.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Degruyter, 1991.
- JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. HRRS, 2004.
- JAKOBS, Günther. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, número 89, 1977.
- JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, número 117, 2005.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, número 97, 1985.
- JAKOBS, Günther. *System der Strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012

JAKOBS, Günther. Theorie der Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014

JAKOBS, Günther. Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. In: Strafrechtswissenschaftliche Beiträge - zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 107, 2009

JAKOBS, Günther. Sobre la Teoria de la Pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, Günther. Beteiligung. In: Jus Humanum – Grundlagen des Rechts- und Strafrecht. Festschrift für Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2003.

JAKOBS, Günther. Tätervorstellung und Objektive Zurechnung. In: Strafrechtswissenschaftliche Beiträge - zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007

JAKOBS, Günther. Mittäterschaft als Beteiligung. In: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2010.

JAKOBS, Günther. Beurteilungsperspektiven, insbesondere bei Erfolgsprognosen. In: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag. Nomos: 2019.

JOERDEN, Jan C. Zurechnung. In: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie. Disponível em: <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/99-zurechnung>>. Acesso em: 01 de nov. de 2018.

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Arthur. “Durch Naturrecht Und Rechtspositivismus Zur Juristischen Hermeneutik.” JuristenZeitung, vol. 30, no. 11/12, 1975.

KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. RBCCrim 108.

KINDHÄUSER, Urs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Baden-Baden: Nomos, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. Risikoerhöhung und Risikoverringung. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 120, 2008.

- KLESCZEWSKI, Diethelm. Kritik am hegelianischen Strafrechtsdenken. In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (org.). Hegels Erben? Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.
- KNAUER, Florian. Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, número 126, 2014.
- KÖHLER, Michael. Strafrecht Allgemeiner Teil. Springer, 2013.
- KÖHLER, Michael. Der Begriff der Zurechnung. In: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin: De Gruyter, 1999.
- KRÄMER, Katharina. Individuelle und Kollektive Zurechnung im Strafrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- KUBICIEL, Michael. Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 129, 2017.
- KUDLICH, Hans. Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufbedingtes Verhalten. Berlin: Duncker und Humblot, 2004.
- _____. BGH, 1. 8. 2000 — 5 StR 624/99. Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter. JuristenZeitung, 2000.
- LESCH, Heiko. Das Problem der Sukzessiven Beihilfe. Peter Lang, 1992.
- LESCH, Heiko. Das Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision. Köln: Heymanns, 1999.
- LESCH, Heiko. Intervención delictiva y imputación objetiva. ADPCP, 1995.
- LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de dinheiro e ações neutras. Juruá, Curitiba, 2014.
- LING, Michael. Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Berlin: Duncker und Humblot, 1996
- LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão, Tomo I. Campinas: Russell, 2003, p. 223
- LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no direito, vol. 1. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

- LÓPEZ, Hernán Dario Orozco. Jakobs' Theorie der Beteiligung. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. Dogmática Penal em Crise: a contribuição de Günther Jakobs ao debate penal contemporâneo. In: Nas Fronteiras do Formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. Punição, Culpa e Comunicação: é possível superar a necessidade da inflicção de sofrimento no debate teórico sobre a pena?, p. 407. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 69.
- MAÑALICH, Juan Pablo. Nötigung und Verantwortung. Nomos: Baden-Baden, 2009.
- MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MARTINS, Antônio. Soziale Normen und strafrechtliche Zurechnung. In: Rechtsstaatliches Strafrecht Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. C.F. Müller, 2017.
- MELLO, Matheus Barbosa. Lavagem de dinheiro, compliance e a imputação das ações neutras. Tirant lo blanch: São Paulo, 2019.
- MERKEL, Reinhard. Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- MIR PUIG, Santiago. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 39, n. 1.
- MONTIEL, Juan Pablo. Obliegenheiten im Strafrecht? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 129, 2014.
- MURMANN, Uwe. Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.
- MÜSSIG, Bernd. Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis – zu den normativen Grundlagen der Objektiven Zurechnung im Strafrecht. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007.

- MÜSSIG, Bernd. Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- MÜSSIG, Bernd. Rechts- und Gesellschaftliche Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht. In: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag. Neuwied, 2004.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. Para onde sopram atualmente os ventos do direito penal? In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD DINIZ, Eduardo (org.). Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012.
- NAUCKE, Wolfgang. Über das Regressverbot im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 76, 1964
- NEUMANN, Ulfrid. Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007
- NEUMANN, Ulfrid. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva - 10 teses. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 63.
- NEUMANN, Ulfrid. Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis. In: In: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- NIEDERMAIR, Harald. Strafflose Beihilfe durch Neutrale Handlungen? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 107, 1995.
- OSNABRÜGGE, Stephan. Die Beihilfe und ihr Erfolg. Berlin: Duncker und Humblot, 2002.
- OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. JuristenZeitung, número 56, 2001.
- PARIONA ARANA, Raul. Täterschaft und Pflichtverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger, p. 67. Berlin: Duncker und Humblot, 2004.
- PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

- PAWLIK, Michael. Ciudadania y Derecho Penal – Fundamentos de la teoria de la pena y del delito en un Estado de libertades. Barcelona: Atelier, 2016.
- PAWLIK, Michael. Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre? In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (org.). Hegels Erben? Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- PAWLIK, Michael. Solidarität als Strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Agressivzustandes. Jahrbuch für Recht und Ethik, número 22, ano 2014.
- PAWLIK, Michael. Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 111, 1999.
- PAWLIK, Michael. Das Strafrecht der Gesellschaft. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de la Accessoriedad. Buenos Aires: BdeF, 2015.
- PERELMAN, Chaim. Tratado da argumentação – a nova retórica. 2ª ed. São Paulo
- PIZARRO, Nathalia Bautista. Das Erlaubte Vertrauen im Strafrecht – Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatz im Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- POLAINO-ORTS, Miguel. As Quatro Faces da Imputação Penal. Notas Críticas ao Conceito Kantiano de Imputação Desde uma Perspectiva Funcionalista. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD DINIZ, Eduardo (org.). Teoria da Pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012
- PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.
- PUTNAM, Hilary. The Collapse of the Fact-Value Dichotomy and other essays. Harvard University Press, 2002
- PUPPE, Ingeborg. Zurechnung und Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, número 95, 1983.
- PUPPE, Ingeborg. Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?. In Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin, Boston: De Gruyter, 2001.

PUPPE, Ingeborg. § 13°. In: KINDHÄUSER et al. Strafgesetzbuch: band I. Baden-Baden: Nomos, 2005.

RACKOW, Peter. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts. Peter Lang: 2007.

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

REYES ALVARADO, Yesid. Strafbare Beteiligung und Objektive Zurechnung. In Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007. Carl Heymanns, 2007.

RENZIKOWSKI, Joachim. Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

RENZIKOWSKI, Joachim. Verantwortlichkeit in Hierarchien, p. 149. In: Zurechnung als Operationalisierung der Verantwortung. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004.

RENZIKOWSKI, Joachim. Ist psychische Kausalität nach dem Begriff Möglich?, p. 214. In: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2011.

RENZIKOWSKI, Joachim. Direito Penal e teoria das normas – estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

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

ROBLES PLANAS, Ricardo. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. D'Plácido: 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Normas de Conducta. Revista inDret, 01/2019.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Rol Social y Sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal. In: El Funcionalismo En Derecho Penal: Libro Homenaje Al Profesor Gunther Jakobs, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ROSENTAL, Ricardo D. La prohibición de regreso en los delitos de resultado: ubicación sistemática y delimitación. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 5

- ROXIN, Claus. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Berlin: Walter De Gruyter, 1973
- ROXIN, Claus. Strafrecht, Bd. I: Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre. München: C.H. Beck, 2006
- ROXIN, Claus. Strafrecht, Bd. II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003
- ROXIN, Claus. Pflichtdelikte und Tatherrschaft. In: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag. Berlin: DeGruyter, 2014.
- ROXIN, Claus. Teoria del tipo penal. Buenos Aires: BdeF, 2014.
- ROXIN, Claus. Bemerkungen zum Regressverbot. In: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin: DeGruyter, 1989 (tradução espanhola: Observaciones sobre la prohibición de regreso. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 3, n. 6).
- ROXIN, Claus. Zum Strafgrund der Teilnahme, p. 380. In: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.
- ROXIN, Claus. Was ist Beihilfe?, p. 501. In: Festschrift für Miyazawa. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin: Walter De Gruyter, 1984.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. Inimigo e pessoa no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014.
- SACHER, Mariana. Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, número 118, 2006.
- SALINGER, Frank. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? JuristenZeitung, 2006.
- SAMSON, Erich. Cursos causales hipotéticos en el derecho penal: una contribución sobre la causalidad de la complicidad. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- SÁNCHEZ-OSTIZ. Pablo. Imputación y Teoría del Delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires: BdeF, 2008.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Strafrechtliche Obliegenheiten und Zurechnung. In: Festschrift für Hans Strey zum 70. Geburtstag. C.F. Müller, 2017.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Lo Normativo y lo Fático. In: Derecho Penal y Persona – Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez. Lima: Ideas, 2019.

SÁNCHEZ-VERA, Javier. Pflichtdelikt und Beteiligung : zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

SÁNCHEZ-VERA, Javier. Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en derecho penal. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 68.

SCHÄFER, Jürgen; ERB, Volker (orgs.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1-37. München: C.H. Beck, 2003.

SCHUMANN, Strafrechtliches Unrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997 .

SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). Grundfragen des Modernen Strafrechts. Berlin, Walter De Gruyter, 1984

SCHÜNEMANN, Bernd. El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? In: Temas Actuales del Derecho Penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.

SEELMANN, Kurt. Hegels Zurechnungslehre. In: KUBICIEL Michael; PAWLIK, Michael, SEELMANN, Kurt (orgs.). Hegels Erben? Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

SEELMAN, Kurt. Günther Jakobs und Hegel. In: Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

SEELMAN, Kurt. Ideengeschichte des Solidaritätsbegriff im Strafrecht. In: Solidarität im Strafrecht - Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Baden-Baden: Nomos, 2013.

SEELMAN, Kurt. Anerkennung, Person, Norm. In: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag. Carl Heymanns, 2007.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. "Sonderwissen" des Handelnden und objektives Gefährurteil, p. 349. In: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Berlin, Boston: De Gruyter, 2011.

SHULZ, Lorenz. A suspeita legítima. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (orgs.). Direito Penal como crítica da pena. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Zur Beteiligung von Notaren am Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten. In: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich und Rechtssache – Festschrift für Klaus Tiedemann. Köln: Heymann, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Del Derecho abstracto al Derecho "real" Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad. Revista Indret, número 377, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al Derecho penal Contemporáneo. 2ª ed. Barcelona: BdeF, 2012

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Fundamentos de derecho penal de la Empresa. Buenos Aires: BdeF, 2016

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Brumadinho e Águila: o problema das imputações penais ambientais. JOTA, 21 de Janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/brumadinho-e-aquila-o-problema-das-imputacoes-penais-ambientais-21012020>>

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012

STÜBEL, Carl Cristoph. Ueber den Thatbestand der Verbrechen. Wittenberg: Zimmermann, 1805.

STÜBINGER, Stephan. Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten. ZIS 07/2011.

OTTO, Harro. Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung. In: Jus humanum – Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Joachim Lampe zum 70. Geburtstag.

OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht. Berlin: DeGruyter, 2004

OTTO, Harro. Personales Unrecht, Schuld und Strafe. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 87, 1975.

OTTO, Harro. Solidarität als Rechtsbegriff. In: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 2014.

TAG, Brigitte. Beihilfe durch neutrales Verhalten. Juristische Rundschau, 1997.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal 4ª ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

VAN WEEZEL, Alex. Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Berlin: Duncker und Humblot, 2006.

VAN WEEZEL, Alex. ¿Necesitamos de una nueva teoría de la intervención delictiva?, p. 369. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos. Lima: Ara, 2008.

VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VOGEL, Joachim. Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.

VON KÜHLEWEIN, Malte Rabe. Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer. JuristenZeitung, número 57, 2002.

WALTHER, Susanne. Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung. Freiburg/Bresgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Recht, 1991.

WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Buenos Aires: BdeF, 2004.

WESSELS, JOHANNES; BEULKE, Werner. Strafrecht. Münster: C.F. Müller, 2011.

YACOBUCCI, Guillermo. Intervención en el delito y conducta neutral. In: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro, 2º vol. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZACZYK, Rainer. "Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht“" Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft número 123, 2012.

ZIPF, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 82, 1970.