UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO DO ESPÍRITO SANTO CARDOSO

A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL DE LAVAGEM DE CAPITAIS POR CUMPLICIDADE AOS CONTADORES NO EXERCÍCIO COTIDIANO DE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL

SALVADOR

2018

RICARDO DO ESPÍRITO SANTO CARDOSO

A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL DE LAVAGEM DE CAPITAIS POR CUMPLICIDADE AOS CONTADORES NO EXERCÍCIO COTIDIANO DE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Gamil Föppel El Hiereche

SALVADOR

2018

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA), com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CARDOSO, RICARDO DO ESPÍRITO SANTO
A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL DE LAVAGEM DE CAPITAIS POR CUMPLICIDADE AOS CONTADORES NO EXERCÍCIO COTIDIANO DE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL / RICARDO DO ESPÍRITO SANTO CARDOSO. -- Salvador, 2018.
171 f.

Orientador: Gamil Föppel El Hiereche.
Dissertação (Mestrado - Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. . I. El Hiereche, Gamil Föppel. II. Título.

RICARDO DO ESPÍRITO SANTO CARDOSO

A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL DE LAVAGEM DE CAPITAIS POR CUMPLICIDADE AOS CONTADORES NO EXERCÍCIO COTIDIANO DE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

_____de_____ Agosto de 2018

(Aprovado/Reprovado)

Banca Examinadora

_____

Prof. Dr. Gamil Föppel El Hireche – Orientador
Doutor em Direito
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Prof. Dr. Sebástian Borges de Albuquerque Mello
Doutora em Direito
Universidade Federal da Bahia

_____

Profa. Dra.: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Doutora em Direito
Universidade de São Paulo

À memória de minha amada mãe, Nora-Nêy, pelo amor e cuidado que alimenta em mim o desejo de crescimento e evolução.

A Isis, minha esposa, a Alena, Lúcio, Laurinha, Luquinhas e ao meu pai Manoel, pilar de toda nossa família.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desse trabalho dissertativo representa a concretização de um sonho, que proporcionou a descoberta de novos horizontes, representando também uma oportunidade para agradecer a todos que, cada um a seu modo, foi fundamental nessa tão sonhada conquista.

É necessário agradecer a meus amigos, e aqui faço na pessoa do irmão que a vida me permitiu escolher, Sergio Brandão Defensor Menezes, pelo empenho e incentivo incondicional na minha formação acadêmica e em minha vida.

Aos colegas de mestrado Pablo Domingues, André Rapouso e Marcos Camilo pelo conhecimento compartilhado aos longos desses últimos dois anos, que contribuíram na construção desse trabalho.

Aos professores que, ao longo de minha vida, colaboraram para a minha formação desde o colégio ISEM aos da Universidade Católica do Salvador, da Faculdade Baiana de Direito, do IBCCRIM e os da Universidade Federal da Bahia, influindo positivamente em meu intelecto e em meu caráter.

Ao orientador, Gamil Föppel El Hiereche, agradeço pela dedicação e confiança na elaboração desse trabalho desde seu início, apontando os caminhos para a melhor apreciação das questões dogmáticas que envolvem a problemática dessa dissertação, servindo ainda de inspiração acadêmica e profissional na advocacia criminal.

À professora Maria Auxiliadora Minahim, pelo acolhimento fraterno no tirocínio, que me proporcionou importante aprendizado na belíssima tarefa do magistério, bem como por dedicar seu tempo com paciência e com o devido cuidado, realizando as críticas necessárias ao desenvolvimento dessa dissertação.

Por fim, agradeço à minha família pelo amor, carinho, respeito e confiança dedicados a mim. A meu pai Manoel Bastos Cardoso, que sempre acredita e incentiva o meu desenvolvimento intelectual, e pela fortaleza ética e moral que serve de guia condutor em toda a minha caminhada. E à minha amada esposa Isis Santana Gomes Baracho, pelo apoio nos momentos mais difíceis dessa caminhada e por suportar minha ausência nos momentos de estudo e reflexão ao longo dos últimos dois anos na realização desse mestrado, sempre dispensando a minha pessoa muito amor, carinho e compreensão.

Quem só tem o espírito da história não compreendeu a lição da vida e tem sempre de retomá-la. É em ti mesmo que se coloca o enigma da existência: ninguém o pode resolver senão tu!

Fridriech Nietzsche

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. A (im)possibilidade de imputação penal de lavagem de capitais por cumplicidade aos contadores no exercício cotidiano de sua atividade profissional. 171 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Com o advento dos avanços tecnológicos, a interação supranacional das relações socioeconômicas tem-se erigido de forma profícua, de modo a viabilizar maior circulação de capital. Em contrapartida, é nesse ambiente desenvolvimentista que a criminalidade econômica organizada avança, mormente por meio da utilização de atividades profissionais lícitas como instrumento viabilizador da circulação de capitais, via ocultação e dissimulação de origem ilícita para sua inserção na economia formal. Com vistas à investigação desse fenômeno, o presente trabalho objetiva analisar o fundamento e o limite da participação delitiva sob a forma de cumplicidade por meio do exercício profissional contábil na lavagem de capitais, denominado de cumplicidade por meio de ações neutras. E, para a composição dessa análise, optou-se pela abordagem metodológica de caráter qualitativo mediante uma revisão de literatura especializada de cunho descritivo-exploratório acerca do concurso de pessoas enquanto elemento fundamental à compreensão dos limites da responsabilidade penal nos casos de lavagem de capitais. O estudo nuclear desse trabalho recai sobre os fundamentos da responsabilidade penal na cumplicidade por meio de ações cotidianas na prestação de serviços contábeis, buscando demonstrar o fundamento político criminal que permite isentar de responsabilidade penal comportamentos profissionais exercidos legalmente, e os fundamentos dogmáticos que demonstram a inexistência de colaboração delitiva com o fato praticado por terceiro. A doutrina desenvolve uma variedade de construções teóricas que buscam solucionar a problemática da cumplicidade por ações cotidianas no âmbito da tipicidade objetiva, tipicidade subjetiva, analisando sobre as duas perspectivas da tipicidade objetiva-subjetiva, existindo, inclusive, proposta de solução no campo da antijuridicidade. Resultados: a colaboração para o crime de lavagem de capitais, realizada por meio da prestação dos serviços contábeis, é solucionada no âmbito da tipicidade objetiva: primeiro, em razão do princípio da proporcionalidade, que demonstra a inidoneidade do Direito Penal para proteger o bem jurídico protegido na lavagem de capitais por meio da proibição de prestação dos serviços contábeis; segundo, pela aplicação do filtro normativo da imputação objetiva, demonstrando que os serviços contábeis, em que pese o alto risco para a lavagem de capitais, é um risco juridicamente tolerável. Conclusão: o exercício profissional contábil representa atividade juridicamente tolerada impunível, não ingressando na conduta típica do autor, submetido, ainda, aos deveres de colaboração com a persecução penal antilavagem nos termos da Lei 9.613/1998, comunicando operações suspeitas e atípicas, sendo assim autorizado está a prestar seus serviços mesmo em circunstâncias de elevado risco para a realização da lavagem de capitais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Lavagem de Capitais. Concurso de Pessoas. Cumplicidade. Serviços Contábeis. Ações Cotidianas. Ações Neutras. Imputação Objetiva.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. The (im)possibility of criminal imputation of money laundering through complicity on accountants in the daily practice of their professional activity. 171 f. 2018. Dissertation (Master of Laws) – Law School – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

With the advent of technological advancements, the supranational interaction of socioeconomic relations has proficuously emerged in order to enable greater capital circulation. Conversely, within this developmental environment, organized economic criminality progresses, chiefly through the use of licit professional activities as enabling instruments for capital circulation, by means of concealment and dissimulation of illicit origins for insertion in the formal economy. In order to investigate this phenomenon, the present work aims at analyzing the basis and limits of delinquent participation in the form of complicity by means of professional accounting practices in the laundering of capital, known as complicity through neutral actions. A qualitative nature methodological approach was chosen to compose the analysis, through a specialized descriptive-exploratory character literature review of the concourse of people as fundamental element to understanding the limits of criminal liability in cases of money laundering. The core study of this work lies on the foundations of criminal liability for complicity by means of everyday actions in the provision of accounting services, seeking to demonstrate the criminal political foundation that allows to exempt legally performed professional practices from criminal liability, as well as the dogmatic grounds indicating the non-existence of delinquent collaboration with the fact practiced by third parties. Doctrine develops a variety of theoretical constructions that seek to solve the problem of complicity by everyday actions within the scope of objective vagueness and subjective vagueness, analyzing both perspectives of objective-subjective vagueness, also including an existing solution proposal in the field of anti-legality. Results: Collaboration with the crime of money laundering, carried out through the provision of accounting services, is solved within the scope of objective vagueness. First, due to the principle of proportionality, which demonstrates the inaptitude of Criminal Law to protect the legal interest from money laundering by prohibiting the provision of accounting services. Secondly, by the application of the objective imputation normative filter, showing that accounting services, despite the high risk for money laundering, encompass a legally tolerable risk. Conclusion: The professional accounting practice represents an unpunishable legally tolerated activity, not entering the typical conduct of the author, also submitted to the duties of collaboration with the anti-money laundering criminal prosecution, under the terms of Law 9.613/1998, reporting suspicious and atypical operations, thus being authorized to provide such services, even in circumstances of high risk for the purpose of money laundering.

KEYWORDS: Criminal Law. Money Laundering. Concourse of People. Complicity. Accounting Services. Everyday Actions. Neutral Actions. Objective Imputation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E A DEMANDA AO DIREITO PENAL PARA A GARANTIA DE SUA CIRCULAÇÃO LEGAL E A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE 15

2.1 ORIGEM DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS COMO MANIFESTAÇÃO DO EXPANSIONISMO PENAL NA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS IMATERIAIS 15

2.2 A POLÍTICA CRIMINAL DAS DIRETRIZES INTERNACIONAIS DE REPRESSÃO A LAVAGEM DE CAPITAIS EM FACE DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE 24

2.2.1 As diretrizes internacionais e a criação de um regime de regulação da lavagem de capitais 24

2.2.2 A noção de C*riminal Compliance* introduzida pelas diretrizes internacionais absorvidas pela lei de lavagem de capitais no Brasil e a resolução do CFC nº 1.530/17 31

2.3 A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DA LAVAGEM DE CAPITAIS, OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE SUA TIPIFICAÇÃO E O BEM JURÍDICO TUTELADO 40

2.3.1 O bem jurídico tutelado e questões de política criminal na lavagem de capitais 40

2.3.2 A estrutura do crime de lavagem de capitais 44

3 A ESTRUTURA DO CONCURSO DE PESSOAS NO CONTEXTO DA LAVAGEM DE CAPITAIS EM FACE DO COTIDIANO PROFISSIONAL DO CONTADOR 50

3.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DA CONDUTA DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE 51

3.1.1 A dogmática jurídico-penal ao longo dos anos em face da autoria e participação 51

3.1.1.1 Sistema Unitário 51

3.1.1.2 Sistema Diferenciado 55

3.1.2 A Teoria do Domínio do Fato 62
3.2 A TEORIA GERAL DA PARTICIPAÇÃO E SUA AVALIAÇÃO COMO CONTRIBUIÇÃO EM FATO TÍPICO DE LAVAGEM DE CAPITAIS 70
3.2.1 O panorama da participação na legislação brasileira e o seu conteúdo 71
3.2.2 Fundamentação do Injusto da Participação 77
3.2.3 As formas de participação 83
3.3 A ESTRUTURA DA CUMPLICIDADE 87
3.3.1 Conceito de cumplicidade 87
3.3.2 O conteúdo da cumplicidade 91
3.3.3 A cumplicidade nos delito da lavagem de capitais 94
4 AÇÕES NEUTRAS SOB A ÓTICA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PENAL DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE NO CONTEXTO DAS DIRETRIZES DE REPRESSÃO A LAVAGEM DE CAPITAIS 97
4.1 O PROBLEMA DAS AÇÕES COTIDIANAS E A SUA NEUTRALIDADE ENQUANTO FORMA DE CUMPLICIDADE 97
4.2 ESTUDOS DOGMÁTICOS SOBRE AS AÇÕES NEUTRAS 104
4.2.1 Fundamentos principiológicos clássicos 104
4.2.1.1 Adequação Social 104
4.2.1.2 Proibição do Regresso 107
4.2.1.3 Princípio da Insignificância 109
4.2.1.4 Princípio da Confiança 110
4.2.2 Solução teórico-objetivas 112
4.2.2.1 Teoria dos Papéis de Günther Jakobs 112
4.2.2.2 Adequação Profissional de Winfried Hassemer 115
4.2.2.3 A participação como solidariedade com o ilícito alheio de Schumann 116
4.2.2.4 Critérios Quantitativos de Weigend 118
4.2.2.5 Ponderação objetiva de interesse de Klaus Lüderssen 119
4.2.2.6 Cursos causais hipotéticos de Löwe-Karhl 120
4.2.3 Solução teórico-subjetiva 121
4.2.3.1 Não punição do Dolo Eventual de Otto 121
4.2.3.2 A necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal de Schid – Trappe 122

4.2.4 Solução teórico-mista 123
4.2.4.1 A construção de Wolfgang Frisch 124
4.2.4.2 A construção de Claus Roxin 125
4.2.4.3 Ampla ponderação de interesses de Wohlleben 126
4.2.4.4 Construções teóricas nacionais 127
4.3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA CUMPLICIDADE POR AÇÕES NEUTRAS 129
4.4 A DELIMITAÇÃO DO RISCO NO CONTEXTO PROFISSIONAL DO CONTADOR E A LAVAGEM DE CAPITAIS 141
CONSIDERAÇÕES FINAIS 151
REFERÊNCIAS 160

INTRODUÇÃO

Muitos são os avanços deflagrados pela globalização, sobretudo no campo das tecnologias da informação e comunicação, e, dentro desse cenário de grandes transformações socioeconômicas, surgem interações supranacionais cada vez mais controversas, quer pela diversidade de funcionalidades, quer pela complexidade das relações. A criminalidade econômica organizada, por sua vez, vale-se desse aparato informacional e tecnológico para galgar cenários lícitos com vistas à viabilização da circulação de capitais pela ilicitude, haja vista o uso de serviços profissionais lícitos, como os contábeis, para enrustir e/ou embuçar sua origem ilícita.

Nas últimas décadas, foi possível observar uma preocupação global com o combate e a prevenção da lavagem de capitais, impulsionando um conjunto de regras destinadas ao controle da circulação de ativos, em que o setor privado foi convocado a assumir uma posição de hipervigilância na repressão ao crime de lavagem.

A legislação brasileira, incorporando as normativas e os regulamentos internacionais, aprovou em 1998 a Lei 9.613, ampliada posteriormente pela Lei 12.683/12, reforçando as obrigações destinadas aos setores privados, todos sensíveis à lavagem – nichos profissionais estratégicos para a circulação de capitais e mais frequentemente utilizados na ocultação e dissimulação do capital de origem ilícita.

A lavagem de capitais é um fenômeno impulsionando pela sociedade de risco que desencadeia uma excessiva necessidade pela tutela penal da prevenção, gerando, assim, uma atmosfera de vigilância e suspeição sobre setores profissionais sensíveis ao encobrimento do capital ilícito, a exemplo dos profissionais de contabilidade.

Há um latente anseio pelo controle das operações financeiras para a prevenção da reciclagem de capitais com a consequente busca pela responsabilização penal, o que tem gerado uma zona cinzenta, pela possibilidade de responsabilização penal dos profissionais contábeis. O serviço prestado por estes profissionais em assessorias e consultorias tem exigido um aprofundamento no estudo do conceito de autoria e de participação, em especial sob a rubrica de cumplicidade por ações neutras no contexto da lavagem de capitais.

No intuito de promover uma investigação sobre esse fenômeno, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar o fundamento e o limite da participação delitiva sob a forma de cumplicidade por meio do exercício profissional contábil na lavagem de capitais,

denominado de cumplicidade por meio de ações neutras. O problema que aqui se apresenta é a identificação desse fundamento da punibilidade da participação delitiva, investigando se é possível imputar o crime de lavagem de capitais por cumplicidade ao contador que, exercendo o cotidiano de sua profissão, contribui para a realização do crime.

No que se refere aos procedimentos metodológicos necessários ao desenvolvimento dessa investigação, realizou-se uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo mediante uma revisão literária especializada de cunho descritivo-exploratório acerca do concurso de pessoas enquanto elemento fundamental à compreensão dos limites da responsabilidade penal nos casos de lavagem de capitais.

A restrição à punibilidade de condutas que gravitam no entorno da realização de um injusto penal pode desencadear uma indesejada zona obscura de impunidade, exigindo uma investigação do fundamento político-criminal, de modo que seja possível permitir a não punição de atividades profissionais que colaboram com a realização do fato típico.

Igualmente importante é a explicação dogmática do fundamento da punibilidade na cumplicidade por meio da atividade profissional cotidiana, que justifique uma punição ou a exclusão da responsabilidade penal, delimitando, assim, o limite do permitido na realização de um comportamento profissional.

Ergue-se como hipótese deste estudo a análise da prestação dos serviços contábeis sob a ótica da teoria da imputação objetiva, permitindo, assim, observar que o exercício profissional contábil é um comportamento necessário ao desenvolvimento socioeconômico, devidamente fomentado pelo direito, caracterizando-se, assim, uma atividade de risco perfeitamente tolerável pelo direito.

O estudo das ações neutras envolve os fundamentos da imputação penal na punibilidade na participação, permitindo estabelecer limite entre a participação punível de uma determinada conduta de aparência lícita e a participação não punível. Neste estudo, o limite da participação no delito (ações neutras) e o princípio da legalidade penal - objeto de estudo deste trabalho - estão em pauta, assegurando e preservando um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, colocado em risco pela flexibilização do tipo na lavagem de capitais.

Nessa seara, a cumplicidade e a punição de forma autônoma dos agentes colaboradores com o sistema de prevenção da lavagem de dinheiro, no caso de descumprimento de seus deveres, obrigam a identificar se determinada conduta é ou não uma ação neutra. Ultrapassando a questão do descumprimento, a análise das ações neutras recai especialmente sobre a possibilidade de imputação penal ao profissional contábil por

cumplicidade, através de sua colaboração a fato típico alheio pelo mero exercício de sua atividade profissional, na prestação de assessoria e de consultoria.

A sociedade moderna, indiscutivelmente, não pode ser leniente com práticas delitivas, entretanto, é inaceitável a insegurança no desenvolvimento das atividades profissionais inerentes ao seu desenvolvimento socioeconômico. As atitudes cotidianas, notadamente neutras, as quais importam no simples e corriqueiro atuar profissional dos agentes contábeis, não podem, genericamente, ser avaliadas como criminosas; o Estado Democrático de Direito impõe limites para tanto.

O Direito Penal moderno não pode ser marcado pela flexibilização do poder de punir, a racionalidade dever se impor e garantir uma imputação clara e objetiva somente em condutas de perigo relevante ao bem jurídico protegido. Não se pretende aqui a criação de espaço de neutralidade pura, mas sim uma contenção do mais violento instrumento do Estado, esclarecendo o fundamento da punibilidade na colaboração no injusto de um terceiro, permitindo, assim, que os profissionais de contabilidade exerçam suas atividades, diferenciando claramente as fronteiras em o lícito e o ilícito penal.

Os capítulos para a análise do precípuo escopo desse trabalho foram desenvolvidos da seguinte forma: no Capítulo 2 - "O fenômeno da globalização da circulação de capitais e a demanda ao direito penal para a garantia da sua circulação legal e a responsabilidade do profissional de contabilidade" - desenvolve-se uma análise da lavagem de capitais como fenômeno expansionista de da sociedade de risco, bem como o surgimento das obrigações destinadas aos profissionais de contabilidade na prevenção ao delito, demonstrando o ambiente de vigilância e de riscos inerentes à atividade profissional contábil no ambiente da lavagem de capitais; no Capítulo 3 - "A estrutura do concurso de pessoas no contexto da lavagem de capitais em face do cotidiano profissional do contador" -, constrói-se um estudo acerca do concurso de pessoas sob o olhar da teoria do domínio do fato visto seu conteúdo objetivo-material, demonstrando os fundamentos e limites na participação no delito, por meio da cumplicidade; e por fim, no Capítulo 4 - "Ações neutras sob a ótica da imputação objetiva e a responsabilidade penal do profissional de contabilidade no contexto das diretrizes de repressão à lavagem de capitais" -, analisa-se o conteúdo dogmático da cumplicidade por ações neutras, as diversas incursões dogmáticas a respeito dessa problemática, explicando o fundamento político-criminal da não punibilidade de ações cotidianas profissionais e o fundamento da punibilidade das ações neutras.

2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E A DEMANDA PELO DIREITO PENAL PARA A GARANTIA DE SUA CIRCULAÇÃO LEGAL E A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE

2.1 ORIGEM DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS COMO MANIFESTAÇÃO DO EXPANSIONISMO PENAL NA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS IMATERIAIS

Hodiernamente, a dogmática penal é desafiada pela tutela de bens jurídicos culturais, desenvolvidos em função da evolução do homem, do seu incremento e do refinamento de sua compreensão acerca do mundo e de sua noção de comunidade. Nesse ambiente, surge o Direito Penal Econômico, cujo objeto é tutelar essencialmente bens jurídicos imateriais, divorciando-se do princípio fundamental da *intervenção mínima*.

O Direito Penal foi desenvolvido substancialmente para a proteção de bens jurídicos individuais (vida, liberdade, integridade física, patrimônio), todos ligados ao conceito de natureza, diretamente relacionados à noção de civilização. Por outro lado, a noção de cultura, permitiu o surgimento de bens incorpóreos (ordem tributária, o sistema financeiro, marcas e patentes, a ordem econômica), objetos do Direito Penal Econômico[1].

Com efeito, cultura e civilização, em que pese à inter-relação, diferenciam-se na medida em que esta se refere a conceitos matérias da existência do povo intrínseco ao homem, enquanto que aquela trata de aspectos imateriais, incorpóreos e espirituais[2]. O Direito Penal, nessa dimensão, passa a intervir substancialmente na proteção de bens imateriais, utilizando-se de normas penais abertas e carregadas de elementos normativos, o que comina a violação do princípio da legalidade e a flexibilização de regras de imputação penal.

Nesse ambiente, a compreensão de ordem econômica adquire elevada importância, sobretudo na atual conjuntura socioeconômica, convocando, assim, o Direito Penal a dedicar-se a sua proteção por meio do controle da circulação de capital.

O desenvolvimento da humanidade é marcado pela interação dos povos, que sempre buscou ampliar os horizontes socioeconômicos, rompendo barreiras. Atualmente, em razão do

---

[1] EL HIRECHE, Gamil Föppel**.** Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. 2011. 443 f. Tese (**Doutorado em Direito)** - Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.

[2] Ibidem.

alto desenvolvimento tecnológico, vivemos um cenário de econômica globalizada e de intensa integração supranacional[3].

O desenvolvimento global, não obstante as inúmeras vantagens, serviu infelizmente para o desenvolvimento a chamada sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade[4]. Essa sociedade é caracterizada agora essencialmente pela necessidade de proteger bens jurídicos supraindividuais, de modo a provocar o expansionismo penal como forma de contenção dos novos riscos na busca por segurança.

Hodiernamente, a palavra globalização tem sido cada vez mais presente nos discursos jurídicos[5], qualquer teorização da problemática inserida pela tutela de bens jurídicos transindividual necessariamente é atraída pela força centrípeta da ideia de mundo globalizado, exigindo que qualquer análise que se faça dos instrumentos (políticos, social, econômico, jurídico) sejam necessariamente "globais"[6]. O processo evolutivo trazido pela velocidade das relações supranacionais com a produção de novos valores e, assim, o surgimento de novos riscos desencadeou mutações estruturais para o Direito Penal.

Nesse contexto, o processo de globalização das relações econômicas é irreversível, especialmente no que se refere aos benefícios desencadeados pela circulação de riqueza e tecnologia; no entanto, tal fenômeno também promoveu o desenvolvimento da criminalidade econômica organizada. A dissolução das fronteiras entre criminalidade organizada clássica - de origem eminentemente ilícita - e a criminalidade empresarial organizada promoveu mudanças na utilização da economia como meio de circulação de riqueza, sobretudo a riqueza obtida por meios ilícitos.

É importante a advertência[7] de que "os enfoques dogmáticos sobre os problemas tidos – alguns deles, equivocadamente – como típicos da globalização, estão, na verdade,

---

[3] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

[4] BECK, Ulrich **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

[5] Ainda a respeito da globalização, é importantíssimo ressaltar o que expõe Ulrich Beck: "Globalidade significa o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais" (1999, p. 49).

[6]GARCIA MARTÍN, Luís. Globalização Econômica e Direito Penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 2, p. 605-625. v. 1.

[7] Ibid., p. 623.

relacionados à delinquência econômica organizada e às atividades delitivas conexas". Nessa mesma concepção, a problemática do expansionismo penal é potencializada pela globalização nas questões relacionadas à proteção dos bens jurídicos não palpáveis da tutela penal econômica.

Por ocasião do expansionismo penal nesse ambiente de globalização e riscos, o Direito Penal vem perdendo sua principal característica de *ultima ratio*, assumindo um protagonismo na tutela de bens jurídicos e ganhando cada vez mais funções preventivas, com a incriminação por descumprimento de normas de dever. "El Derecho Penal de la globalización no es Derecho penal' "[8], segundo afirma o autor, denunciando as transformações e as modificações impostas à dogmática penal e alertando para a deformação desta para cumprir um papel preventivo; assim, o referido autor desenvolveu o direito penal de duas velocidades: na tentativa de contemplar a tutela penal econômica; e na perspectiva da prevenção de riscos.

É possível afirmar que o Direito Penal Econômico é essencialmente um Direito Penal do risco, em que a incriminação de condutas tem como pressuposto a "evitação" de perigos abstratos, segundo explicação de El Hireche[9].

A tutela do risco por meio do Direito Penal é uma imposição da sociedade da insegurança, caracterizada pela vulgarização da dogmática penal, permitido um avanço feroz sobre a liberdade, com regra de imputação de responsabilidade penal cada vez mais flexível. O Direito Penal da insegurança vem minando conceitos sólidos outrora consagrados, como o princípio da legalidade, a concepção de causalidade, do dolo, o incremento do expansionismo por meio da omissão imprópria e, por fim, a hipertrofia da criminalização em razão dos critérios de delimitação da autoria e da participação[10].

Nesse cenário, o Direito Penal Econômico insere uma antinomia entre o Direito Penal clássico e do Direito Penal "moderno". O primeiro caracterizado pela intervenção mínima e de garantias em oposição ao poder punitivo, vinculado à proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos indispensáveis à convivência pacífica dos homens. O segundo,

---

[8] SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p.118.

[9] Também na direção contraria anda a própria doutrina do direito penal do risco. Isto porque, para o Direito Penal Clássico, antes de se criaremos tipos penais, criou-se uma doutrina do Direito Penal, surgindo a partir do princípio da legalidade, do que se extraiu a teoria do delito para, posteriormente, de acordo com as necessidades humanas, irem identificando-se as condutas a serem tipificadas. O Direito Penal do Risco, mais uma vez, caminha na contramão desse raciocínio lógico e parte das tipificações de condutas para depois buscar, por obvio, sem sucesso, criar uma teoria do delito que as contextualizem (EL HIRECHE, 2011, p. 52).

[10] Ibidem.

por sua vez, representaria a prevenção geral, com a promoção de fins sociais através do Direito Penal, instrumentalizando-se a pena em favor de determinados valores sociais, e a proteção de bens coletivos e imateriais, flexibilizando garantias e regras de imputação[11].

A questão que fica evidenciada é a total inaptidão do Direito Penal para tutelar esse novo cenário em que se afigura a proteção de bens imateriais, especialmente a tão almejada segurança. Sendo assim, ou o Direito Penal não se ocupará dessa problemática, permitindo a atuação de outro ramo do direito (administrativo, sancionador ou de intervenção), ou esse mesmo direito perderá sua natureza, sofrendo uma deformação para adaptar-se a essa realidade.

Jesus-Maria Silva Sánchez[12], assumindo uma postura intermediária nessa dicotomia apresentada entre o Direito Penal clássico e o Direto Penal moderno, expõe uma concepção dualista em que o direito penal poderia assumir as duas funções, como uma moeda que possui duas faces diferentes, propondo o Direito Penal de duas velocidades.

A primeira velocidade corresponderia ao Direito Penal clássico, com a imposição de penas privativas de liberdade e no qual devem manter-se de modo estrito os princípios políticos criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos[13]. A segunda velocidade destina-se a tutelar àquelas infrações submetidas às penas pecuniárias e restritivas de direito, tratando-se, portanto, de figuras delitivas de cunho novo, em que caberia flexibilizar de modo promocional esses princípios e regras clássicas[14].

A teoria do bem jurídico nesse contexto tem sido profundamente desvirtuada com a ideia do bem jurídico espiritualizado, no o intuito de adequar o Direito Penal ao cumprimento das exigências da sociedade globalizada e de risco, deformando a estrutura clássica do Direito Penal. Entretanto, a teoria do bem jurídico tem por função a limitação do *jus puniendi* do Estado, função limitadora do Direito Penal, demonstrando verdadeiro desvirtuamento, sua utilização para legitimar e impulsionar a tutela penal[15].

---

[11] HASSEMER, Winfried, Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *In:* **Revista de estudos criminais**, 2008, v.8, n. 29, p. 9-20.

[12] SILVA SÁNCHEZ, op, cit.

[13] Ibidem.

[14] Ibidem.

[15] BRAGA JÚNIOR, Américo. **A (i) legitima expansão do direito penal e colisão de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2015.

O Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, formado por um coletivo de pesquisadores, professores e autores, denominado de Escola de Frankfurt[16], desenvolveu um diversidade de estudo críticos em face do expansionismo penal, partindo de pressupostos de Direito Penal mínimo, contrariando as manifestações contemporâneas do Direito Penal em expansão[17].

Segundo seus autores, o Direito Penal contemporâneo afrontaria os princípios do Estado Democrático de Direito, comprometendo as estruturas clássicas do Direito Penal na tentativa de legitimar a intervenção penal na economia. Assim, a sociedade moderna, com sua infinidade de fontes de ricos, corrompe a natureza do Direito Penal, na tentativa de viabilizar o controle penal de atividades perigosas, vulgarizando as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do Direito Penal[18].

A Escola de Frankfurt, em toda sua diversidade de estudos criminológicos, de dogmática penal e processual penal, buscou desenvolver, na verdade, uma teoria sociológica do Direito Penal[19]. As questões contemporâneas do Direito Penal refletem o contexto de situações sociais reduzidas à problemática individual, marcada por uma sociedade que quebra os laços de solidariedade comunitários, profunda desigualdade na distribuição de riqueza,

---

[16] É importante esclarecer que a terminologia Escola de Frankfurt, em que pese ser amplamente utilizada pela doutrina penal, em face da convergência de suas ideias de combate à expansão do direito penal, não é uma rotulação devidamente aceita pelos seus autores, a exemplo de Hassemer, Naucke, Lüderssen, Albrecht, Prittwitz, tal denominação foi cunhada pro Bernad Schünemann para se referir as ideias produzidas pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, expressão que fez tradição no âmbito acadêmico (OLIVIERA, 2013). Valendo ainda, fazer referência à lição de Luís Greco: ―A recente evolução tem sido criticada especialmente por professores de Frankfurt. As várias opiniões apresentam, porém, notáveis divergências, a ponto de que seja necessário acautelar-se face à impressão de uniformidade que pode ser provocada pela denominação ―Escola de Frankfurt. O que existe de uniforme é apenas uma atitude de recusa em relação aos novos desenvolvimentos no direito penal. Todo o mais, principalmente os pontos de partida de cada autor – que vão desde uma teoria do controle, em Hassemer, até um direito natural de matiz kantiano, em Naucke – difere consideravelmente, de modo que tive dúvidas quanto se não seria melhor abandonar de todo o rótulo Escola de Frankfurt, pelas sugestões simplificadoras que dele provêm. E tampouco parece que uma atitude de recusa seja o suficiente para caracterizar uma escola, uma vez que esta pressupõe, em geral, um acordo a respeito de questões fundamentais, o qual simplesmente inexiste. Mas creio que, se mantivermos em mente as reservas agora feitas, não haverá maiores problemas em usar já difundida denominação. (GRECO, 2011, p. 15).

[17] OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

[18] FEIJO SÁNCHES, Bernardo. Sobre la "administratizaciín" del derecho oenal em la "sociedade de riesgo". In: VILLAREJO. J. Díaz-Maroto (org.). **Derecho y justicia penalen el siglo XXI**. Madrid: Colex, 2006.

[19] OLIVEIRA, op. cit.

conflitos políticos que geram violência, bem como pelo desenvolvimento da tecnologia, incrementando riscos incalculáveis[20].

Na antinomia entre o Direito Penal Clássico e Moderno, a Escola de Frankfurt se coloca como bastião da defesa das garantias de liberdade do cidadão, como consolidação das premissas filosóficas liberais que informam legitimidade ao *ius puniendi* do Estado, empregando função minimalista ao Direito Penal. Denunciando o Direito Penal Econômico como uma manifestação do expansionismo penal violadora desses preceitos e de tutela inadequada, "mais direito penal promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade"[21].

O Direito Penal contemporâneo, segundo a Escola de Frankfurt, é responsável pela flexibilização do princípio da legalidade, caracterizado, sobretudo pela proteção dos bens supraindividuais, de imprecisa definição, gerando uma crise profunda no Direito Penal. Surgindo, consequentemente, normas penais que criminalizam condutas de perigo abstrato, deslocando a punição por violação de um bem jurídico, por uma punição a condutas que apenas geram riscos[22].

Em franca oposição à Escola de Frankfurt, adotando teses para justificar a legitimidade da tutela penal da ordem econômica, Schünemann defende a necessidade de proteção das gerações futuras por meio do Direito Penal; Tiedemann ressalta a relevância da atividade econômica para um país – evidenciando a insuficiência da tutela cível e administrativa, e também, Garcia Martín, crítico contundente do sistema de intervenção sugerido por Hassemer[23].

Por fim, em contraponto ao expansionismo do Direito Penal denunciado pelos estudos de Frankfurt, o Direito de Intervenção surge como alternativa para a tutela da ordem econômica e dos bens correlatos, tendo como principal expoente as ideias apresentadas por Winfried Hassemer[24]. Nesse contexto de sociedade de risco, sedenta por uma tutela de prevenção, surge a ideia de que seja transferida para o Direito Administrativo parcela da tutela

---

[20] ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Universidad Pompeo Fabra. Granada: Camares, 2000.

[21] PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: **Revista do IBCCrim.** São Paulo: março-abril de 2004, nº 47, p. 36.

[22] GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Derecho administrativo sancionador**. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. Espanha, Aranzadi, 2008, p.39.

[23] OLIVEIRA, op. cit.

[24] HASSEMER, op. cit.

penal, desenvolvendo um direito intermediário que transita pelo Direito Administrativo e o Direito Penal, defendida a criação do Direito de Intervenção, conjugando normas de Direito Penal, Administrativo, ilícitos Cíveis, Contravenções Penais e o Direito Tributário[25].

No entanto, o que se verifica na realidade é o Direito Penal assumindo uma postura expansionista de tutela preventiva, fruto de uma sociedade de risco, deformando a dogmática penal, para proteger esse ambiente de abstração dos bens jurídicos espiritualizados.

Consoante a isso, a revolução tecnológica provocou profunda transformação da criminalidade que aparece cada vez mais imbricada com atividades lícitas e, por isso, de difícil visibilidade, como bem vislumbra Minahim[26], lançando desafios ao tradicional modelo normativo do crime, promovendo um indesejado expansionismo da tutela penal em face da proteção de bens jurídicos transindividuais, como se ver na tutela da ordem econômica.

A fenomenologia do delito de lavagem de capitais e toda problemática inerente ao tema surge neste contexto de insatisfação, enquanto modelo expansionista das normas penais, se desenvolvendo em uma sociedade de risco e de economia globalizada. Desenvolvendo um ambiente de regulamentação, afetando o exercício profissional de setores sensíveis a lavagem, a exemplo dos profissionais de contabilidade, desencadeando uma sociedade hiper-vigilante.

A temática do fenômeno da lavagem de capitais encontra-se intimamente relacionado ao desenvolvimento, a partir da década de 60, do combate ao tráfico de drogas, que através de complexos esquemas dirigidos a ocultar a origem ilícita de dinheiro com a utilização do sistema financeiro[27]. O delito de lavagem de dinheiro, em que pese não ser um fenômeno recente, ganhou importância e atingiu níveis elevadíssimos de desenvolvimento na atualidade, em face da simbiótica entre criminalidade e atividades lícita, impulsionado uma preocupação internacional de promover seu combate[28].

A comunidade internacional se organizou e programou a construção de uma resposta ao fenômeno da lavagem, inicialmente, através da Convenção de Viena[29], cujo objeto inicial era promover a cooperação internacional nas hipóteses de tráfico ilícito de drogas, sendo a

---

[25] HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidad Penal. Madrid, n° 43/22, 1993.

[26] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia.** São Paulo: RT, 2005.

[27] BLANCO CORDEIRO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 4. Ed., España:Thomson Reuters/Arazandi, 2015.

[28] PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito penal da administração pública** - Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[29] Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecente e de Substâncias Psicotrópicas de 19 de dezembro de 1988.

primeira a prever um tipo específico para a lavagem de capitais. Logo em seguida, a Convenção de Strasbourg[30] estabeleceu um mandato de incriminação da lavagem; a Diretiva n. 91/308 do Conselho da Comunidade Europeia de 1991 desenvolveu a utilização do sistema financeiro como meio de prevenção; e por fim, a Convenção de Palermo de 2000, tratando do crime organizado e também versando sobre a lavagem de capitais[31].

Em todas essas convenções, foram incluídos debates sobre o fenômeno da lavagem de capitais, buscando criar um modelo eficaz de prevenção ao delito, seja pela criação de novos modelos de incriminação de condutas ou pela regulação do setor privado na prevenção do delito. Sendo assim, foi cunhando um sistema comunitário integrativo de prevenção à lavagem de capitais no ordenamento jurídico internacional, o que também foi inserido na realidade brasileira.

A repressão ao crime de lavagem de capitais[32] surge através da ideia de que o crime poderia ser mais facilmente combatido, desde que se seguisse a origem do dinheiro, o chamado "*follow the Money*" (siga o dinheiro), auxiliando inicialmente no combate ao tráfico de drogas, e atualmente no combate a situações da alcunhada criminalidade do colarinho branco[33]. Nesse diapasão, surge o denominado sistema de repressão ao branqueamento de capitais, denominado de sistema comunitário de prevenção à lavagem de dinheiro, que é o conjunto de normas jurídicas destinadas ao controle da circulação do dinheiro, propiciando o combate à reciclagem de capitais[34].

Desse modo, a legislação brasileira de combate à lavagem de capitais inaugura um sistema embrionário de *compliance*[35] no cenário nacional, implementando regras para

---

[30] Convenção do Conselho da Europa de 08 do novembro de 1990.

[31] PRADO, Luiz Regis. **O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012).** Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015.

[32] A Lavagem de capitais possui uma diversidade muito grande de denominações, variando de país para país. Assim, Portugal, Espanha, França e Bélgica, por exemplo, adotam a denominação "branqueamento de capitais" – *blanqueo de capitales e blanchiment d'argent*, já a Itália adota a denominação *riciclaggio di denato sporco*, o que seria reciclagem de dinheiro sujo, demonstrando todas as terminologias, o uso de prática econômico-financeira dirigida a esconder a fonte criminosa dos ativos (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015). No Brasil, em consonância com o direito norte-americano, é adotada a terminologia "lavagem de dinheiro" originário da prática de algumas organizações criminosas que introduzia os ganhos ilícitos em lavanderias para dissimular a origem do dinheiro, expressão que ganhou notoriedade na imprensa norte-americana quando se noticiavam as práticas de grupos mafiosos (BARROS, 2008).

[33] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Trachesi**. A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro.** Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015.

[34] BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de Capitais:** O sistema comunitário de prevenção. Coimbra, 2002.

[35] *Compliance* origina-se do termo inglês *comply* que significa o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor. É um conceito que provem da economia e que foi

viabilizar o controle de atividades financeiras. Nesse sentido, pessoas físicas e jurídicas passão a ser obrigadas a identificar seus clientes e a manter registros dos mesmos, e por outro lado, comunicar certas operações financeiras, tudo com o objetivo de prevenir o crime, denota uma noção de *criminal compliance*[36].

Nesse diapasão, os deveres de controlar as operações financeiras suspeitas foram regulamentados na legislação brasileira - Lei 9.613/98 -, estabelecendo sanções administrativas aos agentes auxiliares para os casos de descumprimento, mas que possui evidente viés penal, ou seja, dentro de uma lei penal, há aplicação de sanções administrativas que podem ser aplicadas tanto a pessoas físicas quanto a jurídicas. Analisando a normas de combate à ocultação de ativos ilícitos, percebe-se um forte movimento no sentido de criminalizar condutas cotidianas relacionadas à atividade profissional, mas que, por serem fundamentais no auxílio à fiscalização da criminalidade, recaem sobre o dever de auxiliar na prevenção delitiva.

O conjunto de obrigações impostas no art. 11 da Lei 9.613/98 impõe a análise das implicações jurídicas decorrentes de sua inobservância no campo da imputação da responsabilidade penal, com a colocação da infração de dever cada vez mais em voga, inclusive por parte de juízes de varas criminais especializadas. Dessa forma, o problema é o fato de se pretender responsabilização por uma conduta adequada profissionalmente, neutra na sua origem, cotidiana em seu sentido; ainda que se utilizando dos perigosos preceitos elásticos dados pela simples infração de dever[37].

O sistema de prevenção à lavagem de capitais, pretendido pelos deveres de informação por meio do método de incorporação de agentes ligados, direta ou indiretamente, ao setor financeiro ou ao mercado econômico de um modo geral, exige uma análise profunda dos reflexos na utilização de ações cotidianas no exercício das liberdades profissionais; perquirindo a possibilidade de incriminação de condutas, o que exige limites bem delimitados, sob pena de real paralisação da vida social[38].

---

introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas. [Tradução nossa]**.**

[36] SILVEIRA; ORTIZ. Op. Cit.

[37] Ibidem.

[38] LANDA GOROSTIZA, Jon-Mrena. **La complicidad delictiva em la actividad laboral "cotidiana".** Contribuición AL "limite mínimo" de la participación frente a lós actos neutros *"***.** Granada: omares, 2002.

2.2 A POLÍTICA CRIMINAL DAS DIRETRIZES INTERNACIONAIS DE REPRESSÃO A LAVAGEM DE CAPITAIS EM FACE DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE

A movimentação internacional de reação à circulação de capitais ilícitos desenvolveu uma resposta internacional integrada e uniformizada para permitir a regulação e a tutela do fenômeno criminal da lavagem de capitais, viabilizando o surgimento de normas e órgãos reguladores, que passaram a monitorar operações financeiras; de modo a criar uma série de deveres de colaboração em relação aos setores sensíveis à prática da lavagem de capitais[39].

Dessa maneira, neste momento, o presente estudo cuidará da análise das diretrizes internacionais antilavagem que desenvolveram um ambiente de regulação e de hipervigilância, servindo de parâmetros para a avaliação da responsabilidade penal dos profissionais do setor privado sensíveis à lavagem. Nesse contexto, os profissionais contábeis são inseridos como parte importante no controle da circulação de ativos, em que a análise da regulamentação antilavagem é necessária para auferir um ambiente de risco e de proteção a bens jurídicos.

2.2.1 As diretrizes internacionais e a criação de um regime de regulação da lavagem de capitais

O delito de lavagem de capitais desenvolve-se em um contexto de risco à ordem econômica e, a partir dos efeitos deletérios da criminalidade organizada, utiliza-se da integração internacional das relações socioeconômicas para movimentar grandes somas de dinheiro ilícito. É nesse ambiente de integração criminal que nasce a necessidade de uma resposta global, exigindo uniformização da resposta estatal e promovendo o compromisso dos países em combater e prevenir esse fenômeno, o qual surge movimentando grandes quantidades de dinheiro.

A regulação do crime de lavagem de capitais se desenvolve em uma cadeia de quatro etapas: as duas primeiras, deflagradas inicialmente pelos Estados Unidos da América, com o *The Currency and Foreign Transactions Reporting Act of 1970 (Bank Secrecy Act*e) e o

[39] BRANDÃO. op. cit.

Money Laundering Control Act 1986, cujo caráter preventivo ainda era muito incipiente, mas que promoverão o surgimento do delito de lavagem[40].

A terceira etapa se dá pela efetiva internacionalização do fenômeno da lavagem de capitais, com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Drogas em que se expressa a preocupação em sistematizar uma atuação global de enfrentamento ao fenômeno da lavagem. Eis que surge a preocupação internacional, chegando à quarta fase desse processo, caracterizada pela compilação de regras preventivas e do controle da atividade financeira em geral, com o surgimento no ano 1989 do Grupe de Ação Financeira Internacional (GAFI) e as suas quarenta recomendações para a prevenção da lavagem de capitais[41].

Destarte, nesse ambiente, setores privados considerados sensíveis aos processos de ocultação de ativos ilícitos são convocados a contribuir com a persecução criminal para prevenir e combater a lavagem de capitais, fazendo surgir a regulamentação de deveres de monitoramento de operações financeiras. Em pouco tempo, legislações muito parecidas em diversos países começam a ser deflagradas, com uma série de medidas e de organismos internacionais para cooperação e implantação de uma política uniforme com mecanismos de avaliação e controle para a prevenção da lavagem[42].

A regulação antilavagem e a uniformização da tutela penal fazem parte de um mesmo fenômeno: o da sociedade de risco; inserindo um novo comportamento, que é a utilização de atores não estatais e instrumentos jurídicos não convencionais por meio de convenções e tradados internacionais, para desempenhar importante papel na aplicação da tutela penal[43]. A repressão à lavagem de capitais desenvolve um ambiente policialesco, em que setores sensíveis à lavagem passam a atuar como sensores antilavagem, desencadeando um ambiente de insegurança para o exercício profissional.

Esse fenômeno de regulação promove uma resposta internacional sem precedentes na luta contra a lavagem de capitais, intensificando a cooperação em matéria penal para além das fronteiras nacionais e a proliferação de acordos específicos para o combate a delitos afins, como a criminalidade organizada[44], o terrorismo[45], a corrupção[46]. O regime internacional de

---

[40] BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[41] Ibidem.

[42] DE CARLI, Carla Veríssimo**.** Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e analise do discurso. 2006. 602 f. Dissertação (**Mestrado em Direito**) - Direito, Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2006.

[43] MACHADO, Maria Rocha. **Internacionalização do Direito Penal:** A gestão de problemas internacionais por Meio do Crime e da Pena. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

[44] A temática da criminalidade organizada foi tratada pela Convenção de Palermo de 2000 (Crime Organizado Transnacional) com definição legal de Organização Criminosa, Conversão da Nações Unidas, realizada em

regulação do problema da lavagem de capitais surge da cooperação internacional, como nova fonte de soluções no arsenal da persecução criminal internacional, promovendo o espírito cooperativo, o *"soft power"*[47], entre os países comprometidos em combater a lavagem de capitais[48].

A internacionalização do combate a esse tipo de crime chama a atenção para a superação de uma leitura estritamente nacional da ciência jurídica, exigindo, portanto, para que os mecanismos de controle da circulação de capitais sejam eficientes, uma interação legislativa supranacional[49]. Nesse aspecto, há um movimento claro de uniformização do Direito Penal, necessário à luta contra o delitivo e a promoção da cooperação internacional no combate à lavagem de capitais. É nesse contexto que Rios[50] preleciona sobre a dogmática pena e a política criminal.

A partir da análise das convenções e diretrizes internacionais de combate à lavagem, percebe-se a movimentação no sentido de promover o isolamento econômico, destacando a importância dos aspectos financeiros no combate à criminalidade organizada. Sendo assim, surgem no âmbito internacional instrumentos jurídicos voltados especificamente à reciclagem de ativos, sendo os de maior relevância a Convenção do Conselho de Europa sobre a lavagem

---

Palermo, Itália em 1999, e assinada em Nova Iorque em 2000 na Assembleia Geral do Milênio. Convenção que teve por objeto tratar da criminalidade organizada transacional, traçando TAM bem regra de prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

[45] O terrorismo foi temática de diversos tratados internacionais, que também promovera o combate à lavagem de dinheiro. A Convenção de Varsóvia de 2005 (Conselho da Europa) atualiza e substitui a Convenção de Estrasburgo de 1990, Convenção para Supressão do Financiamento do Terrorismo, realizado pela ONU, assinado em 1999 em Nova Iorque e a Resolução 1373 do Conselho de Segurança da ONU.

[46] A corrupção foi tema da Convenção de Mérida de 2003, realizada na cidade mexicana de Mérida, onde foram tratadas medidas de prevenção e combate à corrupção.

[47] O termo *"soft power"* descreve a capacidade que uma nação tem de persuadir outra para desenvolver o que ela quer em contraposição como o *"hard power",* caracterizado pelo fato de uma nação ordenar a outra que faça o que ela deseja. Em uma época de atores e problemas multinacionais, a capacidade para exercer o *"soft power"* é cada vez mais importante, fundamentalmente em um ambiente em que há a interação e a cooperação de diversos grupos internacionais, concentrando esforços para mitigar a ameaça da criminalidade organizada. Se as forças e as circunstâncias que compõem o poder internacional mudam, então, a abordagem dos governos deve procurar adquirir e manipular o poder internacional, principalmente através de *"soft power".* Isso é especialmente importante para alguns estados, como os Estados Unidos, que tiveram influência significativa desde a perspectiva do "*hard power"*, já que a adoção de *"soft power"* é mais barata, mais atraente e tem o mesmo vigor do *"hard power".* (CORDEIRO, 2015, p. 112).

[48] BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[49] PRADO. Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro:** parte especial: volume 8. Direito penal econômico. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

[50] Qualquer reforma da dogmática penal e da política criminal só terá sentido a partir de bases supranacionais. Nesse diapasão, a doutrina constata que os efeitos da globalização também alcançam a normativa penal, pois a criminalidade transnacional, cujos efeitos atingem o tecido sociopolítico e econômico de diversas nações, implica uma progressiva uniformização dos tipos penais e uma maior cooperação política e judicial entre os diversos países, além da recepção de diversos documentos internacionais (RIOS, 2009, p. 262-3).

e as Diretrizes da União Europeia, 2001/97/CE de 04 de dezembro de 2001 e a 2005/60/CE de 26 de outubro de 2005.

Nessa mesma linha de pensamento, o combate à lavagem, diante de seu alto desenvolvimento e de seu complicado polimorfismo, traz cada vez mais a necessidade de ampliação dos agentes auxiliadores; e os diplomas internacionais criam regras em que são incluídos novos profissionais do setor privado no sistema preventivo. Os agentes bancários foram os primeiros incluídos na prevenção à reciclagem, especificamente por estarem ligados diretamente ao mercado financeiro e pelo fato de que, no processo trifásico da lavagem, o ato inicial da colocação de ativos ilícitos na economia formal, geralmente, inicia-se em instituições financeiras[51]. Nesse sentido, Rios[52] compreende a medida inicial de prevenção ao branqueamento de capitais seja a imposição ao sistema bancário e instituições de crédito.

Vale pontuar que a política criminal de combate à lavagem de capitais, que criou o aparelho preventivo, expandiu para além do sistema bancário e os agentes financeiros de um modo geral, atraindo praticamente toda a atividade profissional sensível à lavagem, o que ampliou a cadeia de controle sobre as atividades financeiras *grosso modo*, impondo o dever de prestar informações sobre operações financeiras às agências de repressão à lavagem de capitais[53].

A diretiva 91/308/CEE[54] criou uma série de obrigações administrativas de prevenção à reciclagem de capitais, que privilegiaram a vinculação de entidades financeiras atribuindo-lhes os deveres de informar as operações financeiras, em face da preocupação com a utilização de entidades de crédito e instituições financeiras[55]. Esse diploma influenciou alguns países europeus em suas políticas de repressão à lavagem de capitais, a exemplo de Portugal, com a criação dos deveres de informação aos agentes financeiros, mas sem criminalizar seu descumprimento, impondo pesadas multas (as coimas), e uma série de sanções acessórias,

---

[51] BRANDÃO. op. cit.

[52] É compreensivo que a medida inicial de prevenção ao branqueamento de capitais seja a imposição ao sistema bancário e instituições de crédito – um especial dever de diligências (*due dilligence*) na identificação do seu cliente e na comunidade de operações suspeitas. As legislações penais modernas contam com dispositivos dessa natureza, e não poderia ser diferente com a nossa Lei n. 9.613, nos artigos 9º, 10º e 11º (RIOS, 2009, p. 266-7).

[53] BRANDÃO. op. cit.

[54] Aprovada sob a proteção das disposições do Tratado de Roma, que instituiu as Comunidades Econômicas Europeias.

[55] DE CARLÌ. op. cit.

diferentemente de outros países, como no Reino Unido, Irlanda e Dinamarca, cujo descumprimento das normas impostas aos agentes financeiros foi criminalizado[56].

As políticas preventivas orientadas pela iniciativa internacional contida na diretriz europeia 91/308/CEE permitiram o desenvolvimento de uma série de obrigações bem sistematizadas, descritas por Cordeiro[57].

A segunda diretiva, 2001/97/CE[58], determinou a incriminação da lavagem para além do crime de tráfico de drogas e ampliou o sistema de prevenção, contemplando agentes não financeiros na cadeia de monitoramento da atividade financeira, a exemplo dos advogados, notários, auditores fiscais, assessores e os profissionais de contabilidade, na condição de sujeitos obrigados a comunicarem operações financeiras. A ampliação do sistema de prevenção incluiu um número maior de obrigados a colaborar como o controle de operações financeiras, isso em decorrência da rigidez em face do sistema financeiro que alterou o comportamento dos agentes branqueadores, exigindo, assim, a ampliação para agentes e entes não financeiros[59].

No entanto, a diretiva 2005/60/CE[60] tratou mais detalhadamente das obrigações de prevenção à lavagem, especificando pormenorizadamente a necessidade de identificação dos clientes e dos beneficiários das operações financeiras, com deveres de vigilância e medidas reforçadas para negócios de alto risco e realizados por pessoas envolvidas com cargos

---

[56] Nesse sentido, expõe Brandão (2002, p.25): A Directiva 91/308/CCE teve por objetivo a criação de um quadro de prevenção de operação de branqueamento de capitais que passou fundamentalmente pela vinculação das entidades do sistema financeiro a um determinado conjunto de deveres. O sistema instituído pela Directiva foi essencialmente transporto para o ordenamento jurídico português pelo Dec.-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro, que, quando à definição das obrigações que passariam a impender sobre os seus destinatários, não trouxe novidades significativas em relação ao regime já definido na Directiva.

[57] a) Conozca a su cliente (Know your customer). Com este principio se expresa la necessidad de que lãs instituciones financirras determine la verdadera identidad del cliente y habiliten mecanismos para verificar la buena fe del mismo. b) Colaboración com las autoridades. Se expressa así la necessidad de cooperación de las instituciones com las autoridades em la lucha contra el blanqueo de capitales, siendo la manera más eficaz el levantamiento del secreto bancário em lós supuestos de blanqueo y el estabelecimento de um abligación de comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo.c) Estabelecimiento de procedimientos internos de control y de programas de formación del personal al serviço de las instituciones financieras. Premisa fundamental para reconhecer las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales (que son las que se han de comunicar) es que las entidades de crédito y las instituciones financieiras se encontren dotadas de uma plantilla com la formación adecuada y de um equipamiento y tecnologia de controle sofisticado*s* (BLANCO CORDEIRO, 2015, p. 143).

[58] Aprovada na vigência do Tratado de Nice, que tratou da Comunidade Europeia, a CE. Siguiendo el procedimento dispuesto em el artículo 251 del Tratado, el Parlamento Europeo emitió um dictamen em primera lectura sobre la propuesta el 5 de Julio de 2000. El Conité Económico y Social emitió su dictamen el 26 de enero de 2000. El Consejo adoptó sumposición común de acuerdo com el articulo 251 del Tratado el 30 de noviembro de 2000. Finalmente se aprobó la Directiva 2001/97/CE del Parlamento ey del Consejo relativa a la prevención de la utilización dle sistema financiero para el blanqueo de capitales (CORDEIRO, 2015, p. 148).

[59]BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[60] Aprovada na vigência do Tratado de Amsterdã, que instituiu a União de Europeia.

públicos, os denominados PEPs[61]. Esse diploma implementou a prevenção com as novas regras impostas pelo GAFI, a criação das Unidades de Inteligência Financeira - UIF[62] e prestar informações espontâneas as essas agências de controle, sempre que existir suspeita ou motivos razoáveis da possibilidade de ações de lavagem ou de financiamento do terrorismo[63].

O regime global de prevenção à lavagem deu origem a um complexo sistema de mecanismos e entidades de avaliação e controle da atividade financeira, as denominadas Unidades de Inteligência Financeira, que tem por função essencial receber, analisar e transmitir às autoridades informações sobre operações suspeitas de lavagem de capitais. O mais importante e relevante entidade antilavagem no plano internacional é o GAFI[64] (*Grupe d'action financiére)*, também denominado de FATF (*Finacial Action Task Force*), criado em 16 de julho de 1989 pelo G-7 em conjunto com a Comunidade Europeia em Paris, sendo o responsável pelo desenvolvimento de políticas de combate e prevenção à lavagem dinheiro e o terrorismo[65].

O dever de identificação é uma obrigação inicial e crucial no combate à reciclagem de ativos, é o princípio *"conheça seu cliente"*, gerando o dever de constituir um banco de dados com a identificação completa de todos os clientes e de suas operações[66]. O sistema de prevenção à reciclagem de capitais exige, além do dever de identificação, os deveres de examinar as operações financeiras para verificar suspeitas e posteriormente efetuar as

---

[61] PEPs – *Politically Exposed Persons* (Pessoas Politicamente Expostas) são aquelas que, de acordo com a nota interpretativa à seta recomendação do GAFI, possuem função pública proeminente em seus países. São considerados de maior risco a relação de negócio realizada com indivíduos que são ou formam titulares de cargos públicos importantes, em especial, em países em que a corrupção é generalizada. Essa definição é estendida para abranger os membros próximos da família ou das pessoas conhecidas como estreitamente associadas aos atuais ou aos antigos detentores dos cargos públicos (DE CARLÍ, 2006, p. 144).

[62] UIF - Unidades de Inteligência Financeira ou *financial intelligence unit, FIU* é uma entidade nacional centralizada responsável pelo recebimento, análise e transmissão às autoridades competentes de informação estratégica sobre operações econômico-financeiras suspeitas de lavagem de capitais, ou, em outras palavras, UIF são organismos da burocracia estatal que recebem informações sobre transações suspeitas de lavagem de capitais fornecidas por instituições financeiras, além de outras entidades e pessoas responsáveis, analisa-as, produzindo relatórios de inteligência, e transmite-os para outros organismos estatais locais de investigação e persecução judicial e, ainda, a outras UIF (RODRIGUES, 2008, p. 14).

[63] BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[64] A maior parte das informações aqui consignadas foram apreendidas do *site* do GAFI. Disponível em:< http://www.fatf-gafi.org>. Acesso em: 20 out. 2017.

[65]BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[66] BRANDÃO. op. cit.

comunicações e informações das operações aos órgãos competentes pelo combate dessa prática criminosa[67].

As obrigações impostas aos agentes colaboradores são um dever, ou seja, toda instituição financeira e não financeira e os colaboradores sensíveis à lavagem, contemplados pelas diretivas, necessariamente, precisam efetuar um exame das transações financeiras e, em seguida, promover a comunicação das operações suspeitas a UIF correspondente.

Portanto, nesse regime internacional de colaboração, o profissional e as organizações contábeis ao lado de outros profissionais assumem um papel estratégico e importante no controle de ativos ilegalmente movimentados na economia formal. Assim, compreender o papel colaborativo na estrutura de repreensão ao fenômeno da lavagem ajuda na investigação pretendida no presente trabalho, que é analisar a estrutura dogmática do concurso de pessoas no tocante à participação por cumplicidade em ações cotidianas no exercício profissional contábil.

[67] Na alternativa entre tornar a denúncia de operações suspeitas como um direito das instituições financeiras ou como um dever, a Directiva optou muito claramente pelo segundo termo, impondo um dever de colaboração com as autoridades de luta contra o branqueamento, que se traduz na obrigação de lhes comunicar, por iniciativa própria, quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais (BRANDÃO, 2002, p. 38).

2.2.2 A noção de C*riminal Compliance* introduzida pelas diretrizes internacionais absorvidas pela lei de lavagem de capitais no Brasil e a resolução do CFC nº 1.530/17

O sistema de prevenção ao fenômeno da lavagem de capitais atribui-se compulsoriamente aos deveres de conformidade, em face do conjunto de normas administrativas ou penais, cujo objetivo é permitir o controle sob a circulação do capital na economia. O modelo cooperativo exige a instituição de programas de conformidade normativa, surgindo, um dever de *compliance* para estruturação do procedimento necessário a eficácia do controle de clientes e operações financeiras[68].

O *compliance* ou programas de conformidade surge como instrumento de contenção de riscos, utilizado também na prevenção de delitos, e trata-se de um conjunto de regras, de padrões, de procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como, a atitude dos seus funcionários[69]. Revelando-se, assim, um comprometimento do setor empresarial no cumprimento do ordenamento jurídico, criando, para tanto, regras internas de controle de comportamentos arriscados, códigos de condutas proibitivos de condutas arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando[70].

No que se referem ao *compliance* enquanto conduta preventiva, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz[71]concentram-se em sua finalidade e estrutura.

Nesse sentido, *compliance* identifica-se como a adoção de um comportamento empresarial de compromisso com a lei, buscando os meios para evitar o cometimento de delitos, através da adoção de códigos de conduta, de investigações internas, de políticas de

---

[68] BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[69] CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º:** riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012. p. 30

[70] FIGUEIREDO, Ruda Santos. Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. 2015. 229 f. Dissertação **(Mestrado em Direito)** – Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

[71] Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condutas de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações economia ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros. (SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2012).

estímulo a denúncias, da capacitação dos funcionários para evitar a prática de crimes, de políticas internas de fiscalização e auditoria[72].

É importante ressaltar que os programas de integridade possuem um caráter dinâmico e aberto, não existindo parâmetros objetivos para sua formação em cada pessoa jurídica, de sorte que a definição, com precisão, de seus elementos, de seu conteúdo se afigura difícil[73]. Portanto, são as medidas internas de controle do comportamento ético em face da atividade econômica exercida pela pessoa jurídica, que determinarão os paramentos de seu programa de integridade, em especial sob qual legislação sua atividade está submetida.

Os programas de *compliance* tem por objetivo a contenção de riscos, sendo desenvolvido e gerido pelo *compliance officer*[74] na implementação do programa de integridade, além disso também é de sua responsabilidade a criação de regras e de métodos de aprimoramento permanente, e ainda apoiar a direção da empresa, inclusive, nos processos negociais. Deve-se ainda acrescer a esse rol de atribuições: fornecer aconselhamento preventivo e treinamento aos integrantes da organização empresarial; introduzir e coordenar os meios de controle para manter o respeito às normas do programa; detectar antecipadamente os desvios; informar frequentemente aos conselhos de direção acerca da situação do programa; identificar novos riscos e medidas preventivas; executar e/ou coordenar investigações internas; e tomar, junto com os diretores, medidas disciplinares punitivas e as destinadas a eliminar os âmbitos de vulnerabilidade da empresa[75].

---

[72] PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção:** origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo, Saraiva, 2014.

[73] FIGUEIREDO. Op. Cit.

[74] O *compliance officer* é a pessoa física responsável pela implementação e gestão do programa de integridade - o *compliance* -, garantindo assim a efetiva vigilância e prevenção de condutas ilícitas no seio empresarial. A legislação brasileira com a edição do Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, disciplina em seu art. 42, inciso IX, a figura do "*responsável pela aplicação do programa de integridade*", inovando pelo reconhecimento da necessidade de setor independente voltado à aplicação e à fiscalização dos programas de integridade, entretanto, ficando a desejar pela falta de parâmetros claros de sua responsabilidade. Diferentemente da realidade brasileira, o Código Penal Espanhol (em que pese não tratar expressamente da figura do responsável pelo *compliance*) traz uma sistematização mais clara da responsabilização dos administradores, bem como dos responsáveis pela implementação e fiscalização dos programas de integridade, o chamado *cumpliance officer*, permitindo assim uma diferenciação de responsabilidade penal de seus atos. Com efeito, a legislação espanhola (art.31 bis, 2, 1º y 2º do Código Penal Espanhol) em plano teórico cria a obrigação da adoção do sistema de *compliance* e criação do *complince officer* para supervisionar sua eficácia, com funções, responsabilidades limitadas e delimitadas, uma vez que somente o órgão de administração possui a obrigação de ordenar a criação de um programa de *compliace* (APARICIO, 2016).

[75] LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do Compliance Officer. **Boletim IBCCRIM.** v. 24, n. 284, p. 12-14., 2016.

Embora a terminologia *compliance* se aplique de forma ampla a diversas áreas de relevância para o cumprimento de normas legais e éticas, o foco neste momento é demonstrar que a implementação de mecanismos, de controle e de procedimentos internos se amolda perfeitamente à sistemática das diretrizes internacionais de combate e de prevenção à lavagem de capitais.

A legislação brasileira, absorvendo as diretrizes internacionais de comprometimento como o fenômeno da lavagem, através da Lei 9.613/98, inaugurou a noção de *criminal compliance* no cenário nacional. Assim, essa lei brasileira atribui a pessoas (físicas e jurídicas) obrigações de identificar clientes e manter registro de suas operações financeiras, além da necessidade de comunicar certas operações; tudo com o objetivo de evitar o crime[76].

No Brasil, a ideia de *criminal compliance,* segundo Saavedre[77], passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da legislação antilavagem, Lei 9.613/98, e da Resolução n. 2.554/1998, do Conselho Monetário Nacional, que passaram a regulamentar os deveres de colaboração, através da prestação de informações de operações financeiras. A esse respeito Saavedre[78] tece algumas considerações que devem ser levadas em conta.

Os mecanismos específicos destinados a empresas e profissionais atribuídos pela Lei 9.613/1998, foram, posteriormente, reestruturados pela Lei 12.683/2012, de modo a ampliar o espectro de colaboradores nos mecanismos de *compliance* no auxílio das investigações criminas de combate à lavagem de capitais[79]. A legislação brasileira antilavagem contemplou uma série de agentes no art. 9º da Lei 9.613/1998, considerados sensíveis aos processos de ocultação do dinheiro sujo, posicionados estrategicamente na cadeia de circulação e realização das operações financeiras.

Os agentes sensíveis à lavagem são utilizados estrategicamente também pela capacidade de avaliação das operações financeiras, diferenciando, mais facilmente as

---

[76] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. ***Compliance*, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

[77] SAAVEDRE, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

[78] As instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de, respectivamente, colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro (os chamados "deveres de *compliance*") e de criar sistemas de controles internos que previnam as práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e de outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro (SAAVEDRE, 2011, p. 11).

[79] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit.

operações lícitas das não lícitas[80], determinado expressamente nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/1998 a estruturação de um programa apto a registrar clientes e operações financeiras e a devida comunicação das operações ao COAF[81], evidenciado assim um embrionário programa de *compliance*.

Nesse aspecto, há uma intrínseca relação da Lei 9.613/1998 e da Lei 12.486/2013, a chamada "Lei Anticorrupção", evidenciando como uma realidade a necessidade de estruturação de programas de integridade - o *compliance* - em perfeita harmonia com os deveres expressos na legislação brasileira antilavagem, que trata de um *compliance* mais específico, dirigido à prevenção da ocultação e dissimulação de ativos ilícitos[82].

Por outro lado, as obrigações correlatas da norma antilavagem, conforme Silveira e Saad-Diniz[83], explicam claramente a necessidade de regulamentação, como leis penais em branco, transferindo para a Administração Pública o necessário complemento das disposições penais, complementadas pelas resoluções em regra emitidas pelo COAF, Banco Central e o Conselho Monetário Nacional. Nesse sentido, para compreender todo o regime jurídico de prevenção à lavagem instaurada no Brasil e essa concepção de *criminal compliance,* é importante conhecer as resoluções que regulamentam a lei de lavagem e, assim, detalhar os deveres aos colaboradores.

Nesse aspecto, conforme acima exposto, a Resolução n. 2554/98 do Conselho Monetário Nacional[84], foi praticamente a primeira regulamentação a instituir a constituição de programas de *compliance* antilavagem, que, através da resolução, foi estabelecida a

---

[80] Exposição de motivos à Lei 9.613/98. Disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-enormas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>. Acesso em: 25 out. 2017.

[81] O Conselho de Controle de Atividade Financeira é um órgão instituído pela Lei 9.613/98, que é uma Unidade de Inteligência Financeira, diretamente ligado ao Ministério da Fazenda e tem como finalidade: (i) coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; (ii) recebe, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas de lavagem de dinheiro; (iii) disciplina; e (iv) aplicar penas administrativas, sem prejuízo da competência de outros órgão e entidades. Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro - Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>. Acesso em 25 de out. 2017. O COAF é um órgão tem por objetivo receber comunicações de movimentações suspeitas no mercado financeiro, e analisar operações financeiras e comerciais dos mais diversos tipos e estruturas, sendo que o evidenciamento de uma operação de lavagem de dinheiro na maior parte das vezes exigirá o exame de complexas estruturas negociais. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613**.** Em nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996.

[82] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998, com alteração da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[83] SILVEIRA; SAAD-DINIZ. Op. Cit.

[84] Consulta ao sitio eletrônico do Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v2_P.pdf>. Acesso em 25 de out. 2017.

necessidade de programas com deveres e recomendações para a implantação de controles internos. Inspirada nos princípios do Comitê da Basileia, cujo objeto são as regras de avaliação de sistemas internos de controle[85].

A resolução programou o sistema de controles internos das informações financeiras, operacionais e gerencias, reduzindo as dificuldades de atribuição pessoal de responsabilidade. Esse sistema permite que os funcionários verifiquem a responsabilidade pessoal, implementando um programa de *compliance*, com canais de comunicação, auditorias internas e sistema operacional de "autorregulação regulada"[86].

Seguindo o mesmo propósito, existem as resoluções editadas pelo Banco Central do Brasil através de suas Cartas Circulares e das resoluções editadas pelo COAF, todas com o objetivo de melhor regulamentar o sistema de prevenção à lavagem através do monitoramento das operações financeiras. Assim, a Carta Circular de n. 3.461/2009, alinhada com a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo (Assembleia Geral das Nações Unidas em 1999), implementou políticas de prevenção e combate à lavagem[87].

A Carta Circular de n. 3.461/2009 estabeleceu ainda o dever de manter registros de todos os serviços financeiros prestados e de todas as operações financeiras realizadas com os clientes ou em seu nome, com valores iguais ou superiores a R$10.000,00, nos termos dos artigos 6, §2º, incisos I e 7º, §1º, inciso II; e o dever de comunicação compulsória ao COAF das operações financeiras de valor igual ou superior R$100.000,00 nos termos dos artigos 8º, §1º, inciso I e 9º, §1º, incisos I e III[88].

Na Carta Circular de n. 3.542, de março de 2012, o Banco Central trata das operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência do crime de lavagem de

---

[85] SAAVEDRE. op. cit.

[86] SILVEIRA; SAAD-DINIZ. op. cit.

[87] Esta normativa apresenta expressamente deveres para a implementação das políticas de prevenção: (1) dever de especificar as responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico de instituição; (2) dever de contemplar o registro de informações sobre os clientes para a identificação dos riscos; (3) dever de definir os critérios e procedimentos com respeito à situação econômico-financeira dos empregados da instituição; (4) dever de incluir a análise prévia de novos produtos e serviços ; (5) dever de aprovação interna e de ampla divulgação interna e de ampla divulgação das políticas de prevenção (art. 1º, §1º). A Carta Circular 3.461 também estimula a procedimentalização no mesmo art. 1º, §2º, para a (1) confirmação das informações cadastrais dos clientes e identificação do beneficiário final das operações e (2) possibilitar a caracterização dos clientes como "pessoas politicamente expostas" (Ibidem, p. 276).

[88] BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Carta Circular nº 3.461 de 24 de julho de 2009. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v5_P.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

capitais nos termos da legislação antilavagem brasileira[89], cujos termos devem ser apreciados com cuidado[90].

Assim, percebe-se que a Carta Circular de n. 3.542 especifica métodos de identificação de operações arriscadas, no intuito de aperfeiçoar o controle sobre a circulação de ativos e de efetiva prevenção do delito de lavagem, em que pese a indeterminação contida nas especificações que podem acarretar a comunicação de operações irrelevantes, denota-se claramente um repertório a servir na implementação dos programas de *criminal compliance* antilavagem[91].

Outro instrumento regulatório também alinhado às diretrizes e à cooperação internacional ao sistema de prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil é a Resolução n. 020/2012 do COAF, que tratou de regulamentar as políticas de prevenção à lavagem e também do financiamento ao terrorismo, destinadas à pessoa jurídica, cujas definições devem ser devidamente apreciadas[92].

Nesse contexto, fica evidenciado o ambiente de prevenção à lavagem de capitas no sistema jurídico brasileiro que impulsiona a adoção do *criminal compliance* no exercício profissional dos colaboradores, no monitoramento de operações financeiras realizadas com capital de origem ilícita. Com efeito, a legislação brasileira antilavagem, com a Lei 12.683/2012, expandiu o rol de colaboradores do setor privado, trazendo para esse cenário uma variedade de profissionais, em especial, do setor contábil, aumentando assim a rigidez no monitoramento das operações financeiras realizadas pelo setor privado.

---

[89] BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Carta circular nº 3.542, de 12 de março de 2012. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/c_circ/2012/pdf/c_circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

[90] As situações a que se refere esta Carta Circular foram discriminadas da seguinte maneira: (1) relacionadas com operações em espécie em moeda nacional; (2) relacionadas com operações em espécie em moeda estrangeira e cheques de viagem; (3) relacionadas com dados cadastrais de clientes; (4) relacionadas com movimentação de contas; (5) relacionadas com operações de investimento interno; (6) relacionadas com cartão de pagamento; (7) relacionadas com operações de crédito no País; (8) relacionada com movimentação de recursos oriundos de contratos com o setor público; (9) relacionadas a consórcios; (10) relacionadas com atividade internacionais; (12) relacionadas com operações de crédito contratadas no exterior; (13) relacionadas com operações de investimento externo; (14) relacionadas com emprego das instituições financeiras e seus representantes (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 277).

[91] Ibidem.

[92] Em seu artigo 2º, a resolução n.20 prevê expressamente o dever de estabelecer e implementar política de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, estabelecendo, ademais, os procedimentos específicos que aí devem estar contidos: (1) identificação e realização de diligencias para a qualificação dos envolvidos em suas operações; (2) obtenção sobre o propósito e natureza da relação de negócios; (3) identificação dos beneficiário final das operações realizadas; (4) identificação de operações ou propostas suspeitas: (5) enquadramento das operações que realizarem e dos clientes em categorias de risco (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 277).

Os profissionais e as organizações contábeis, mesmo que eventualmente prestem aconselhamento ou assistência de qualquer natureza, estão obrigados aos deveres estabelecidos na lei antilavagem brasileira (art. 10º e 11º), nos termos do inciso IV art. 9º da Lei 9.613/1998. As obrigações se referem às seguintes operações: (a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; estão obrigados aos deveres estabelecidos na lei antilavagem brasileira (art. 10º e 11º), nos termos do inciso IV art. 9º da Lei 9.613/1998.

O Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e o COAF firmaram convênio de cooperação técnica na prestação de informações, a fim de regulamentar os deveres impostos nos artigos 10 e 11 da lei de lavagem de capitais aos profissionais de contabilidade. Sendo assim, em 26 de julho de 2013, o CFC editou a Resolução do n. 1.445[93], posteriormente substituída pela Resolução 1.530/2017[94], em que estão disciplinados pormenorizadamente os procedimentos a serem adotados pelos profissionais de contabilidade para cumprimento das obrigações previstas na Lei n. 9.613/1998.

A resolução supracitada absorveu completamente as regras de prevenção à lavagem estabelecida na legislação brasileira, reproduzindo os procedimentos e descrevendo de forma analítica o modo pelo qual deve ser realizado o cadastro de clientes e os demais envolvidos com a operação, bem como o registro de operações financeiras, a forma de comunicação ao COAF e o dever de conservar e guardar os registros, documentos dos clientes e operações financeiras realizadas[95].

---

[93] CFC. Resolução do CFC n. 1.445 de 26 de julho de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. Disponível em: < http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/RES_1445.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

[94] CFC. Resolução do CFC n.º 1.530 de 29 de setembro de 2017. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e organizações contábeis para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. Disponível em: http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2017/001530&arquivo=Res_1530.doc> Acesso em: 25 out. 2017.

[95] Ibidem.

Os profissionais e organizações contábeis devem avaliar a existência de suspeição nas propostas e nas operações de seus clientes, dispensando especial atenção àquelas incomuns ou que, por suas características, no que se referem às partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar sérios indícios da ocorrência da prática de lavagem de capitais. Nesse sentido, devendo realizar a devida cominação ao COAF ou, no caso de não comunicação, registrar os fundamentados pelos quais deixou de proceder com a devida comunicação ao COAF, nos termos do art. 5º e seus incisos, da Resolução n. 1.530/2017[96].

No art. 6º da mesma resolução, do mesmo modo que a Carta Circular de n. 3542/12 do BACEN, especifica-se uma série de operações e situações que potencialmente configuram "indícios" da realização de lavagem de dinheiro. Determinando assim o dever de os profissionais e de as organizações contábeis realizarem a devida comunicação dessas operações ao COAF. Estabelecendo ainda as operações realizadas pelos profissionais de contabilidade que, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração a respeito da suspeição de atos de lavagem de dinheiro, deverão ser comunicados compulsoriamente ao COAF na forma do parágrafo único do art. 6 da resolução.

As comunicações devem ocorrer sempre que: (1) aquisição de ativos e pagamentos a terceiros em espécie, acima de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), por operação, e (2) constituição de empresa e/ou aumento de capital social com integralização em espécie, acima de R$100.000,00 (cem mil reais), em único mês-calendário[97].

As comunicações de que tratam os art. 6º da resolução de n. 1.530/2017 devem ser efetuadas no sítio eletrônico do COAF, de acordo com as instruções ali definidas, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar do momento em que o responsável pelas comunicações ao COAF concluir que a operação ou a proposta de operação deva ser comunicada, abstendo-se de dar ciência aos clientes de tal ato, nos termos do art. 9º. No entanto, não havendo a ocorrência durante o ano civil de operações ou propostas suspeitas e as que se enquadrem no art.10º, os obrigados do setor de contabilidade devem apresentar comunicação de não ocorrência ao CFC por meio do sítio do COAF até o dia 31 de janeiro do ano seguinte[98].

---

[96] Ibidem.

[97] CFC, 2013. Op. Cit.

[98] Ibidem.

O *criminal compliance*, portanto, do ponto de vista formal, é uma realidade no cenário jurídico brasileiro de combate e prevenção à lavagem de capitais, em que pese toda a problemática existente nas "estruturas normativas demasiadamente abertas, permeadas por uma série de mecanismos para forçar o relaxamento das liberdades, a exemplo da privacidade dos *Stakeholders* envolvidos em suspeitas"[99]. Fica evidente a incorporação das normas internacionais de prevenção à lavagem, inclusive, disciplinando pormenorizadamente os caminhos da atividade profissional dos profissionais e das organizações contábeis e seu comprometimento com o sistema de prevenção ao crime de lavagem de capitais.

Nesse diapasão, o conjunto de obrigações impostas no artigos 10 e 11 da Lei 9.613/ 1998 e os disciplinados pela resolução do Conselho Federal de Contabilidade permite uma análise das implicações jurídicas decorrentes de sua inobservância no campo da imputação da responsabilidade penal, em especial, com a colocação da infração de dever cada vez mais em voga. Assim, o problema é o fato de se pretender responsabilização por uma conduta adequada profissionalmente, neutra na sua origem, cotidiana em seu sentido, ainda que se utilizasse dos perigosos preceitos elásticos dados pela simples infração de dever[100].

O sistema de prevenção à lavagem de capitais, pretendido pelos deveres de informação instituídos aos profissionais de contabilidade, exige uma análise aprofundada da estrutura dogmática do concurso de pessoas. Analisando a responsabilidade penal, utilização de ações cotidianas no exercício das liberdades profissionais, perquirindo a respeito da possibilidade de incriminação de condutas fomentadas pelo direito, o que exige limites bem delimitados, sob pena de real paralisação da vida social[101].

---

[99] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, op. cit. p. 279.

[100] Ibidem.

[101] LANDA GOROSTIZA. op. cit.

2.3 A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DA LAVAGEM DE CAPITAIS, OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE SUA TIPIFICAÇÃO E O BEM JURÍDICO TUTELADO

O contexto evolutivo da ciência jurídico-penal, com o surgimento de novos valores, desencadeado da concepção de cultura e de seu desenvolvimento, mostra que o Direito Penal é mais uma vez recrutado; agora, a despeito da proteção da ordem econômica, é a ele confiado o dever de regular a livre circulação de ativos lícitos. A partir de uma série de medidas, surge a necessidade de sistematização normativa do controle, da prevenção e do combate ao delito de lavagem de capitais.

Dessa forma, neste momento, será analisado o conteúdo e a construção normativa do delito de lavagem de capitais, de modo que possa viabilizar a melhor compreensão a respeito do papel do profissional e das organizações contábeis, no contexto de prevenção dessa infração, permitindo com isso, compreender a existência e os limites da responsabilidade penal no exercício cotidiano de suas atividades profissionais.

2.3.1 O bem jurídico tutelado e as questões de política criminal na lavagem de capitais

Inicialmente, cabe esclarecer que o escopo desta dissertação é analisar o fundamento dogmático da existência ou não de cumplicidade em lavagem de capitais por meio da prestação de um serviço profissional de contabilidade. Ademais, sabe-se que a controvérsia a respeito do bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais, por si só, demandaria um trabalho específico par tal temática, não sendo a pretensão deste trabalho.

O debate em decorrência da tutela penal pretendida com a criminalização da lavagem de capitais reside na definição do objeto de proteção da norma. Nesse sentido, há uma variedade de concepções acerca do bem jurídico protegido, sendo comum propor, desde a ordem econômica a administração da justiça, passando ainda pela proposta de proteção do bem jurídico tutelado pelo crime antecedente, bem como a ideia de bem jurídico simbólico em decorrência do processo de globalização[102].

---

[102] LOMBARDELO EXPÓSITO, Luís Manuel. **Blanqueo de Capitales:** prevención y represión del fenômeno desde la perpectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona: Bosche, 2009.

O Direito Penal liberal, de tradição europeia, que norteia todo ordenamento jurídico brasileiro, é construído sobre os pressupostos clássicos da teoria do bem jurídico, cuja função é proteger valores vitais para a construção de uma sociedade harmônica. Por outro lado, o delito de lavagem de capitais surge patrocinado essencialmente pelos Estados Unidos da América, alheios à teoria do bem jurídico, em razão do baixo desenvolvimento a respeito da teoria, que é de origem alemã, marcado muito mais pelo pragmatismo de sua cultura jurídica, evidenciando as controvérsias a respeito do seu conteúdo[103].

A criminalização da lavagem de dinheiro decorre de um sistema para o qual a ideia de bem jurídico ostenta pouca ou nenhuma relevância, o que explica a dificuldade que a doutrina europeia continental, bem como a brasileira, encontram para definir o bem que tal tipo visa a tutelar[104]. Constatando assim, que a lavagem de capitais é tipificada numa lógica inversa a que é empregada normalmente na criação dos tipos penais, sendo que, o normal é identificar o bem jurídico que se quer tutelar para depois, construir a norma incriminadora[105].

O quadro divergente quanto ao conteúdo de proteção da lavagem de capitais revela a fluidez normativa dessa incriminação, repercutindo na análise da punibilidade da colaboração por meio de uma atividade lícita, a prestação de serviços contábeis, por exemplo. A punibilidade por meio da cumplicidade criminal exige para sua legitimação a existência de um comportamento lesivo ou perigoso para o bem juridicamente tutelado, razão pela qual, a identificação do bem jurídico tutelado é fundamental.

As concepções são inúmeras, inclusive a de ilegitimidade da proteção proposta na lavagem, por falta de um bem jurídico a ser tutelado, por óbvio, partindo da concepção de que somente terá legitimidade o Direito Penal, quando da proteção de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento humano e social. Sendo assim, Miguel Bajo Fernández[106] e João Carlos Castellar[107] entendem ser a lavagem de capitais uma expressão indevida do expansionismo penal, tendo em vista não proteger nenhum bem jurídico com relevância penal. Dessa forma,

---

[103] BLANCO CORDEIRO. op. cit.

[104] LAUFER, Christian. Da lavagem de dinheiro como crime de perigo**:** o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. 2012. 235 f. Dissertação **(Mestrado em Direito).** Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2012.

[105] DEL CARPIO DELGADO, Juana. **El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

[106] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid, España: Marcial Pons; Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009.

[107] CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro**: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

"casos de lavagem poderiam muito bem ser resolvidos por mecanismos estatais administrativos (extrapenais), ou por outros tipos penais já existentes no Código Penal"[108].

Na concepção de Castellar[109], aludindo à ilegitimidade da tutela, a regulamentação administrativa (por circulares e demais atos regulatórios do Banco Central e do COAF) é capaz de disciplinar os mercados de capitais e as demais searas em que a lavagem de dinheiro é realizada em grande escala. Dessa forma, o tipo penal da ocultação de bens é desnecessário diante do princípio de carência de tutela penal, pois os interesses protegidos pela Lei n. 9.613/98 seriam satisfatoriamente tutelados pelo Direito Civil e Administrativo[110].

No entanto, tais posicionamentos sofrem duras críticas da doutrina estrangeira e nacional, de modo que, apesar de toda controversa acerca do bem jurídico protegido na lavagem de capitais, existe forte tendência legitimadora da tutela penal no tocante à lavagem.

Inicialmente, na primeira geração do movimento de criminalização da lavagem de capitais, o bem jurídico protegido na lavagem era o mesmo do crime antecedente, em uma concepção de superproteção do bem jurídico, sendo possível identificá-lo tão somente a partir da análise do crime antecedente[111]. No entanto, com a evolução alcançada na segunda e terceira gerações, tormentosa ficou a defesa desse entendimento, visto que poderia ser contemplada na proteção delitiva, uma variedade de bens distintos (o patrimônio; a liberdade; a saúde pública, no caso do tráfico de droga), evidenciando a impropriedade dessa concepção[112].

Setor considerável da doutrina avalia que o elemento essencial da lavagem de dinheiro reside precisamente na ocultação do delito antecedente e de seu produto, o que afetaria diretamente a administração da justiça[113], principal bem jurídico tutelado pela

---

[108] CASTELLAR, op. cit. p. 175.

[109] Ibidem.

[110] LAUFER. op. cit.

[111] SCHORSCHER, Vivian Cristina. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro: Criticas Penais. 2012. 179 f. Tese **(Doutorado em Direito).** Universidade de São Paulo. 2012.

[112] PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de Dinheiro**: A tipicidade do Crime Antecedente. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

[113] A administração da justiça, objeto de proteção da lavagem, é admitida por Badaró; Botini (2017), Maia (1999), Grandis (2011), Laufer (2012). Abel Souto (2002, p. 174), por sua vez, expõe sobre este ponto específico da Convenção de Estrasburgo, de 1990: "Igualmente sobresale que se concede a las Partes de no aplicar el delito de blanqueo a los que intervinieron en el hecho previo, plena libertad para decidir la punibilidad cumulativa del delito de reciclaje y el delito presupuesto que tiene em cuenta que em algunos estados la persona que cometió el delito previo no puede, según los principios básicos del Derecho penal interno, cometer un delito adicional cuando blanquea los productos. Esta posibilidade es congruente con el carácter encubridor del blanqueo dada la impunidad del autoencubrimiento pero a la vez tambiém permite justamente lo contrario, es decir, que los autores y partícipes en el delito del cual los bienes proceden puedan ser castigados por el banqueo de esos

incriminação dessa conduta. Nesse sentido, "ao punir a lavagem de dinheiro, tenta-se impedir que o produto do ilícito possa ser transformado ou 'dissolvido' no meio social, evitando, assim, seu confisco, bem como a identificação e materialidade do crime anterior"[114].

No entanto, esse posicionamento doutrinário sofre duras críticas, pois a dificuldade gerada pela ocultação na descoberta do crime antecedente é mero efeito indireto, não sendo, portanto, o objeto nuclear da tutela da lavagem de capitais[115]. Além do mais, se fosse esse o objetivo buscado pela incriminação da lavagem de capitais, estar-se-ia diante de uma modalidade de favorecimento real, contrariando toda ideia de legitimação da incriminação autônoma, gerando inclusive, uma problemática na diferenciação entre a lavagem de capitais, receptação e favorecimento[116].

No entanto, setor considerável da doutrina elege a ordem econômica como o objeto de proteção da lavagem de capitais na proteção de interesses globais e da finalidade individual de permitir a normalidade social e econômica dos países[117][118].

A lavagem de capitais afeta a ordem econômica, uma vez que todo o capital ilícito inserido no contexto da economia formal do Estado cria uma artificial aparência de desenvolvimento econômico, com forte volatilidade de investimento. Permitindo, assim, a

---

objetos, de modo que tan pronto como el autor previo lleve a término el delito antecedente y obtenga un producto le alcanzará el tipo penal de blanqueo. En todo caso, frente al silencio de la Convención de Viena sobre la ajenidad del hecho previo, ha de valorarse positivamente que el Convenio de Estrasburgo mencione esta problemática".

[114] PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1998, p. 211.

[115] Faria Costa critica a proteção da administração da justiça: "*desaparecimento do fim limitador do ius puniendi, inerente ao conceito de bem jurídico*". Defendemos que a incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões 'fracas' que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um tipo legal para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer atividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos. A posição jurídico-penal que se avançou tem que sustentar a ideia de que o Direito penal só deve intervir como *ultima ratio* e que, quando tal acontece, não deve nunca esquecer o envolvimento de instrumentos jurídicos de outra natureza. Desta maneira, devem as autoridades, através de meios administrativos, controlar o mercado de capitais e mesmo os agentes que aí operam. O Direito penal é instrumento de controle que não pode nem deve ser subestimado na luta contra o branqueamento, mas a sua eficácia tem sempre um caráter limitado que se tem que jogar, no sentido da sua optimização, através de um justo e adequado equilíbrio com todas as outras formas de intervenção estadual. (FARIA COSTA,1999. p. 313-14).

[116] PITOMBO. op. Cit.

[117] CALLEGARI, André Luís. Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 8, n. 31, jul./set. 2000.

[118] Nesse sentido, Callegari (2000, p. 50) sinaliza o: "perigo de que economias inteiras caiam sob seu controle, que se distorça o sistema financeiro e que o sistema democrático, em determinados países, fique sem estabilidade"; Barros (2007), Bitencourt; Monteiro (2015), Prado (2009).

concentração de riqueza, o que desencadeia toda a desestabilização do regular funcionamento do sistema econômico, bem como dos efeitos deletérios da concorrência desleal, dos monopólios, da falta de transparência de operações financeiras, abuso do poder econômico, comprometimento do fluxo regular de capital[119].

Nessa linha de pensamento, comungam alguns autores que a lavagem de capitais provoca danos à confiabilidade do sistema financeiro e econômico em geral, promove a distorção dos indicadores econômicos, criando prejuízos à regulação estatal sobre a economia, bem como interfere na livre concorrência e na livre iniciativa[120].

Por fim, uma parcela de doutrinadores defendem a "pluriofensividade" do crime de lavagem de capitais, com efeitos lesivos tanto para a ordem econômica quanto à administração da justiça. Assim, o objeto da incriminação visa concretizar a circulação de bens lícitos no mercado, prevenindo a incorporação de bens de origem delitiva, bem como o conteúdo típico faz crer que ainda se trata de uma incriminação dirigida à proteção da administração da justiça[121].

A definição do bem jurídico tutelado na lavagem de capitais para além da importância de se reconhecer a existência de legitimidade da tutela penal como proteção de um bem jurídico essencial ao desenvolvimento humano serve também para definir o âmbito de abrangência típica, delimitando o marco inicial da punibilidade pelo crime de lavagem.

2.3.2 A estrutura do crime de lavagem de capitais

A lavagem de capitais é uma atividade que se concretiza pelo emprego de meios dissimulatórios utilizados para introduzir bens, direitos ou valores de origem ilícita na economia, é o *"*proceso em virtud del cual los biens de origem delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*"*[122]. As operações de reciclagem de ativos ilícitos podem assumir as mais variadas formas,

---

[119] PITOMBO. op. cit.

[120] GÓMEZ INIESTA, Diego J. ***El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español.*** Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

[121] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa:** Parte Especial. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

[122] BLANCO CORDEIRO, op. cit., p. 107.

caracterizada em regra por três fases distintas[123]: iniciada pela colocação (*placement stage*) de bens ou valores na economia; em seguida, pela transformação (*layering stage*) da sua origem através de processos fraudulentos; e, por fim, concretiza-se com a integração (*integration stage*) na economia legal dos bens ou valores fruto de um ilícito[124].

A lavagem de dinheiro caracteriza-se essencialmente por ocultar a origem ilícita de bens e valores, como bem define Villarejo[125] é "o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou o dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram no sistema econômico ou financeiro"[126].

O fenômeno da lavagem de capitas se manifesta em regra por um conjunto de ações, formando "um complexo de atos, uma pluralidade de comportamentos geralmente intricados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares"[127]. No entanto, em que pese toda a complexidade que possa evolver sua realização, o objetivo primordial é a criação de uma aparência lícita do meio de obtenção do capital, sendo a dissimulação, portanto, "o fio condutor de toda operação de lavagem que envolva bens ou valores provenientes de uma infração penal"[128].

Nesse aspecto, a ocultação e a dissimulação são os elementos centrais do crime de lavagem de capitais, fazendo parte de uma engrenagem, na qual a prestação de um serviço contábil se apresente como uma hábil ferramenta para a concretização do delito. Daí a importância da conceituação nuclear da lavagem para este trabalho, visto que a imputação do delito como forma de cumplicidade em fato de terceiro deve conter conteúdo próprio de injusto, ou seja, o serviço contábil deve representar também uma violação ao bem jurídico.

---

[123] BRANDÃO. Op. Cit.

[124] O processo trifásico de reciclagem de capitais é uma classificação desenvolvida pelo GAFI em suas 40 recomendações que distinguem essencialmente as três fases mais significantes do processo de branqueamento (colocação, transformação e integração), sendo esta classificação a que possui maior aceitação na doutrina e jurisprudência (CORDEIRO, 2015).

[125] VILLAREJO; Julio Nieves Díaz Maroto Y. **El blanqueo de capitales em El derecho espanõl.** Dykinson, 1999. p. 5.

[126] Nesse sentido, também assevera Iniesta (1996, p. 21) que a lavagem de dinheiro ou bens entende-se a operação através da qual o dinheiro de origem ilícita é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiro e legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita, portanto, a prevenção a esse tipo de delito necessita do rastreamento dos passos percorridos pelo capital ilícito até a sua introdução na economia.

[127] CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: RT, 1998. p. 320.

[128] BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual**. Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015. p. 591.

A ocultação é o momento de distanciamento de bens e valores da sua origem criminosa, representando a primeira fase; "além do processo de distanciamento da origem criminosa, a ocultação prepara o objeto da lavagem para a fase seguinte, que é a dissimulação"[129]. A ocultação significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista[130], no entanto, deve ser compreendida como a impossibilidade de deixar à vista a origem do capital que se pretende introduzir no sistema econômico legal, não basta, pois, ocultar ou esconder, sendo típico tão somente se o procedimento que objetive ocultar a origem criminosa ficar devidamente demonstrado que é parte integrante do processo de lavagem[131].

No tocante à ocultação, é importante esclarecer que a simples ocultação física do objeto material do crime, bens, valores ou direitos, não caracterizará a conduta de branqueamento de capitais. Nesse sentido, "a ocultação no crime de lavagem realiza-se por meio das práticas de *dissimulação* descritas"[132], tendo estas por finalidade encobrir a origem ilícita do capital[133].

A dissimulação é o ato ou um conjunto de atos realizados para fraudar ou encobrir a origem ilícita, tratada como uma ocultação mediante ardil, integrando a segunda etapa do processo de lavagem, aprofundando o escamoteamento e dificultando o rastreamento dos valores[134]. Assim, a dissimulação "é o meio pelo qual se dá ao capital a aparência de legalidade, que lhe permite ser reintegrado ao sistema financeiro. Só pode ocorrer através de meios fraudulentos aptos a produzir o resultado final: a aparência de legalidade"[135].

A legislação brasileira seguiu as diretrizes traçadas pela doutrina e pelos documentos internacionais de combate e prevenção a lavagem, percebendo-se claramente a semelhança com diplomas legais alienígenas, criminalizando o processo pelo qual se leva a concretização

---

[129] VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **RBCCrim**, n. 47, São Paulo, RT, p. 11- 30, 2004. p. 17.

[130] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Advocacia e lavagem de dinheiro. In: **ESTUDOS em homenagem a Vicente Greco Filho.** Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521>. Acesso em: 1 jul. 2018. p.576.

[131] Ibidem.

[132] É necessário, com enfeito, que a ocultação ao menos caracterize a primeira etapa do processo de lavagem, isto é, que se realizem práticas de efetivo distanciamento dos bens, direitos ou valores de sua origem criminosa. A ocultação constitutiva de lavagem consumada dar-se-ia, por exemplo, mediante a efetiva utilização do sistema bancário e financeiro, de serviço de câmbio, de investimentos em bolsas, transações imobiliárias, aquisições de objetos valiosos, como joias, obras de arte. (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015, p. 605).

[133] Ibidem.

[134] BOTTINI, op. cit.

[135] VILARDI, op. cit., p. 18.

da reciclagem de ativos ilícitos[136]. Assim, as etapas podem desenvolver de formas separadas, simultâneas, superpostas ou conjuntas, contemplando o sistema trifásico em sua tipificação[137].

A lavagem de capitais, segundo a legislação brasileira, apresenta quatro comportamentos típicos distintos no art. 1º, sendo que no *caput* contempla a ocultação e dissimulação[138]; no parágrafo 1º, o uso de meios para a ocultação e dissimulação[139] e no parágrafo 2º, contempla o uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira[140], bem como a participação em organismos destinados à lavagem de capitais[141].

A simples leitura da figura típica descrita no inciso I do §2º, pode transparecer que para configurar o branqueamento de capitas, basta que o agente utilize o objeto material obtido diretamente da infração penal na atividade econômica ou financeira, sendo inclusive, uma conduta independente do crime antecedente, ou seja, o agente não precisa ter participado

---

[136] Ibidem.

[137] PRADO. Op. Cit.

[138] A conduta descrita no art. 1º, *caput*, contemplam a "ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal" (BRASIL, 1998). Conforme expões Prado, (2015, p. 658-59): a ocultação ou dissimulação devem referir-se à *natureza* (essência, condição peculiares, especificidade), à *origem* (procedência ou forma de obtenção), à *localização* (local onde se encontra ou se situa), à *disposição* (emprego, uso, utilização, seja gratuito ou oneroso), à *movimentação* (deslocamento,, mobilização, mudança, circulação) ou à *propriedade* (titularidade, domínio, direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha) de bens, direitos ou valores.

[139] O §1º do art. 1º trata de uma forma equiparada a lavagem de capitais, disciplinando uma série de comportamentos que podem vir a integrar o processo delitivo, prevendo como forma equiparadas aquelas que, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (i) os converte em ativos lícitos; (ii) os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; (iii) importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros (BRASIL,1998). Nesse dispositivo, Maia (1999) explica que são especificadas modalidades de ocultação e dissimulação de bens, caracterizando também, a terceira fase, no momento de reintegração do capital branqueado a economia, o que "equivale dizer: depois de ocultada a origem e durante a fase de reintegração do capital ao sistema econômico legal é que o criminoso necessita ocultar ou dissimular a utilização" (VILARDI, 2004, p. 19).

[140] No § 2º do art. 1º, também prevendo uma forma equiparada a lavagem de capitais, descreve a conduta de quem (i) utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal e (ii) participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na lei de lavagem (BRASIL, 1998). No tocante ao inciso I do §2º, trata da conduta do agente que utiliza, sem ter por objeto a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos e valores, tem como suficiente a simples utilização na atividade econômica ou na atividade financeira. No item 41 da exposição de motivos da Lei 9.613/98, disciplina que o projeto também criminaliza a utilização, *"na atividade econômica ou financeira,* de *bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes... "* (art. 1o, § 2o, I). Neste caso, a mera utilização, sem ter por objetivo a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, uma vez que o agente saiba de tal origem, caracteriza a prática do ilícito. Tal hipótese o projeto buscou no direito francês (art. 324-1, 2ª alínea, introduzida pela Lei no 96-392, de 1996). Disponível em: < http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>. Acesso em: 01 nov. 2017.

[141] BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

da infração penal antecede para configurar essa modalidade de lavagem de dinheiro[142]. Nessa modalidade, por outro lado, existem duas especificidades, sendo necessário para sua configuração[143], que o bem, direitos ou valores sejam provenientes diretamente da infração penal e que, sejam utilizados na atividade econômica ou financeira[144].

Da análise do dispositivo em testilha, a cautela é necessária, sob pena de tratar como lavagem de capitais o mero exaurimento da conduta antecedente. "A utilização do bem, direito, valor, depois de passar pelas fases da ocultação e dissimulação, ou seja, a simples utilização do bem, direito, valor que esteja inserido no sistema econômico legal, como se lícito fosse não configura o tipo desse parágrafo"[145].

Por fim, o inciso II do §2º prevê uma espécie de responsabilidade penal objetiva, atribuído o delito de lavagem a qualquer pessoa que integre organização com conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida ao branqueamento de capitais. No caso em tela, há violação elementar a dogmática penal, "inexistindo descrição da qualidade da intervenção, ou, dito de outra forma, da ação realizada pelo agente, transforma o tipo penal em um tipo aberto e indeterminado, com grave afronta aos limites impostos pelo princípio da legalidade"[146], desprezando a conduta concreta do indivíduo.

O elemento do tipo subjetivo da lavagem de capitais é o dolo, não existindo a modalidade culposa no Brasil, diferentemente de outros países, a exemplo da Espanha, Bélgica, Suécia, da Irlanda, Alemanha[147]. A imputação subjetiva na lavagem de capitais, hoje,

---

[142] OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9613 de 1º de março de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** n. 23, v. 6, 1998. p. 111-129 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

[143] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998, com alteração da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[144] *Atividade econômica* consiste na prática de ações relacionadas à produção, transformação, distribuição, circulação e consumo de bens e serviços, tendo como finalidade a geração de riqueza e a satisfação de necessidades humanas. E *atividade financeira* versa sobre a prática de ações relacionadas à captação, obtenção, gestão e aplicação de recursos financeiros, como investimentos, empréstimos entre outros (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015, p. 633).

[145]Não fosse assim, chegaríamos à conclusão de que todas as condutas deste artigo (condutas do *caput* e §1º) seriam inúteis, já que não é necessário punir que oculta ou dissimula o objeto da lavagem ou que oculta ou dissimula a utilização destes mesmos objetos, tendo em vista que se pune que o utiliza. Ora, utilizar é "fazer uso de, serve-se" e, então, qualquer uso que o criminoso viesse a fazer do proveito econômico, obtido através do crime anterior, seria, por si, considerado lavagem. A vingar essa tese, não se está punindo o processo de lavagem de dinheiro, mas o uso do bem, direito ou valor, obtido através do crime antecedente. E, como se sabe, tal não é possível, já que esta utilização pode ser um ato posterior ao cometimento do crime, ato este, diga-se, não punível; muitas vezes, não chega a ser nem o exaurimento da infração penal. (VILARDI, 2004, p. 20-1).

[146] BITENCOURT; MONTEIRO, op. cit. p. 637.

[147] BLANCO CORDEIRO. op. cit.

é abrigada por um complexo debate sobre a imputação por meio do dolo eventual[148], agravado, pela utilização da teoria da cegueira deliberada[149] como critério de imputação subjetiva.

A análise do tipo subjetivo na lavagem de capitais, com toda sua complexidade, demandaria um espaço específico e demasiadamente maior, fugindo do objeto precípuo de problema que se pretende solucionar. A temática da cegueira deliberada guarda certa conexão com o estudo das ações neutras, objeto central deste trabalho, no entanto, somente terá relevância se o fundamento da cumplicidade envolver questões subjetivas, o que será detalhadamente debatido no quarto capítulo.

---

[148] O dolo eventual como forma de imputação subjetiva na lavagem ganha força a partir do julgamento da Ação Penal 470, em que se reconheceu por meio do dolo eventual a realização da lavagem. Nesse sentido, admitindo essa forma de imputação Prado (2015, p. 664). Em oposição a esse entendimento, Callegari (2000, p. 157), Barros, (2007, p. 58-9).

[149] Doutrina da Cegueira Deliberada – conhecida também como *Willful Blindness,* Doutrina das Instruções do Avestruz (O*strich Instructions),* Doutrina da Evitação da Consciência (*Conscious Avoidance Doctrine)* ou *Ignorância Deliberada* (como é conhecida no direito espanhol) – em nosso ordenamento jurídico, no que se refere ao delito de Lavagem de Capitais, previsto na Lei n.° 9.613 de 03 de março de 1998, bem como o aumento do interesse de sua aplicação por diversas organizações internacionais. Originária da *common law,* a *Ostrich Instructions Doctrine* vem sendo fortemente aplicada por Tribunais de diversos países como forma de atribuição de responsabilidade subjetiva ao agente que, como o próprio nome faz alusão, intencionalmente cega-se diante de situação em que, se mantivesse os olhos abertos, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente da tipicidade da conduta que pratica, assim como uma avestruz que, segundo crença popular, costuma enfiar sua cabeça na terra para esconder-se do perigo. (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 65) A Doutrina da Cegueira Deliberada começou a dar seus primeiros passos nos Tribunais ingleses em 1861, no caso *Regina v. Sleep*. Sleep era um ferrageiro, que embarcou em um navio contêineres com parafusos de cobre, alguns dos quais continham a marca de propriedade do Estado inglês. O acusado foi considerado culpado pelo júri por desvio de bens públicos – infração esta que requeria conhecimento por parte do sujeito ativo. Ante a arguição da defesa do réu, de que não sabia que os bens pertenciam ao Estado, Sleep foi absolvido pelo juiz, sob a justificação de que não restou provado que o réu tinha deveras conhecimento da origem dos bens, bem como não houve prova de que Sleep se abstivera de obter tal conhecimento. Tal julgamento levou a parecer que, caso restasse provado que o acusado tivesse se abstido de obter algum conhecimento da origem de tais bens, a pena cabível poderia equiparar-se àquela aplicada aos casos de conhecimento (ROBBINS, 1990, p. 191 a 234).

3 A ESTRUTURA DO CONCURSO DE PESSOAS NO CONTEXTO DA LAVAGEM DE CAPITAIS EM FACE DO COTIDIANO PROFISSIONAL DO CONTADOR

O fenômeno da lavagem de capitais, que se desenvolve por meio da utilização de atividades profissionais lícitas, exige uma análise cuidadosa a respeito do concurso de pessoas na diferenciação da atribuição de responsabilidade penal. O desenvolvimento de atividades laborais sensíveis à lavagem, em especial as dos profissionais de contabilidade, carece de um fundamento dogmático na cumplicidade através de condutas cotidianas, relacionadas essencialmente ao exercício profissional.

O agrupamento de pessoas em torno do delito é um fenômeno comum decorrente da própria estruturação de organização das atividades humanas, exigindo, por outro lado, a distinção de todas as formas de intervenção, sobretudo a contribuição para o delito. A lavagem de capitais é um fenômeno que utiliza com frequência atividades profissionais lícitas, gerando, assim, insegurança com a possibilidade de imputação penal na forma de cumplicidade.

Nesse diapasão, as teorias ao longo dos anos foram desenvolvendo critérios e classificações para os diversos modos de intervenções humanas na ação típica, fundamentando a responsabilidade penal.

As diversas formas de intervenção no delito podem ser compreendidas como autoria individual ou coletiva, em que o sujeito atua como protagonista da ação, ou porque realiza pessoalmente todas as características do tipo legal ou pela utilização de terceiro com instrumento; bem como pela realização em conjunto quando vários autores desenvolvem a ação típica. Podendo ainda ser realizadas através da participação na ação típica do autor, quando realizado por meio da instigação dolosa a fato dolos de outrem e, especialmente, através da cumplicidade por meio de auxilio material, como ajuda dolosa a fato dolos de outrem[150].

A teoria do domínio do fato, portanto, será adotada aqui neste trabalho como o critério diferenciador de condutas, distinguindo entre autor e partícipe na análise do comportamento profissional do contador que, ao prestar um serviço contábil, colabora para a lavagem de capitais.

---

[150] SANTOS, op. cit.

3.1 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DA CONDUTA DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE

O conceito de autoria e de participação encontra-se no centro de atribuição de responsabilidade pelo fato típico, diretamente relacionado aos princípios da legalidade e da culpabilidade, base principiológica do Direito Penal liberal. A autoria e a participação não são noções próprias do Direito; o Direito Penal, ao longo de sua evolução, especialmente nos tempos de hoje, em que as relações lícitas e ilícitas estão tão aproximadas, exige uma significação jurídica particular a tais conceitos, mais autônoma de sua compreensão ontológica[151].

A teoria do domínio do fato como critério diferenciador na análise da contribuição prestada pelo profissional de contabilidade na engrenagem típica da lavagem de capitais não pode ser estudada à margem, ainda que de modo sintético, das diversas teorias que, ao longo dos anos, trabalharam na diferenciação do conceito de autoria e de participação delitiva.

3.1.1 A dogmática jurídico-penal ao longo dos anos em face da autoria e da participação

3.1.1.1 Sistema Unitário

A teoria unitária entende que toda e qualquer colaboração para a realização do fato delituoso é suficiente para a imputação de responsabilidade penal, sem fazer qualquer diferenciação dos níveis de contribuição para a realização do fato, existindo tão somente a figura do autor. O sistema unitário é o mais amplo possível, tendo como ponto de partida teórico a equivalência das condições do sistema causal, segundo o qual, é causa do resultado toda condição sem a qual esse mesmo não se teria produzido, nos termos da fórmula da *condicio sine qua non*[152].

Nesse sentido, para a teoria unitária, todos os que, de alguma forma, contribuíram para o sucesso da realização do resultado típico são autores, não existindo, portanto, a

---

[151] ORTIZ, Mariana Tranchesi**.** Concurso de Agentes nos Delitos Especiais. 2010.196 f. Dissertação **(Mestrado em Direito**) - Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[152] Ibidem.

diferenciação dos diversos comportamentos em graduação de importância. Nesse caso, a eventual análise de relevância da colaboração individual de cada interveniente no fato típico para aplicação de uma sanção penal era tratada como mera individualização da pena, sem realizar qualquer avaliação das várias formas possíveis de colaboração no delito[153] e, a respeito do sistema unitário aqui exposto, Jescheck[154] tece uma série de considerações que vale a pena a consulta.

A origem do conceito unitário de autor é baseado nas causas do ato, "é por isso que, para o conceito unitário de autor, o nexo de causalidade se revela como único critério de relevância jurídico-penal de um dado comportamento", sendo, portanto, suficiente "a relação causal entre conduta e delito para que se afirme a realização do comportamento típico pelo interventor"[155]. Nesse sentido, conforme desenha a fórmula da *condicio sine qua non* adotada pela teoria da equivalência das condições, todo interveniente que apresentar uma contribuição causal para o fato típico nas realizações conjuntas deve ser considerado autor, sem qualquer distinção[156]. E em face da teoria unitária de autor, outros estudos consideram a causa do fato e de seus autores[157], a exemplo a de Mir Puig[158].

A teoria unitária de autor promove uma intolerável ampliação da punibilidade por reduzir à realização típica a mera causalidade, tendo como princípio reitor a mera causalidade do comportamento dos intervenientes para considerá-los autor do resultado. Assim, a teoria unitária de autor revela um conceito extensivo de autor, partindo do princípio de que é autor todo aquele que causa o resultado típico de modo que a instigação e a cumplicidade desaparecem como categorias autônomas, substituindo o tipo com categoria central da autoria para a mera causação[159].

---

[153] MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas:** delimitação entre coautoria e participação a partir da Teoria do Domínio do Fato. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

[154] El concepto unitário de autor trata como autor a todos interviniente que há realizado uma prestación causal para a realización del tipo, sin atender a cuál es el significado que se atribuye a su colaboración causal para la realización del tipo, sin atender a cuál es el marco del sucesso global. Esta cuestión de la pena y es aqui donde, debeser resuelta solo de acuerdo com la culpabilidade individual de codelincuente. (JESCHECK, 2002, p. 694).

[155] ORTIZ**,** op. cit. p. 26.

[156] MACHADO, op. cit.

[157] MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal:** Parte General. 7.ed. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2005.

[158] En su version clássica se fundo em la teoria de la equivalência de las condiciones: si toda condición del hecho, em su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguma intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores. (PUIG, 2005, p. 368).

[159] ROXIN, Claus. **Derecho penal:** Parte general. Tomo I. Tradução: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2008a.

Sobre essa questão, entende-se que a ausência de distinção entre autoria e participação, considerando todas as formas de contribuição como ato de autor, indicia o anseio político-criminal de compreender o delito como obra comum de todos os intervenientes igualmente responsáveis e puni-los igualmente, de modo independente e autônomo em face dos demais comportamentos[160]. Assim, o conceito unitário de autor "no permite que se origine ninguna laguna de punibilidad y hace posible que las sanciones se adapten sólo de acuerdo con la personalidad del autor" [161]. Alguns autores pontuam que a concepção unitária não está mais associada à apreensão do delito do ponto de vista unicamente causal[162].

O legislador brasileiro, inspirado confessadamente na legislação italiana de 1930, quando da elaboração do Código Penal de 1940, [163] abandonando a tradição histórica a respeito da matéria, vez que as codificações anteriores faziam distinção dos comportamentos delitivos, passou a adotar a concepção unitária de autoria[164].

Com a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro promovida em 1984, capitaneada pelo Ministro Francisco de Assis Moura, houve sensível modificação da disciplina do concurso de pessoas, contemplado a teoria da acessoriedade da participação. Nesse sentido, defendem alguns doutrinadores que houve o rompimento da legislação brasileira com a teoria unitária de autor, admitindo agora, a diferenciação entre autoria e participação[165].

No entanto, uma leitura cuidadosa do art. 29 e dos artigos seguintes do Código Penal, não se apresenta claramente o rompimento de nosso código com a teoria unitária e extensiva

---

[160] ORTIZ**,** op. cit.

[161] JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal:** Parte General**.** 5ª edición, renovada y ampliada. Granada, diciembre 2002. p.695.

[162] Nessa linha, uma concepção unitária nos tempos atuais não mais está diretamente e necessariamente associada à apreensão do delito sob a perspectiva puramente causal, tendo, em certa medida, se desvinculado daquele fundamento primeiro na teoria da equivalência das condições. A escolha do modelo justifica-se como simples preferência por valorar a contribuição da cada sujeito apenas quando da fixação da pena *in concreto* e não em momento anterior da tipificação da conduta. (ORTIZ, 2012, p. 27).

[163] TERRADILLOS BASCO; Juan Maria. **El Derecho Penal de la globalización:** luces y sonbras. Estudios de Derecho Judicial. Vol. 16, p.186. Madrid: CGPJ,1999.

[164] Adotando a censurável denominação "Da Coautoria", o título IV da Parte Geral continha três artigos. No Primeiro deles, denominando a disciplina, estatuía-se um conceito extensivo, de base causal, de autoria (art.25); no segundo, regulamentava-se a comunicabilidade das circunstancias (art.26); no terceiro, estipulava-se a impunidade da participação em hipótese nas quais não sobrevém execução, ressalvando-se a aplicação da medida de segurança, nos termos do art. 76, parágrafo único (art. 27) (BATISTA, 2005, p. 15).

[165] MACHADO, op. cit.

de autor. A parte final do art. 29, "na medida de sua culpabilidade" e dos parágrafos que os acompanham, possui mera aparência diferenciadora de autoria e participação, mantendo-se fiel o sistema causalista no núcleo central do art. 29.

Nesse aspecto, entende-se por ambígua a reforma que passou a disciplinar o concurso de pessoas nos art. 29 a 31 do Código Penal Brasileiro, em face da tomada de posição em favor de um conceito extensivo ou restritivo de autor. O art. 29 reproduz integralmente o dogma causal da *condicio sine qua non*, sendo que, "na medida de sua culpabilidade", nada de novo representa, é mera continuidade do sistema unitário que promove tão somente a individualização do injusto, da culpabilidade e da pena, relegando a distinção das contribuições dos agentes à mera dosimetria da pena[166].

Nesse mesmo sentido, os parágrafos contidos no art. 29 não representam propriamente a diferenciação entre autor e partícipe que, essencialmente, é um problema de tipo, apenas disciplinam a forma pelo qual o juiz deverá valorar a contribuição de cada interveniente para melhor aplicação da pena[167].

Portanto, filiamo-nos à corrente doutrinária que entende não ter havido um rompimento com a teoria unitária extensiva de autor com a reforma de 1984, apesar do esforço doutrinário em adaptar as condições estabelecidas pelos art. 29 a 31 do Código Penal brasileiro às teorias modernas que diferenciam as diversas contribuições para a realização do fato delituoso, melhor preservando o princípio da legalidade.

A teoria unitária da ação, por conta de sua base causalista, em que a autoria é determinada a partir da causação do resultado, acaba por expandir a tipicidade, fazendo-a perder de vista, que consolida na esfera penal um dos mais importantes princípios jurídicos do Estado de Direito, que é o princípio da legalidade[168]. Expandindo o âmbito de abrangência típica, "ampliando o sentido do injusto penal, de onde se extrai seja o conceito unitário de autor incapaz de se aperceber do 'desvalor' concreto da conduta de cada interveniente para o

---

[166] GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 2ª.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[167] Ibidem.

[168]Nesse sentido apregoa Jescheck (2002, p. 695) que "através de la reformulación de la totalidad de las aportaciones al hecho en la causación de la lesión al bien jurídico, se pierde el específico injusto de acción del tipo correspondiente".

delito"[169]. Ainda sobre a tipificação de causa e de autoria, alguns doutrinadores pontuam acerca de sua reserva legal[170].

A função de garantia da tipicidade ficaria completamente pulverizada, além do que a teoria unitária de autor conduz a uma indesejável extensão punitivista que, em tempos atuais, com a criminalidade econômica organizada entranhada com as relações profissionais lícitas, sobretudo a atividade profissional do contador, aprofundaria a crise de legalidade, desaparecendo por completo a função garantidora da tipicidade e permitindo a punição penal de condutas lícitas e fomentadas pelo direito.

3.1.1.2 Sistema Diferenciador

O sistema diferenciador, diversamente do automatismo do sistema unitário, é integrado por todas as teorias que promovem a diferenciação na intervenção no fato delitivo com o reconhecimento das modalidades da autoria e da participação como modalidades de intervenção no delito. Sendo assim, são diversas as construções teóricas que buscam por meio de seus fundamentos demonstrar as peculiaridades nas formas de intervenção da realização do delito, tais como: as teorias objetivas; as teorias subjetivas; e o conceito extensivo de autor na ótica de alguns doutrinadores.

O denominado conceito extensivo de autor possui o mesmo fundamento material do conceito unitário, fundado sobre as bases da teoria da equivalência das condições e a consequente apreensão do delito como fenômeno causal, fato que gera séria divergência doutrinária em face de reconhecê-la como teoria diferenciadora[171]. Existe no conceito extensivo de autor o reconhecimento da participação, entretanto, não existe essencialmente a diferenciação da figura de autor e partícipe, a diferenciação ocorre tão somente em função da lei que prevê expressamente uma hipótese que limita a punibilidade, surgindo assim a figura da participação.

---

[169] ORTIZ, op. cit. p. 30.

[170] Quando se considera toda e qualquer causação de um resultado proibido como autoria, tende-se a menosprezar a exigência de que seja toda e qualquer causação típica, já que 'a base da autoria é o tipo legal'. Uma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencia sobre a imputação objetiva desse resultado 'abre' o tipo e viola o princípio da reserva legal (BATISTA, 2005, p. 34-5).

[171] ORTIZ, op. cit.

Nesse sentido, em face da unidade material existente entre o conceito unitário de autor e o conceito extensivo de autor, "inexiste diferença substancial entre as distintas formas de contribuição para o delito, sendo todas valorativamente equivalentes, a merecem a conceituação de autor"[172]. Por essa razão, muitos doutrinadores sequer as diferenciam, tratando-as, muitas vezes, como sinônimos, sendo fruto também de grande divergência doutrinária em aceitá-la como teoria diferenciadora ou apartada da teoria unitária de autor[173].

A teoria subjetiva da intervenção delitiva desenvolve seu critério diferenciador, admitindo a figura do autor e do partícipe a partir do elemento volitivo do interveniente, relacionado aos aspectos psíquicos do agente, como a vontade, a intenção, os interesses, os motivos etc.

Semelhante às teorias unitária e extensiva de autor, a teoria subjetiva também possui substrato na teoria dos equivalentes causais adeptos da fórmula do *conditio sine qua non*. Reconhecendo, assim, que objetivamente não há como diferenciar a contribuição de cada interveniente para o fato delituoso a partir de critérios da relevância causal das contribuições[174].

Dessa maneira, a teoria subjetiva, fundamentada no positivismo naturalista do século XIX, compreende que o comportamento exteriorizado pelo autor, pelo instigador e pelo cúmplice, do ponto de vista causal, não há como ser diferenciado, são igualmente causais para o resultado, restando assim, a avaliação do aspecto subjetivo do comportamento na diferenciação entre autoria e participação[175]. Nesse sentido, Nilo Batista[176] faz algumas alusões sobre a distinção de autor e partícipe.

---

[172] ORTIZ, op. cit. p. 34.

[173]No tocante à teoria extensiva de autor, cabe esclarecer existir forte divergência doutrinária quanto à sua diferenciação da teoria unitária do conceito de autor. Sendo assim, há autores que trabalham exclusivamente com o conceito unitário, a exemplo de Dona e Rafael Berruezo, na Argentina; Paulo Queiros e Juarez Cirino, no Brasil; outros que utilizam apenas o conceito extensivo, a exemplo de Cerezo Mir, Rogerio Greco, Beatriz Vargas Ramos, Bitencourt, Mirabete, Damasio de Jesus; existindo ainda autores que distinguem os conceitos unitário e extensivo de autor, a exemplo de Zaffaroni e Sancinetti, na Argentina; Bacigalupo, Mir Puig, Miguel Díaz Conlledo e Jacobo Lópes de Quiroga, na Espaha; Jescheck e Jakobs, na Alemanha; e, no Brasil, Luiz Regis Prado e Luiz Flávio Gomes (MACHADO, 2015, p. 99-101).

[174] BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro.3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[175] ROXIN, op. cit.

[176] Para o critério subjetivo, a distinção entre autor e partícipe reside em que o primeiro atua com *vontade de autor* (*Täterwille* ou *animus auctoris*), e deseja a ação como própria (*als eigene*), enquanto o segundo atua com *vontade de partícipe* (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice (*Anstifterwille* ou *Gehilfenwille*), e deseja a ação como alheia (*als frende*) (BATISTA, 2005, p. 67).

A determinação da vontade do autor, representa o elemento decisivo para a diferenciação entre autoria e participação na a teoria subjetiva, constituída sobre a base de sustentação na teoria do dolo e na teoria do interesse. Sedo assim, segundo a teoria do dolo, o autor possui uma vontade independente e o partícipe uma vontade subordinada, explicando que a vontade do partícipe depende diretamente do que o autor deseja para a concretização do fato[177].

De um modo diferente, a teoria do interesse parte do princípio de que a vontade do autor se caracteriza por seu interesse próprio no fato, enquanto que o partícipe se caracteriza pela falta desse interesse, aderindo sempre ao interesse do autor[178].

A teoria subjetiva é diferenciadora, reconhecendo a colaboração em níveis diferentes de contribuição, "autor é aquele que, com <vontade de autor> (*animus auctoris*), deseja o fato como próprio, e partícipe é aquele que, com <vontade de partícipe> (*animus socii*), deseja apenas apoiar fato alheio (*teoria do dolo*)"[179], definido também pelo interesse do interveniente no resultado, se próprio será autor, se alheio, partícipe. Nesse sentido, pouco importa o efetivo grau de contribuição material para o delito, importando tão somente a relação psíquica com o resultado, se desejado como próprio ou realizado como fato alheio, "lo importante es el sentido de ser autor del hecho, de tenerlo como proprio y no como colaboración em hecho de outro"[180].

A teoria subjetiva teve pouca ressonância no Brasil, mas de grande destaque na Alemanha, amplamente recepcionada pelo Tribunal do Império e pelo Tribunal Supremo, capitaneada pela influência de Maximilian Von Buri, magistrado no Tribunal do Reich[181]. Dois casos são emblemáticos para a demonstração da teoria subjetiva na Alemanha: o primeiro é o famoso caso da banheira, em que o *Reichsgericht* condenou como cúmplice uma mulher que, a mando da irmã, de mão própria teria afogado numa banheira o filho ilegítimo de sua irmã; e o segundo é o caso do agente secreto *Staschynski*, que teria matado dois exilados políticos a mando de um governo estrangeiro, sendo condenado como cúmplice pelo *Bundesgerichshof*[182].

---

[177] ROXIN, op. cit.

[178] Ibidem.

[179] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS. op. cit., p. 52.

[180] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Curso de Derecho Penal** – Parte General, CEDECS Editorial, Barcelona, 1996. p. 610.

[181] ORTIZ. op. cit.

[182] BATISTA. op. cit.

Assim sendo, fica evidenciado que, nos dois casos, os agentes executaram a ação de mão própria, foram considerados partícipes pelo fato de atuarem sem o *animus auctoris*, e pela inexistência da compreensão do fato como próprio.

A teoria subjetiva, em que pese desprezar os elementos objetivos do comportamento, isso por ser causalista e não conseguir diferenciar os diversos comportamentos sob essa perspectiva, no entanto, logrou êxito em explicar a autoria mediata. E, nesse aspecto, é necessário pontuar, que a teoria subjetiva surge com o intuito de solucionar as dificuldades de lidar com a problemática da autoria mediata, surgindo, inclusive, posteriormente às teorias objetivas, mesmo aquelas de cunho restritivo[183].

Entretanto, a função de garantia do tipo penal também é vulnerada pela teoria subjetiva, uma vez que o tipo penal sem a menor sombra de dúvida estabelece um limite objetivo ao conceito de autor, e essa inobservância ofende o Princípio da Legalidade. A distinção entre autoria e participação apresentadas pela teoria subjetiva aproxima-se de um Direito Penal do autor totalmente alheio ao fato, fundamentada tão somente na atitude interna do agente, o que revela sua vagueza e arbitrariedade, além de levar a resultados questionais e de graves distorções, em que o agente que executa a ação de mão própria pode ser considerado um partícipe, em face da ausência do *animus* do agente[184].

A despeito do quanto foi exposto até o presente momento, as concepções teóricas acerca da autoria aderem a uma concepção extensiva do conceito de autor, esse é o motivo por que abordar a teoria subjetiva antes das teorias de cunho objetivo, visto que as teorias objetivas são restritivas em face do conceito da autoria.

O conceito restritivo de autor representa a ruptura do dogma causal, que tão fortemente fundamentou as concepções unitária e extensiva, expondo as diferenças objetivas entre as condutas de autoria e as de participação. É importante pontuar que, segundo esse posicionamento teórico, o conceito de autor é muito mais restrito, limitado; sendo a participação uma forma de estender a punibilidade, completamente diferente da teoria extensiva que via na participação uma forma de limitar a punibilidade[185].

Nesse sentido, das teorias que desenvolveram essa concepção restritiva com enfoque objetivo, cabem destacar as teorias formal-objetivo e a material-objetivo.

---

[183] ORTIZ. op. cit.

[184] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS. op. cit.

[185] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal:** Parte General IV. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial Y Financiera, 1999.

A teoria formal-objetiva desenvolveu um conceito restritivo de autor, inaugurando a distinção entre autoria e participação a partir do comportamento exteriorizado, rompendo com a tradição unitária, desenvolvendo o conceito de autor a partir da delimitação típica do delito[186]. Autor, portanto, é aquele que realiza o núcleo do tipo[187]. E sobre essa teoria, Zaffaroni [188]pontua sobre o princípio da legalidade penal.

Em se tratando de tipologia, a teoria formal-objetiva coloca o tipo no centro das atenções, uma vez que a autoria será determinada a partir da compreensão literal do tipo penal, da identificação do núcleo duro, com a realização do verbo nuclear do tipo, para reconhecer a autoria do agente que realiza a conduta literalmente descrita no tipo. Consequentemente, o sujeito que contribui para o resultado delitivo independentemente do grau de importância, mas que não realiza o verbo nuclear do tipo penal (a descrição formal) será considerado partícipe.

Nesse sentido, a teoria formal-objetiva, enfrenta dificuldades para explicar os delitos de resultados sem meios determinados, os casos de coautoria e os de autoria mediata, pois concentra a atenção na descrição típica para definição da autoria e da participação, sendo autor somente aquele que realiza pessoalmente o núcleo do tipo. No entanto, a causalidade não é desprezada, muito menos a culpabilidade, pois, sem tais elementos, não existira sequer uma ação relevante para a imputação; o que destaca a concepção forma-objetiva para a determinação da autoria é o elemento formal da conduta[189].

A insuficiência da teoria formal-objetiva ficou evidenciada nos delitos em que os tipos penais não trazem uma descrição típica exata da conduta, a exemplo dos crimes de homicídio e de lesão corporal, que somente expõe o resultado que se pretende evitar. Nesse aspecto, "o critério da execução da conduta nuclear ou dos elementos dominantes do tipo

---

[186] ORTIZ, Mariana Tranchesi. op. cit.

[187]La antigua teoria objetivo-formal se atuvo rigurosamente al tenor liter al de las definiciones de la acción contenidas em los tipos y consideraba autor, s in consideración alguna a la importancia de la contribución en el marco dei suceso global, aquien cumplía plenamente con el comportamiento descrito por el tipo; en cambio, cualquier otra aportación causai al hecho só lo podia ser necesariamente participación (JESCHECK, 2002, p. 698).

[188] La teoría *fomurl-objetiua* se atenía a la relevancia delimitadora del verbo típico. Para esta teoría es autor el que realiza personalmente la acción que está descripta en el tipo. El concepto de autor así obtenido tiene la ventaja de ser sumamente respetuoso del principio de legalidad penal, puesto que se vincula al concepto restrictivo de autor, es decir, que proporciona una concepción según la cual la participación es una ampliación de la punibilidade. (ZAFFARONI, 1999, p. 303).

[189] RAMOS, Beatriz Vargas. **Do Concurso de pessoas:** contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

conduz a resultados díspares, se analisados, de um lado, delitos resultativos de meios indeterminados e, de outro, delitos de meios determinados ou delitos de mera conduta"[190].

Sendo assim, em delitos cujo tipo penal não delimita a conduta, a teoria permite um alargamento da tipicidade, em fraca contradição, em face dos tipos descritivos de condutas, em que o critério formal, restritivo, limita a autoria. Assim, "la teoria objetivo-formal resulta ilimitada em lós delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, em cambio, em lós delitos de medios determinados"[191].

A teoria também sofre críticas em face dos casos de coautoria com a repartição dos atos executivos, ponto central da teoria, em que os intervenientes acabam não realizando pessoalmente o núcleo do tipo. Nesse caso, muitos admitiam a execução no todo ou em parte da conduta descrita no verbo núcleo do tipo para a caracterização da coautoria, assim descrevia Jokobs[192] que "solo es autor quien realiza el tipo de propria mano al menos em parte".

No entanto, a crítica mais aguda refere-se à incapacidade da teoria para explicar a autoria mediata, definida precisamente pela ausência de execução direta e pessoal da conduta típica, fato realizado com a utilização de um terceiro realizar pessoalmente os atos de execução. Nesse aspecto, pontua Nilo Batista[193] que "a crítica mais abrangente que se pode dirigir ao critério formal-objetivo consiste em que a filiação da autoria à realização pessoal da atividade executiva não se compatibiliza com a realidade", em que pese a elogiável aproximação da teoria com o tipo penal, não servindo, portanto, como fórmula geral satisfatória.

A teoria material-objetivo, desenvolvida por Frank e Binding, especialmente desenvolvida por Birkmeyer, costuma-se situar suas raízes em Feurbach, realizando a distinção entre autoria e participação a partir da análise da diferencia ou relevância causal das respectivas condutas[194]. Assim, o objeto central de diferenciação é o comportamento exteriorizado, distinguindo a diferença de valor causal entre a atuação do autor e do partícipe.

---

[190] ORTIZ, op. cit., p. 49.

[191] MIR PUIG, op. cit. p. 89.

[192] JAKOBS, Günther. **Derecho Penal:** Parte Genera. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

[193] BATISTA, op. cit.

[194] BATISTA, op. cit.

O critério material desenvolvido pela teoria material-objetivo refere-se ao[195] "valor objetivo da contribuição de cada qual dos intervenientes, identificando-se o autor como aquela contribuição objetivamente mais importante para o sucesso delitivo"[196].

A teoria material-objetiva, portanto, compreende que as diversas contribuições na realização do fato delituoso, existe a necessária diferenciação entre aquelas mais importantes, as contribuições causais e as demais de menor importância, consideradas contribuições que deram condições, sendo as primeiras destinadas ao autor e as últimas ao partícipe[197]. As teorias materiais-objetivas distinguem autoria e participação, essencialmente pela relevância de suas contribuições para o fato, desenvolvendo a ideia de que a conduta do autor é sempre mais importante do que a conduta desenvolvida pelo partícipe[198].

Surge, então, a teoria material-objetiva com o intuito de evitar os defeitos da teoria formal-objetiva, essencialmente formalista, introduzindo um critério material na avaliação das condutas na distinção entre autoria e participação, dentro da importância objetiva do comportamento[199].

É necessário pontuar, que o ponto de partida da teoria material-objetiva são as teorias individualizantes da causalidade, em que diferenciam causa de condição, em franca oposição à teoria dos antecedentes causais. Talvez, essa seja o maior problema dessa teoria, "essa teoria recolocam no campo do concurso de agentes toda a perplexidade que, na área específica da causalidade, já fora posta pelo empenho vão no diferenciar causa e condição"[200].

Por outro lado, a referida teoria possui uma imprecisão em face da vagueza no critério utilizado para a diferenciação entre autor e partícipe, determinado a partir da avaliação da contribuição objetivamente mais importante ao delito, o que não resolve muito bem a caracterização das responsabilidades individuais nas hipóteses de concurso de pessoas[201].

Por fim, em que pese às críticas formuladas em desfavor da teoria material-objetiva, é evidente que as formulações teóricas posteriores se beneficiaram da ideia de que algumas

---

[195] GÓRRIZ ROYO, Elena. **El Concepto De Autor En Derecho Penal.** Tirant Lo Blanch, 2008. p. 310.

[196] Segundo um critério material-objetivo, a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisado sob o prisma a diferencia e eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. O nível em que se processasse tal pesquisa faria com quem a distinção transitasse entre condutas causais – condutas não causais; causas – condições; causa adequada – causa inadequada; causa necessária – causa desnecessária; causa positiva – causa negativa etc. (BATISTA, 2005, p. 65).

[197] ORTIZ, op. cit.

[198] MACHADO, op. cit.

[199] MIR PUIG, op. cit.

[200] BATISTA, op. cit.

[201] ORTIZ, op. cit.

contribuições seriam mais relevantes do que outras para a realização do delito. Sendo assim, nesse ambiente, despertaram as teorias do domínio, surgindo, assim, a teoria do domínio do fato, que será mais adiante apresentada como critério diferenciador da conduta de autor e partícipe para a melhor compreensão e delimitação do comportamento do profissional de contabilidade em face do delito de lavagem de capitais.

3.1.2 A Teoria do Domínio do Fato

A teoria do domínio do fato, construção teórica cuja função dogmática é distinguir no plano do injusto o comportamento delitivo entre autor e participe através do critério do domínio, tem seu conteúdo melhor sistematizado e mais bem acabado na substanciosa monografia sobre o tema, intitulada "Autoria e domínio do fato" (no original: *Täterschaft und Tatherrschaft*)[202], desenvolvida por Claus Roxin em 1963, elaborada como tese para o concurso de habilitação do autor como Professor Catedrático na Alemanha[203].

---

[202] A concepção de domínio do fato como forma de construção teórica para definir a diferenciação entre autoria e participação surge a partir de um processo evolutivo longo e como reação em desfavor da teoria subjetiva, sendo que a expressão 'domínio do fato' foi utilizada no Direito Penal pela primeira vez em 1915, por Hegle em seu estudo monográfico denominado *"*Os Elementos do Delito" (ROXIN, 2016). No entanto, a ideia de domínio do fato utilizada por Hegle, não tinha o conteúdo que hoje se atribui à teoria, como critério de delimitação da autoria e da distinção entre autoria e participação, assim, na concepção do autor, domínio do fato relacionava-se aos requisitos materiais da culpabilidade, uma vez que, em sua concepção, só atuava culpavelmente o agente que tinha domínio pleno do fato (ROXIN, 2016). Em 1933, Hermann Bruns, utiliza pela primeira vez a concepção de domínio do fato como método para caracterização da autoria e a distinção entre autor e partícipe, partindo da ideia de que autoria pressupunha ao menos a possibilidade de domínio do fato, devendo essa possibilidade de dominar o fato, servir como parâmetro de imputação típica ao agente, pois, na participação, não ocorre a figura integral do domínio (ROXIN, 2016). Nesse aspecto, Roxin de forma crítica, em que pese o autor ser o primeiro a tratar do tema como forma de delimitação da autoria, não o considera fundador da teoria, em função de que as reflexões de Bruns são demasiadamente incidentais e pouco desenvolvidas (ROXIN, 2016). Nesse sentido, tempos mais tarde, outros autores também utilizaram a ideia de domínio do fato em suas formulações teóricas a respeito da autoria, a exemplo de Hellmuth v. Weber e Eb. Schimidt. Assim, Hellmuth v. Weber, partindo do conceito subjetivo de autoria, para justificar sua posição teórica, utilizou a teoria do domínio, explicando que autor é o agente que executa o fato como vontade de dominá-lo como um fato próprio (ROXIN, 2016). Eb. Schimidt, por outro lado, partidário do conceito extensivo de autor, em face de um trabalho a respeito da autoria nos crimes militares, fez referência à teoria do domínio do fato e ao princípio do dever, explicando que a disposição da vontade interna ao domínio do fato pressupõe uma posição de dever tipicamente militar (ROXIN, 2016). No entanto, na concepção de Roxin, a primeira formulação teórica tendo como ideia central a teoria do domínio do fato como forma de delimitação da autoria e distinção da autoria e da participação se deu em 1913, com Lobe, ao defender, em oposição ao critério subjetivo de autor, que o fator determinante para a delimitação da autoria não é o *animus auctóris,* não é a vontade de cometer o fato como algo próprio, mas, a realização do fato dominando-o integralmente (ROXIN, 2016). Segundo apresenta Roxin (2016), Lob denomina a autoria a partir de um critério subjetivo-objetivo, em que dentro da vontade do agente deve estar presente o domínio do fato, o domínio da execução do fato, determinando assim a autoria e diferenciando da participação, uma vez que o partícipe é o que contribui sem dominar a ação executiva. É importante pontuar que, a teoria do domínio do fato ecoa a partir da construção teórica desenvolvida por Welzel, em 1939, com o desenvolvimento do conceito

A teoria do domínio do fato apresentada por Claus Roxin foi desenvolvida em uma base metodológica estruturada sobre uma composição entre métodos ontológicos e normativos, construindo sua ideia a partir da conjugação dos elementos ontologicamente prévios e que compõe a realidade da vida em face do concurso de pessoas, bem como pela construção normativa desenvolvida para regulamentar essas relações[204]. Assim, Roxin compreende a autoria e a participação como dados ontológicos prévios, o que deve reger a delimitação da autoria, mas que, apesar de serem dados imodificáveis, são passíveis de ser valorativamente delimitados pelo legislado, evidenciando, portanto, o acolhimento de métodos ontológicos e normativos na construção de sua teoria[205].

Nesse sentido, Roxin estrutura seu conceito de autoria a partir de uma composição metodológica ontológico-normativa, definindo que o autor é a figura central da ação típica, "el autor es la figura central del acontecer em forma de acción"[206]. Entretanto, o princípio orientador da autoria desenvolvido pelo autor expressa um conceito formal, não evidenciando, entretanto, o conteúdo da autoria, sendo fruto da conjugação dos métodos ontológicos e normativos, servindo como ponto de partida para a construção de uma distinção concreta na diferenciação da autoria e participação[207].

Portanto, fica claro que a distinção ontológica entre autoria e participação é a concepção de que o autor é a "figura central", servindo como critério diferenciador da autoria e da participação em âmbito pré-tipo, servindo também como parâmetro para o legislador eleger os critérios jurídicos na delimitação da autoria, servindo assim, de parâmetro para diferenciar a autoria da participação[208]. Nesse aspecto, "o conceito de autor é primário e possui significado central no injusto típico, no sentido de que as formas de participação (a

---

finalista de ação, referindo-se assim a um domínio final do fato como critério de determinação de autoria e diferenciação entre autor e partícipe. Na construção de Welzel, autor é aquele que dirige a ação típica com vistas a determinado fim, em razão de sua decisão volitiva, "por esta razón, la voluntad fianl de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobr el echo" (WELZEL, 1993, p. 145).

[203] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit.

[204] MACHADO, op. cit.

[205] ABOSO, Gustavo Eduardo. **Los limites de la autoria mediata.** Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda., 2012.

[206] ROXIN. op. cit. p. 42.

[207] Explica Roxin (2016, p. 42): La expresión elegida ha de entenderes, pues, sobre este trasfondo, deduciéndoe entoces ló siguiente: el concepto de "figura central" designaria por uma parte el puto de vista legal determinante para la delimitación, pero por outra parte también um barema de diferenciación prejurídico clramente aprehensible".

[208] MACHADO, op. cit.

instigação e a culpabilidade) são causas de extensão da punibilidade, que só entram em cena quando o agente não é autor"[209].

É necessário pontuar que a ideia de autor como "figura central" constitui tão somente um elemento embrionário, é uma premissa inicial para a construção da teoria do domínio do fato. A "figura central" em si não descreve absolutamente nada na conceituação da autoria e na destinação entre autor e partícipe, exigindo, portanto, melhor desenvolvimento teórico. Por outro lado, a ideia reitora de autor como "figura central do acontecer típico" possuiu uma pretensão de abordagem geral para qualquer teoria geral da autoria, servindo de fundamento inicial para a estruturação de qualquer teoria que se propõe a definir a figura do autor[210].

Antes de iniciarmos a análise do conteúdo da teoria do domínio fato desenvolvida por Claus Roxin, é importante esclarecer que, conforme o próprio autor reconhece, a autoria como "figura central do acontecer típico", manifestada por meio do domínio do fato, serve como teoria diferenciadora de autor e partícipe, apenas para os crimes de domínio, que são basicamente os crimes comissivos dolos, exatamente, o delito no qual estudaremos a cumplicidade na prestação de serviços contábeis, que é a lavagem de capitais[211].

Sendo assim, a teoria do domínio do fato desenvolvida por Claus Roxin, tendo como premissa o autor como "figura central do acontecer típico", desenvolve-se a partir de três formas destacadas de autoria, a saber: autoria por domínio da ação (a realização da ação típica direta e pessoalmente pelo agente); autoria por domínio da vontade (autoria mediata); e, o domínio funcional do fato (definindo a coautoria)[212].

---

[209] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit., p. 24.

[210] ROXIN, op. cit.

[211] A ideia de autor como a "figura central do acontecer típico" se manifesta, para Roxin, através do domínio do fato na categoria dos intitulados delitos de domínio (que se resumem aos crimes comissivos dolosos). Já nos chamados delitos de dever (que, conforme já oportunamente destacado, são os delitos que englobam basicamente os crimes próprios e os crimes omissivos), essa ideia se manifesta através da violação de um dever extrapenal. Por fim, nos denominados crimes de mão própria, a ideia de autor como a "figura central do acontecer típico" se manifesta através da realização com as próprias mãos, da conduta descrita no tipo penal. Em resumo, o critério de domínio do fato de Roxin foi edificado a partir da ideia reitora de autor como a "figura central do acontecer típico" e não tem pretensão de aplicar para todas as categorias de delito, senão exclusivamente para os delitos de domínio que contemplam, essencialmente, os crimes comissivos praticados dolosamente. Para as demais Categorias de crime, como se viu, são outros os critérios reitores da autoria (MACHADO, 2015).

[212] Apregoando Roxin (2016, p. 337): Un sujeito es autor: a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción); b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parâmetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca em menor medida que el sujeto detrás o que es sustituible a voluntad em el marco de uma maquinaria de poder organnizada (dominio de la voluntad); e, c) Si presta em la fase ejecutiva uma aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del fato funcional).

O domínio do fato - controle sobre a realização do tipo - primeiramente, manifesta-se como um domínio sobre a própria ação, que é o domínio exercido pelo agente que pessoalmente realiza a conduta típica, ou seja, a própria pessoa que desenvolve todos os elementos descritos no tipo, conforme descrição do § 25 I StGB – comete o fato por si próprio[213].

Nesse sentido, tratando da autoria por domínio da ação, explica Roxin que é o modo livre, direto e pessoal de o agente realizar todos os elementos constitutivos do tipo previstos na parte especial do Código Penal. Sendo, portanto, a forma mais eloquente de autoria, mais facilmente identificável como figura central do acontecer típico, é o sujeito que pessoalmente deflagra os tiros contra a vítima do homicídio ou que realiza os atos de dissimulação da origem ilícita do dinheiro.

Aquele que domina a ação, portanto, realiza pessoalmente a conduta descrita no tipo, apertar o gatilho, por exemplo, sempre será considerado autor, diferentemente do quanto permitido pela teoria subjetiva, muitas vezes, acolhida pela jurisprudência alemã[214]. Nesse caso, mesmo nas situações de coação ou erro, aquele que pessoalmente praticou o fato será considerado autor, pois aquele que domina ação permanece autor. Explica Roxin que o coagido, mesmo nessa condição, não perde sua dominabilidade sobre o curso causal da ação típica, dominando o fato da mesma forma que ele dominaria na eventualidade de não estar sendo coagido, ressaltando ainda que, na hipótese de coação, o risco sofrido pelo coagido o motivaria ainda mais a dominar a ação[215].

No entanto, ressalta Roxin que, mesmo nos casos de coação ou de erro, em que ocorrerá situação de exculpação, aquele que domina ação permanece autor, um autor exculpado é claro, mas ainda autor do fato, mesmo que não seja autor único. Sendo assim, pode ser deduzido da construção teoria de Roxin, aqui revelando seu dado ontológico, que a autoria é definida pelo domínio, independente da punibilidade do agente, caracterizada pelo domínio do acontecer típico[216].

---

[213] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit.

[214] Ibidem.

[215] Assim testifica Roxin (2016, p. 160): A la vista de todas estas ccircunstancias, habrá que considerar demonstrado que tambien quien realiza el tipo de propia mano constreñido por coación es autor em todo caso y posee el pleno dominio do fato. La postura contraria, como hemos visto, no solo forzaría el contenido material del concepto de dominio, sino que tampoco daria cuenta de la esencia de la autoria mediata, del requisito de coherencia sistemática, del significado autônomo de las causas de exclusión de la culpabilidade y de la problemática de la accesoridad.

[216] ROXIN, op. cit.

A segunda forma de manifestação da teoria do domínio do fato é o domínio sobre a vontade, caracterizando a autoria mediata, em que o autor domina a vontade de outrem, reduzido à mera condição de instrumento, realizando assim o fato típico, conforme disciplinado pelo código penal alemão no § 25 I do StGB – comete o fato por meio de outrem[217]. Nesse sentido, a teoria do domínio do fato desenvolvida por Claus Roxin propõe solução aceita amplamente para os casos de autoria mediata, um dos maiores problemas enfrentados no estudo do concurso de pessoas, que é demonstrar os fundamentos de se justificar a autoria do sujeito que não realiza pessoalmente a conduta descrita no tipo[218].

No que se refere ao domínio do fato que caracteriza a autoria mediata, diferentemente da autoria imediata em que o sujeito domina a ação, há aqui domínio sobre a vontade de um terceiro que, por algum motivo, foi reduzido à condição de instrumento[219].

As razões desse domínio da vontade, próprio da autoria mediata – dominando a vontade de outrem que é reduzido à condição de instrumento, é demonstrada por Roxin por meio do domínio da vontade em virtude da coação; domínio da vontade em virtude do erro; e, por fim, a mais notória em razão do instrumento ser plenamente responsável, o domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder.

Em primeiro lugar, a coação exercida pelo homem de trás sobre o homem da frente. O sujeito que domina a ação tem sobre si um controle exercido pelo autor mediato (homem de trás) que controla sua vontade através de uma coação irresistível, justificando assim, o domínio do fato, "el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la ación fundamenta el dominio del echo"[220]. Aqui, nessa concepção, Roxin desenvolve o princípio da responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*), exculpando o homem da frente em certos casos de coação, previstos legalmente (§35 do StGB; art. 22, CP), sendo o único parâmetro viável em face da coação, isso porque o autor mediato domina alguém que sabe o que faz[221].

Nas hipóteses de coação, tanto o coagido quanto o coator encontram-se na posição central de realização do tipo, possuem domínio sobre o fato, sem que isso possa caracterizar

---

[217] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit.

[218] MACHADO, op. cit.

[219] Explicando da seguinte forma, Roxin (2016, p.165):Mientras que allí la realización de la accion típica de propria mano fundamenta la autoria, que se trata de casos em los que falta precisamente la "acion" ejecutiva del sujeito de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse em el poder de la vontad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de "dominio de la vontad" em el autor.

[220] ROXIN. op. cit., p. 167.

[221] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit.

uma hipótese de coautoria, pois se encontram sobre bases de imputação contrapostas, estando o coagido na posição de realização do tipo, e o coator, na posição de gestor da vontade do coagido[222]. Nesse caso, a ação desenvolvida pelo homem da frente - o executor direto - é dominada pela vontade propulsora do homem de trás - o autor mediato -, não há qualquer liberdade, apesar do dominar sobre a ação, pois sua vontade foi dominada pelo homem de trás se tornando senhor do fato típico.

A segunda forma de domínio da vontade é o erro provocado pelo autor mediato, em que se utiliza como instrumento para realizar o fato típico alguém que atua sobre erro. O domínio da vontade do executor da ação típica por conta do erro se fundamenta em razão do conhecimento superior e de maior amplitude que possui o autor mediato, fazendo com que o executor atue sem conhecer a realidade das circunstâncias fáticas ou jurídicas[223].

Portanto, "Roxin desenvolve uma teoria escalonada dos vários erros que fundamentam autoria mediata, que vão desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável"[224].

O domínio da vontade determinado por erro demanda maior destaque, sendo inclusive um dos aspectos mais controvertidos da teoria, e refere-se ao reconhecimento do erro que não excluiu ou diminui o dolo ou a culpa do homem da frente, como forma de domínio. Segundo Roxin, o conhecimento superior do homem de trás é suficiente para fundamentar uma autoria mediata, pois esse conhecimento permite controlar e dominar o homem da frente, mesmo sendo um instrumento plenamente responsável, um autor por trás do autor[225].

Entre os casos de autoria mediata, ao lado da coação e do erro, também existem os casos em que o autor mediato utiliza um sujeito inimputável, seja em função da idade ou em razão do desenvolvimento mental deficiente. Nesses casos, os critérios aplicados aos casos de coação e de erro são igualmente aplicados na utilização de inimputáveis, "domina la

---

[222] ROXIN, op. cit.

[223] Ibidem.

[224] A respeito do erro como forma de domínio da vontade exercida pelo autor mediato, apresenta Roxin (2016, p.165): El dominio por parte del sujeito de detrás se explica por la circunstancia de que em virtud de su saber más amplio capta com más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurarél solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimento trans, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibidora y autónoma a lo que no es accesible para su entendimento (GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit., p. 26).

[225] Ibidem.

formación de voluntad del ejecutor directo, o em que (como em los casos de erro) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido"[226].

A terceira e mais notória forma de autoria mediada por meio de instrumento plenamente responsável é o domínio por meio de um aparato organizado de poder. Assim, é considerado autor, verdadeiro autor mediato, o sujeito que, servindo-se de uma organização estruturada verticalmente, totalmente apartada e dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem que deverá ser cumprida pelo executor independente de sua identificação pessoal, entregue a um executor fungível, que funciona como mera engrenagem de uma estrutura de poder[227].

Nessa forma de domínio da vontade, o homem da frente, que executa ação típica como instrumento do homem de trás, não atua por coação ou por erro de qualquer natureza, muito pelo contrário, possui plena consciência de seu comportamento. Sendo assim, não se trata o caso de indução[228], vez que o autor mediato emite ordens dentro de uma estrutura de poder organizado dominando o fato de modo peculiar, diferentemente da figura da indução, isso por conta do fato do executor ser fungível[229].

Essa forma de autoria somente se configura quando exercida por meio de uma organização que funcione à margem da legalidade, realizada por meio de pessoas que ocupem posição de comando dentro de governos autoritários ou através de grupos clandestinos (terrorismo, organizações criminosas ou grupos semelhantes)[230]. Do contrário, em estruturas organizadas, segunda a legalidade de um Estado constitucional e democrático de direito, não existe forma de domínio, senão mera indução, descaracterizado, assim, o domino, por inexistir um aparato organizado de poder dissociado da legalidade.

A terceira forma de domínio do fato é denominada de domínio funcional do fato, caracterizada pelo desenvolvimento de uma ação coordenada entre mais de um agente, em divisão de tarefas, caracterizando, assim, a coautoria. O domínio funcional ocorre "se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização como um ato relevante de um delito, eles terão o domínio funcional do fato

---

[226] ROXIN, op. cit., p. 237.

[227] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS. op. cit.

[228] ROXIN. op. cit.

[229] Explica Roxin (2016, p. 273): El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo um engranaje – substituible em cualquier momento – em la maquinaria del poder, y esta doble pespectiva impulsa al sujeito de detrás, y esta doble perspectiva implusa al sujeito de detrás, junto com El, al centro do acontecer.

[230] Ibidem.

(*funktionale Tratherrschhaft*)", e nessas condições, cada interveniente será coautor do fato típico como um todo[231].

Nesse aspecto, a concepção de coautoria é desenvolvida sobre o fundamento de que o domínio integral do fato se encontra, devido a uma estrutura de cooperação, nas mãos de vários, ao ponto que a concretização do plano idealizado somente é possível se ele for conjuntamente realizado, sendo que cada interveniente tem o poder de anular o plano criminoso com a simples retirada de sua contribuição[232].

A coautoria é definida como domínio funcional do fato a partir da importância da colaboração do interveniente para o plano global do projeto criminoso, "cabría hablar de domínio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el domínio conjunto del individuo resulta aquí de su función em el marco del plan global"[233]. É a parir dessa ideia que se fundam os parâmetros gerais para análise da coautoria nos diversos casos concretos, tendo como ponto central a identificação de uma contribuição funcional e essencial, que seja imprescindível para a concretização do fato típico.

A despeito desse critério geral, é indispensável ainda para a delimitação da coautoria, a existência do ajuste entre os intervenientes quanto à execução do fato e a contribuição de cada um no plano. Ressalta-se ainda que, para fins de delimitação da coautoria, o acordo de vontades ainda na fase preparatória do crime não é suficiente, sendo necessário, portanto, existir o acordo de vontades, o início dos atos de execução em que cada interveniente exercerá seu domínio funcional sobre a ação delitiva[234].

---

[231] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit. p. 30.

[232] Explica Roxin (2016, p.269): Así pues, aqui reside la ideia básica de la coautoria, siempre que se la conciba como domínio del hecho conjunto. Tiendo presente es punto de partida, se enteiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el monio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirigi el hecho conjuntamente con lós otros. Además, se pone de manifesto que lós partidários de la teoría del domínio del hecho, em la fundamentación teórica de la coautoría, por ló general anún etán demasiado influenciados por la idea básica de la teoría subjetiva.Por eso es absolutamente irrelevante que el colaborador em el asesinato que sujeta a la víctima, o el pistoleo del asaltoal banco, se subordinen internamente al outro, em el sentido de la teoria del dolo, y " desejan a su critério" la ejecución del hecho. Aun cuando tal fuera el caso, sin embargo, siempre que obren libremente y sin coacción, dominan em la misma medida quelos demás, siendo por tanto coautores".

[233] ROXIN. op. cit. p. 211.

[234] ROXIN. op. cit.

3.2 A TEORIA GERAL DA PARTICIPAÇÃO E SUA AVALIAÇÃO COMO CONTRIBUIÇÃO EM FATO TÍPICO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

A *participação*, em sua concepção generalista, é a ação de ter ou de tomar parte, realizar algo em conjunto[235]. No entanto, na realização em conjunto do injusto penal, a participação é compreendida em sentido estrito, como meio de colaboração para a realização de fato típico doloso do autor, que a despeito de ser uma realização que não se confunde com a ação desenvolvida pelo autor, também contribui para o fato delituoso. Sendo assim, a participação[236] também é um meio de se praticar o crime[237].

A problemática que envolve a cumplicidade por meio de ações cotidianas se encontra nesse ambiente: há responsabilidade penal por cumplicidade quando o exercício profissional da contabilidade contribui para a lavagem de capitas? A partir dos elementos constitutivos da participação no delito, inicia-se a investigação na busca de uma fórmula para solucionar casos limítrofes que evolvem a contribuição no injusto do autor por meio de uma atividade profissional.

O exercício profissional da atividade contábil caminha muito próximo a situações corriqueiras, análogas ao crime de lavagem de capitais, criando, assim, uma zona cinzenta de responsabilidade penal. A ideia de hipervigilância, em função da sociedade risco, tem exigido um esforço da dogmática penal para compatibilizar deveres ligados à prevenção da lavagem, exercício profissional e cumplicidade.

---

[235] AURÉLIO, **Mini dicionário da língua portuguesa**. 4ª ed. rev. e ampl. do mini dicionário Aurélio. 7ª impressão – Rio de Janeiro, 2002.

[236] La participación, em cualquier de sus grados o formas em que se manifeste es, em esencia, un modo de delinquir. No solo el que ejecuta la accíon típica es penalmente responsable de su conducta, sino también todos aqullos que de una forma u outra cooperan, contribuyen eficazmente a la producción de um resultado delictivo, no importando que esa contribución resida exclusivamente em un actuar físico, ya que también puede ser intelectual, psíquico o, como se ló há denominado "moral" (FIERRO, 2004, p.15-16).

[237] FIERRO, Julio Guillermo. **Teoría de la participación criminal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. p. 15-16.

3.2.1 O panorama da participação na legislação brasileira e o seu conteúdo

A participação criminal como forma diferenciada da autoria sempre foi uma tradição brasileira que, ao longo de sua história, sempre contemplou marcos diferenciadores de conduta realizada entre autor e partícipe. Conforme apresentado por Batista em seu trabalho monográfico denominado "Concurso de Agentes", desde a primeira legislação criminal brasileira, o Código Criminal do Império do Brasil já se realizava a diferenciação entre autor e partícipe.

O Código Criminal do Império do Brasil (1830)[238] distinguia a figura do autor em seu art. 4º, explicando que autor é o sujeito que "commetterem, constrangerem, ou mandarem alguem commetter crimes", sendo considerado autor aquele que realiza o fato pessoalmente, constrange ou determina que alguém cometa o crime. A participação era contemplada como cumplicidade, descrevendo as figuras dos cúmplices em duas fórmulas, no art. 5º, são todos os demais que diretamente contribuíssem para o cometimento do crime ou ainda, no art. 6º, disciplinava formas peculiares de cumplicidade, como a prática da receptação de coisas obtidas por meios criminosos (§1º) ou por meio de prestar asilo ou emprestar sua casa para a reunião de delinquentes, com pleno conhecimento de que cometem ou pretendem cometer crimes (§2º)[239].

Nesse sentido, já se afigurava à época marcos diferenciadores do comportamento em conjunto para a realização do crime, sendo contemplada na concepção de autor a autoria direta e mediata, bem como a instigação como forma de autoria. No tocante à participação, peculiar a previsão do art. 6º, tratando de uma participação em crime consumado, *ex post facto*, mas, em consonância ao entendimento da época, em que pese existirem críticas a esse respeito. Assim, "a receptação e o favorecimento estavam ainda subordinados à disciplina da participação criminal, e a doutrina mais refinada falava no "*delinqunete accessorio dopo il*

---

[238] O Código Criminal do Império do Brasil contemplava a diferenciação das condutass de autor e participação do seguinte modo: Art. 4º São criminosos, como autores, os que commetterem, constrangerem, ou mandarem alguem commetter crimes; Art. 5º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes; e no, Art. 6º Serão também considerados complices: 1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabe-lo em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram; e no, 2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem, ou pretendem commetter taes crimes.

[239] BATISTA, op. cit.

delitto"[240], ainda que classificasse e tratasse pelo só objetivo de demonstrar-lhe a inconsistência."

O Código Penal de 1890 da Republica dos Estados Unidos do Brasil[241], no Título II intitulado dos crimes e dos criminosos, preservava o sistema anterior de diferenciação do Código Criminal do Império, os agentes do crime seriam considerados autores e cúmplices (at. 17). Sendo autores aqueles que direta e pessoalmente realizam o fato (art. 18, §1º); quem instigar a realização do crime, contemplando também aspectos de autoria mediata através de determinação por coação (art. 18, §2º); é autor aquele que, durante a exceção do delito, prestar auxílio sem o qual o delito não se concretizaria, seria uma espécie de cúmplice necessário ou de coautoria (art. 18, §3º); e por fim, será autor aquele que executa diretamente o crime por outrem resolvido (art. 18, §4º)[242].

Outra forma de autoria era o mandato criminal (art.19) que responsabilizava como autor o mandante por qualquer outro delito que fosse meio ou consequência do pactuado, prevendo ainda a isenção de responsabilidade nos casos em que o mandante retirasse a tempo sua cooperação no crime (art. 20).

A participação era contemplada como cumplicidade, sendo assim considerado o sujeito que fornecesse instrução para execução ou a ele prestar auxílio, sem, é claro, ter resolvido ou provocado o crime (art. 21, §1º); os que prometiam ao autor auxílio para fugir, ocultar ou suprimir instrumentos e provas do crime (art. 21, §2º); os receptadores (art. 21, §3º) e encobridores (art. 21, §4º)[243].

---

[240] BATISTA, op. cit. p.5-6.

[241] O Código Penal de 1890 da Republica dos Estados Unidos do Brasil, no titulo II, dos crimes e dos criminosos disciplina a autoria e a participação do seguinte modo: Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices. Art. 18. São autores: § 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime; § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executal-o por meio de dadivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica; § 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido; § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido. Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguem a cometter crime, é responsavel como autor: § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou; § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar. Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime. Art. 21. Serão cumplices: § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução; § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios; § 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem; § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reunem.

[242] BATISTA, op. cit.

[243] Ibidem.

A cumplicidade, tanto no Código Criminal do Império quanto no Código Penal de 1890, punia a participação com a rubrica de cumplicidade, com a pena do crime tentado caso o delito fosse consumado ou com uma redução na pena do delito tentado, no caso de cumplicidade em crime apenas tentado[244].

O projeto de Código Penal de 1893 ainda mantinha a diferenciação entre a contribuição de autor e partícipe, perdendo força em face de posicionamentos doutrinários de unificação da autoria e participação que forma prevalecendo ao longo do tempo[245]. A partir do projeto de 1913, de Galiano Siqueira, a participação começa a ser compreendida a partir da teoria da equivalência dos antecedentes causais, inspirado nos Códigos norueguês de 1902, suíço e de precedente científico do congresso de Lintz da União Internacional de Direito Penal em 1895[246].

O projeto de 1927, de forte tendência unificadora, desenvolvido por Sá Pereira, estabeleceu que autor de crime não somente é aquele que executa, como também o que determina outrem a executa-lo ou por qualquer modo concorreu para que ele se executasse (art.46), especificando que, fixada a responsabilidade a pena deveria ser fixada de forma gradual considerando a temibilidade de cada interveniente, considerando os motivos, e a importância de cada participação (art.47). Posteriormente, em 1928, em uma segunda versão, no (art. 129, nº5) há a descrição em que será "responsável pelo crime, como se houvesse commetido, aquelle que determinou alguem a commettel-o, ou a execução do mesmo prestou assistência"[247].

O Código Penal de 1940, inspirado na legislação penal italiana de 1930, adotou definitivamente o sistema unitário de autor, deixado de existir a diferenciação entre o comportamento de autor e partícipe, fundamentado na teoria dos equivalentes causais, deixando de existir a distinção das contribuições para o crime[248]. Sendo assim, a codificação de 1940[249], estabeleceu como autor, sem fazer qualquer ressalva em relação à participação,

---

[244] Ibidem.

[245] BATISTA. op. cit.

[246] Ibidem.

[247] Ibidem.

[248] Ibidem.

[249] No título IV, intitulada de "Da coautoria", a matéria é tratada da seguinte forma: Pena da coautoria; Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. Circunstâncias incomunicáveis, Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Casos de impunibilidade, Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único).

quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estas cominadas (art.25), estabelecendo ainda nos dispositivos seguintes, a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal (art.26) e, por fim, explicava os caos de impunidade, quando o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio não sobrevêm à execução (art.27)[250].

Com a reforma de 1984 realizada no Código Penal brasileiro[251], houve uma pequena modificação no panorama do concurso de pessoas, sem apresentar uma regra clara diferenciadora, mantendo a teoria unitária com o conceito extensivo de autor[252]. Conforme esse entendimento, em face da reforma, "acresceu-se à regra básica parificadora, de fundo causal, uma referência à culpabilidade de cada concorrente"[253], com o acréscimo "na medida de sua culpabilidade" no dispositivo que defina a autor, aquele que de qualquer modo contribuiu para o resulta (art.29).

Nesse sentido, o legislador brasileiro delimitou a forma de aplicação de pena dos que integram a ação delitiva, estipulando que a participação de menor importância deve ter a pena diminuída de um sexto a um terço, como causa especial de diminuição de pena (art. 29, §1º), convertendo-se em uma minorante. Os casos em que um dos participantes da realização do fato desejasse participar de crime menos grave, foram disciplinados pelo legislador, em consonância com o princípio da culpabilidade, aplicando no caso a pena do crime menos grave (art.29, §2º) diferentemente da responsabilidade objetivo prevista no Código de 1940[254].

---

[250] Os elaboradores do Código – e, no particular, percebe-se o influxo doo apaixonada posição de Hungria – supunham repudiar, pela adoção do conceito indiferenciado de autor, "a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual, no sistema tradicional, o cúmplice acede à criminalidade do autor principal". Pretendia-se expurgar do direito brasileiro a acessoriedade da participação. Na mesma ordem de ideias, imaginava-se sem "utilidade a famosa teoria do *autor mediato*", e afugentava-se a "perplexidade" dos juízes convocados a deliberar sobre o caráter necessário da cumplicidade (BATISTA, 2005, p. 18). Alguns autores costumam mencionar o código norueguês de 1902 como fonte inspiradora da orientação adotada entre nós pelo legislador de 1940. Assim, Costa e Silva afirma que ''o exemplo veio do código norueguês e vai a pouco e pouco se alastrando"; Hungria proclama que "depois do exemplo do código norueguês (...) o critério da equiparação dos concorrentes ao crime tornou-se tendência do direito penal moderno". Não nos parece tão tranquila a influência apontada (BATISTA, 2005, p. 19 - 20).

[251] No título IV, agora intitulado de concurso de pessoas Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

[252] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS, op. cit.

[253] BATISTA, op. cit., p. 25.

[254] Ibidem.

Por fim, as mesmas regras do Código de 1940 foram mantidas na atual codificação brasileira, em face da incomunicabilidade de circunstâncias pessoais, salvo quando elementar do tipo (art. 30) e a regra de impunibilidade de atos preparatórios compartilhados, ou seja, nos casos em que o crime sequer foi tentado (art.31).

Exposta essa síntese a respeito do tratamento da participação pela legislação brasileira ao logo dos anos, em consonância com a teoria diferenciadora desenvolvia na teoria do domínio do fato, que parte de uma diferença ontológica nas contribuições para o fato realizado pelo autor e pelo partícipe, e ainda uma construção normativa dessa concepção, podemos compreender a participação a partir da realização da conduta típica do autor, aspecto que desenvolveremos agora.

A participação em regra constitui-se em um comportamento atípico, que somente ganha relevância penal quando estudado em função da conduta do autor na realização do tipo. Nesse sentido, a participação é um conceito residual ao da autoria (domina a ação, a vontade ou controla conjuntamente o fato), sendo partícipe aquele que colabora, mas não é autor.

De início, é necessário pontuar que a participação pressupõe, primeiramente: o fato do autor na forma tentada ou consumada; o fato do autor como conduta típica e antijurídica, bem como seu caráter doloso; o fato do autor é um ataque autônomo ao bem jurídico; e, por fim, o fato do autor é primário e a colaboração sempre um conceito secundário[255].

A colaboração do partícipe é meramente complementar, não possui controle sobre o fato, sendo ele mero coadjuvante que auxilia o autor, não possuindo poder para decidir absolutamente nada sobre o desenvolvimento do fato delituoso. O autor é o que controla o desenvolvimento da ação do início ao fim, sendo que, "o partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para o fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico"[256].

A participação[257], portanto, pressupõe colaboração (instigação ou cumplicidade) a fato alheio doloso, sendo que a colaboração do partícipe também é essencialmente dolosa. Nesse aspecto, "en caso de falta de dolo del "autor" el sujeto de trás que colabora dolosamente es normalmente autor mediato"[258], isso por que a participação em fato não

---

[255] ROXIN. op. cit.

[256] GRECO; LEITE; TEIXEIRA; ASSIS. op. cit., p. 24.

[257] La participación es el aporte, doloso que se hace al injusto doloso ajeno o, dicho más rigurosamente, la participación es el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno, consistente en un aporte al mismo, hecho en la fom de instigación o de complicidad. Dicho en forma negativa, puede decirse que el partícipe es quien es alcanzado por la pena sin ser autor (ZAFFARONI, 1999, p. 354).

[258] ROXIN. op. cit., p. 205.

desejado pelo autor o transforma em mero instrumento, fazendo do colaborador que atua com dolo autor do fato.

Imagine a seguinte situação apresentada pro Roxin, o sujeito que fornece veneno a uma esposa supondo erroneamente que esta queria a morte de seu marido, no entanto, a esposa ministra o veneno letal em seu marido, acreditando tratar-se de um medicamento[259].

Do mesmo modo, o elemento subjetivo que informa a ação do partícipe é o dolo, como a colaboração é dirigida ao foto típico alheio, o conhecimento do aporte dado ao autor pelo colaborador é essencial, pois, inexistindo, haveria a quebra do liame subjetivo necessário à vinculação dos comportamentos primário e secundário. A participação não possui conteúdo de injusto próprio, assume o conteúdo de injusto do fato principal, sendo acessório e, assim sendo, a participação imprudente é incompatível com o fato doloso do autor, "a participação requer vontade livre e consciente de cooperar na ação delituosa de outrem"[260].

A participação[261], por outro lado, dever atrelar-se a um fato desenvolvido pelo autor que represente um ataque autônomo ao bem jurídico tutelado, conforme as exigências dos princípios gerais da imputação, em que o resultado somente pode ser imputado em face da criação de um risco juridicamente proibido. Sendo assim, a colaboração é objetivamente (co)causante para o fato e subjetivamente dolosa, em que o partícipe adere ao risco proibido desencadeado pelo autor colaborando com o incremento desse risco, caracterizando-se como um ataque acessório ao bem jurídico protegido pelo tipo penal[262].

No direito penal alemão, a participação é conceituada do seguinte modo: "La particiación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoria em um hecho típicamente antijurídico cometido com dolo típico"[263]. Em que pese o comportamento do partícipe ser assessório ao comportamento do autor, mesmo se tratando de uma colaboração secundária, há que incrementar o risco proibido gerado pela ação do autor em desfavor do bem jurídico.

---

[259] Ibidem.

[260] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 16ª.ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 35.

[261] A participação é conduta essencialmente dolosa, e deve dirigir-se à interferência num delito também doloso. O dolo do partícipe (dolo de instigador ou dolo de cúmplice) compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso determinado em suas linhas gerais; será suficiente, contudo, um dolo eventual. Não é pensável uma participação culposa: tal via nos conduziria inevitavelmente a hipóteses de autoria colateral, como já visto (BATISTA, 2005, p. 158).

[262] ROXIN, op. cit.

[263] Ibidem. p. 204.

3.2.2 Fundamentação do Injusto da Participação

O ponto fundamental na participação é saber qual o fundamento do seu injusto. Tradicionalmente, utilizam-se as expressões "fundamento da pena" ou "fundamento do castigo" originadas da palavra alemã *"Stafgrund"*, no entanto, o mais correto seria qual o "fundamento do injusto", visto que o fundamento da pena na participação é exatamente o mesmo da autoria, seria a realização do tipo de injusto culpável. E essa necessidade decorre do conceito restrito de autor, segundo o qual somente o autor realiza a conduta nuclear dos tipos penais da parte especial, sendo a participação uma colaboração a fato desenvolvido pelo autor[264].

Em relação ao conteúdo do injusto da participação, o ponto fundamental reside em saber se é derivado do injusto do fato do autor ou se é independente e autônomo. Conforme apresentado até o presente momento, a participação implica dependência jurídica da conduta desenvolvida pelo partícipe em face da conduta do autor.

Nesse aspecto, uma diversidade de construções teóricas ao longo dos tempos se propôs a solucionar esse problema de conteúdo entre a autoria e a participação. Na atualidade, podem ser consideradas completamente abandonadas as denominadas Teorias da Corrupção (Teoria da Participação na Culpabilidade e Teoria da Desintegração Social)[265], pois compreendia que, na participação, existia uma lesão ao bem jurídico diferente do quanto promovido pelo autor.

Na atualidade, há uma variedade de teorias que pretendem solucionar essa questão do conteúdo do injusto da participação.

Inicialmente, a Teoria Pura da Causalidade, que sustenta o caráter completamente autônomo do injusto da participação, partindo da premissa de que o partícipe realiza um ataque autônomo e indireto ou mediato ao bem jurídico, não imputando ao partícipe o injusto

---

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

[265] Se trata de las denominadas "teorias de la corrupción", cuyas manifestciones principales fueron la teoria de *la participación em la culpabilidade* y la *toeoría de la sintegración social*. La primeira fue sostenida sobre todo por H. MAYER, quien aafirmaba que el fundamento de la pena del partícipe reside em que, por un lado, provoca el hecho delictivo secundário al autor (ló corrompe hasta conducirlo al delito), y, por outro, em que anuda su voluntad a la culpabilidade de autor (de ahí que autodenominara su teoria como *Willensvereinigungstheorie)*. La teoria de la desintegración social, es sostenida aún hoy por TRECHSEL, básicamente para el ámbiito de la inducción. Su particularidad reside en que halla el fundamento de la pena de la participación em el próprio ataque al autor: el inductor provoca la desintegración social en tanto coloca al autor em um conflicto com la sociedad que este resuelve com la ejecución del delito (ROBLES PLANAS, 2003, p. 120).

do autor, mas sim seu próprio ataque indireto[266]. Segundo expôs Roxin, a formulação mais radical dessa teoria é desenvolvida por Lüderssen, que renuncia por completo o princípio da acessoriedade[267].

Segundo essa versão teórica, a acessoriedade perde função em decorrência de que a punição do partícipe emana da causalidade de sua colaboração a lesão do bem jurídico, isso por que o bem jurídico também está protegido dos ataques indiretos do participe, "la participación es, según esta concepción, uma forma completamiente independiente de lesión de bienes jurídicos, cuya relación com el hecho principal del autor es de 'naturaleza puramente fáctica'"[268].

Nesse sentido, partindo da mesma base fundamentadora, Schmidhäuser explica que não é correto afirmar que somente o autor lesiona o bem jurídico tutelado e que o partícipe limita-se a participar dessa lesão promovida pelo autor, senão que o partícipe também produz uma lesão própria ao bem jurídico, aspecto que concordamos, o fato principal serve de pressuposto da punição do participe, admitindo assim certa acessoriedade[269].

Existem ainda novas tendências doutrinárias, a exemplo da Teoria do Injusto da Participação e da Teoria das Normas, desenvolvidas por Rudolphi, segundo a qual a distinção entre autoria e participação não se fundamenta no domínio sobre o fato, senão, em face das diversas normas de conduta que abrangem essas formas de intervenção, caracterizando a colaboração do partícipe pela quebra de uma norma dirigia a proibição de ajuda antinormativa[270].

Outra construção teórica bastante interessante em face do conteúdo do injusto do participe é a Teoria da Solidarização ao Injusto Alheio, desenvolvida por Schumann, parte do princípio de que a contribuição prestada pelo partícipe ao comportamento do autor adquire conteúdo de injusto em face da solidariedade ao ilícito do autor[271]. Essa teoria se fundamenta a partir do princípio da autorresponsabilidade, em que cada um é responsável por sua própria conduta, sendo que o partícipe não pode ser responsabilizado pela conduta do autor, surgindo sua responsabilidade a partir de seu comportamento solidário.

---

[266] ROBLES PLANAS, op. cit.

[267] ROXIN, 2008a. op. cit.

[268] Ibidem. p. 121.

[269] Ibidem.

[270] Ibidem.

[271] ROXIN, op. cit.

A teoria da participação desenvolvida por Günther Jakobs, teoria da participação no injusto em face do resultado, em que pese coincidir com as consequências das doutrinas dominantes, diverge em seu fundamento. Segundo a construção teórica desse doutrinador, reconhecendo a acessoriedade, o partícipe não realiza o fato como o autor, nem decide sobre este como faz o autor, em que pese integrar o acontecer típico, o fato não é seu, na medida em que o fato é do autor[272].

No entanto, embora o reconhecimento da acessoriedade, o partícipe também possui uma parte no fato, apesar de ser uma colaboração quantitativamente reduzida à realização do resultado típico, pode ser constatado que o partícipe ataca de forma própria o bem jurídico, não diretamente, mas através do autor[273].

Jakobos concebe a participação como uma contribuição repartida de trabalho em uma organização comum, em uma única obra que é o delito, sendo partícipe todo aquele que, sem dominar o fato, no âmbito de sua organização, contribui para a realização do fato sem ser autor, "bien porque su realización organizativa solo entraña una aportación atenuada al delito (le falta el dominio del hecho), bien sea porque le faltan requisitos de la autoría específico del delito[274].

Rechaçando todas as concepções que partem da independência ou autonomia do injusto da participação, Roxin reafirma que a participação deriva da causação da conduta do autor, de um injusto doloso alheio que se transfere ao partícipe[275]. "El injusto del hecho del partícipe consiste em que colabora em la infración de la norma del autor. El injusto del hecho del partícipe es por ello dependente em fundamento o causa y medida del injusto del hecho principal"[276].

---

[272] JAKOBS. op. cit.

[273] Esse desenvolvimento teórico parte do princípio da organização coletiva do delito, em que vários agentes contribuem para a realização do crime dentro do âmbito de organização de cada um. Esclarece do seguinte modo, Jakobs (1997, p. 718): Lós partícipes son *coautores* (§25.2 StGB); si su organización presenta grado sistintos, lós que contribuyen com menor importância se llaman partícipe, es decir, *inductores* (§26 StGB) o *cómplices* (§27 St GB), ló que desde luego em el Derecho vigente no siempre conduce a la atenuacion de la responsabilidade (no em el §26 StGB). De todos modos, em este grupo lós actos de organización de distintas personas se unen em *un* hecho: Los que toman parte responden del mismo modo, si bien posiblemente por distintas "cuotas". Ello conduce a uma dependência recíproca (accesoriedad) de las fases del hecho ya realizadas y de las aún por realizar, tanto desde el punto de vista cunatitativo (el hecho único se prepara, intenta y consuma como cualitativo (todos lós que toman parte son responsables por el injusto total).

[274] JAKOBS, op. cit. p.718.

[275] ROXIN, 2008a, op. cit.

[276] JESCHECK. op. cit. p. 691.

A contribuição do partícipe é secundária e não se confunde com a contribuição do autor, existindo obrigatoriamente uma diferenciação entre o partícipe e autor, assim, o princípio da acessoriedade implica uma dependência entre pessoas, valores, fatos ou situações. A afirmação de que a participação é sempre acessória, revela, na verdade, que o fato realizado pelo partícipe depende da existência do fato do autor, pois a ação desenvolvida pelo partícipe visa intervir contribuindo em um fato alheio[277].

A acessoriedade da participação é fruto do debate da diferenciação entre autoria e participação, remanescendo a esse debate se a acessoriedade seria algo que integrasse a própria natureza da participação ou simplesmente é uma opção de cunho puramente legislativo. Nesse aspecto, como já demonstrado, Roxin[278] compreende uma diferença ontológica entre o comportamento desenvolvido pelo partícipe e autor[279]. Sobre esse aspecto, Jescheck tece alguns apontamentos[280].

A distinção entre autoria e participação precede a atividade legislativa, visto que a diferenciação está na natureza das coisas, é a essência da participação, pois quem participa participa de algo, e, no caso, trata-se da participação ao fato típico de quem tem o protagonismo e o efetivo controle central do acontecer típico: o autor[281].

A acessoriedade da participação fica bem evidenciada na legislação brasileira, que somente pune a colaboração quando o fato do autor for ao menos tentado (art. 31), servindo para confirmar o caráter acessório da participação, assim, "falar da natureza acessória da participação seria mais ou menos o mesmo que falar da natural acessoriedade da participação"[282].

O princípio da acessoriedade amplamente aceito pela doutrina e pela própria legislação vigente, que permite compreender a participação como causação mediata, produzida através do autor o resultado típico, é claro: sem possuir o domínio sobre o fato, não pode ser substituído pelas doutrinas da independência ou autonomia do injusto do sujeito.

---

[277] BAEJA DE QUIROGA, Jacobo Lópes. **Autoría e participación**. Madrid: Akal, 1996.

[278] ROXIN, 2016. op. cit.

[279] JESCHECK, op. cit. p.691.

[280] La división de las formas de manifestarse la intervención em uma acción punibli no es uma matéria que pertenzaca a la ibertad del legislador o a la discrecionalidade judicial. Está determinada más bien por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica se es que la aolicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción (JESCHECK, 2002, p. 693).

[281] Se a lei não distingue entre autor e partícipe (em sentido estrito), considerando coautores todos quanto concorrem para a ação delituosa, tal distinção, no entanto, está na natureza das coisas e não pode ser desconhecida pela doutrina, pois dela resultam consequências jurídicas. (FRAGOSO, 2003, p. 312).

[282] BATISTA, op. cit. p.163.

Pois pontua de modo vibrante Roxin: "¡ no hay participación sin causación accesoria del resultado típico de tentativa o consumación!"[283].

Aspecto importantíssimo é levantado por Claus Roxin, no tocante à colaboração do partícipe como forma de ataque ao bem jurídico violado pela ação do autor, considerando a acessoriedade da colaboração, mas compreendendo também dentro dos critérios de imputação penal ser uma forma, mesmo que residual, de um ataque ao bem jurídico penal tutelado, pois não é aceitável a mera causalidade física no aporte a conduta do autor. Nesse sentido, a causação acessória é uma condição necessária para a participação, no entanto, não é o suficiente para legitimar a imputação do partícipe, porque ignora que a causalidade acessória deve representar um ataque autônomo do participante ao direito legal[284].

A participação em decorrência do conceito restritivo de autor passa a integrar a tipicidade em razão de uma extensão em face da acessoriedade, no entanto, esta por si só não é suficiente para justificar tal imputação, o que representaria uma flagrante violação do princípio da legalidade. Assim, deve existir na colaboração desenvolvida pelo partícipe conteúdo minimamente próprio que incremente a conduta do autor, adicionando lesividade ao bem jurídico atacado pelo autor, de modo que esse ataque também possa ser um pouco seu.

Uma participação somente pode ser punível se representar a criação de um risco proibido de lesão ao bem jurídico, mesmo que seja um incremento ao risco desenvolvido por um terceiro. Mesmo sendo um envolvimento na ação do autor, há de se reconhecer no comportando do partícipe um ataque próprio, estrito, em que pese ser considerado como acessória.

Assim, o comportamento do partícipe, analisado isoladamente da conduta do autor, necessariamente precisa ter um conteúdo minimamente de injusto, revelar certa autonomia, permitindo assim justificar sua atração para o âmbito de proteção do tipo, e justificar, portanto, sua punição. As relações profissionais do mundo globalizado podem servir de instrumental para viabilizar condutas ilícitas, a exemplo da lavagem de capitais, daí, a necessidade de a colaboração representar autonomamente uma forma lesão, possuir conteúdo próprio de injusto. A esse aspecto, Roxin expõe algumas considerações[285].

---

[283] ROXIN, op. cit. p. 214.

[284] ROXIN, op. cit.

[285] La insistência em lós elementos autônomos del ilícito o injusto de la participación no es sin embargo solo um problema de fundamentación. Ignorar la necessidade de um ataque autónomo al bien jurídico há dado lugar a múltiples ampliaciones excesivas de la punibilidad de la participacion; entre otras, em la participacion necesaria (nm.41 ss.) en la ignorância del carácter no acessório de las intenciones o propósitos o ânimos referidos al bien jurídico (nm. 161 ss.), em la afirmación de la existencia de indución de cometer el hecho (nm. 75 ss) y en la

Esse é um aspecto importantíssimo, serve de contenção da responsabilização penal, pois se não controlado pode esvaziar o próprio conceito restritivo de autor, agigantando a responsabilização penal através da participação, ocasionando insegurança jurídica nas relações profissionais em ambientes de risco. O fundamento da punibilidade na participação, se não bem delimitado, permitem um sobre criminalização indireta, "seria assim, um forma modal de tipo a princípio aberto, que, dada a situação de demasiada abertura, pode, transformar-se em um não tipo"[286].

Portanto, a compreensão de que a colaboração do participe é puramente dependente e acessória pode gerar complicações, violação à própria legalidade, sendo necessária uma interpretação restritiva da colaboração, uma compreensão mista que dentro da acessoriedade, permita uma faceta independente do comportamento do partícipe, um ataque também seu ao bem jurídico[287].

Por outro lado, sobre essa relação de acessoriedade entre o comportamento do partícipe ao comportamento do autor, cumpre refletir sobre o nível de exigência que se deve fazer sobre o comportamento do autor para que a responsabilização penal atinja o partícipe. A acessoriedade admite graus diferenciados, que representam níveis possíveis de dependência do comportamento realizado pelo partícipe ao do autor.

O grau de acessoriedade da participação[288] foi introduzido pela primeira vez no Direito positivo por Max Ernest Mayer, apresentado quatro graus de acessoriedade da participação: acessoriedade mínima - para que ocorra a punição do partícipe bastaria à

---

desatención del problema de la acciones "neutras o neutrales" en el marcode la coperación o complicidad (nm. 218 ss) (ROXIN, 2008, p. 215).

[286] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial:** A omissão do empresário como crime. Coleção Ciências Criminais Contemporâneas, v. 5, Belo Horizonte: D'Placido, 2016. p. 56.

[287] Así, el reconocimento de que solo cabe plantear uma participación punible si el bien jurídico lesionado por el autor está protegido tambíen frente al partícipe (cfr. nm. 8) fue puesto de relive por primera vez de forma precisa por *Lüderssen*, y *Schumann* (cfr. Nm. 23) favoreció sustancialmente la conveniente interpretación resctrictiva de inducción y cooperación o complicidad. Tampoco la op. dom se cierra hoy ya del todo a reconecer que el ilícito o injusto de la participación es **parcialmente** Independiente o autônomo. Así, cabe esperar que la "teoria de la causación accesoria" se convierta paulatinamente em uma concepción que vea el fundamento del castigo de la participación em el "atque al bien jurídico mediante causación accesoria" (ROXIN, 2015).

[288]A respeito dos graus de acessorieadade da participação, pondera Quiroga (1996, p.63): De entre todas estas posibilidades es preciso elegir la adecuada. La doctrina, dominante, com toda razón, se inclina por la acessoriedad limitada. La razón se encuentra em que la acessoriedad mínima no pued mantenerse, por cuanto, um hecho típico puede nos ser antijurpidico produce como efecto la exclusión de la responsabilidad penal e civil no solo del autor, sino también del partícipe; la accesoriedad extrema, exige um hecho típico, antijurídico y culpable y, como es sabido, la culpabilidad es individual (superadas las teorias basadas em la participación em la culpabilidad) y corresponde a cada persona. Asípues, únicamente es posible admitir la accesoriedad limitada, por ló que basta com que el hecho del autor sea típico y antijurídico. De ahí se deduce que es punible la participación em um hecho típico y antijurídico realizado por um autor no culpable.

existência da tipicidade; acessoriedade limitada - diferentemente exigia para a punição do partícipe que a conduta do autor fosse típica e antijurídica; acessoriedade máxima ou extremada - além do tipo de injusto, exigia também a culpabilidade do autor; e por último, a hiper-acessoriedade - para que haja a punição do partícipe, necessário é que o fato do autor seja típico, antijurídico, culpável e punível[289]. No Brasil, há clara prevalência pela teoria da acessoriedade limitada conforme entendimento de Nilo Batista.

Nesse sentido, a legislação brasileira, no tratamento do concurso de pessoas, emprega reiteradamente o termo crime (art. 29, §2ª, 30, 31e 62, todos do CP), sendo que, para essa legislação penal, crime é tão somente uma conduta típica e antijurídica[290]. Divergindo desse posicionamento, quanto ao Código Penal brasileiro, articula Ramos que "não adota a teoria da acessoriedade em nenhuma de suas formas" [291]. A expressão "na mediada de sua culpabilidade" não significa que a teoria da acessoriedade limitada foi adotada, posicionamento este com que concordamos, uma vez que a legislação brasileira adotou o conceito unitário de autor, não fazendo diferenciação entre a autoria e a participação.

No entanto, não concordamos com o posicionamento da autora, que entende que a acessoriedade em grau máximo deve prevalecer, visto que a culpabilidade é um elemento do crime de cunho pessoal, bem como desvinculado do comportamento exteriorizado.

3.2.3 As formas de participação

A participação no fato doloso do autor ocorre de duas maneiras distintas: por meio da instigação do fato ou por meio da cumplicidade no fato; essa é a concepção doutrinária dominante, em uma visão bipartida da participação.

Nelson Hungria[292], no entanto, classificava a participação em dois grupos: a participação psíquica, denominada de moral ou intelectual, desenvolvida através da participação moral por determinação (ou induzimento) ou da participação moral por instigação; e, a participação material, desenvolvida por meio do auxílio. Nesta concepção,

---

[289] BATISTA, op. cit.

[290] Ibidem.

[291] RAMOS, op. cit. p. 64.

[292] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, vol. IX**. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

existiam três formas de participação: por determinação, por instigação e através do auxílio, posicionamento também adotado por Beatriz Vargas Ramos[293].

Assim, a participação desenvolve especificamente em dois planos: por instigação - mediante a provocação do dolo do injusto do autor, em que a determinação descrita por Hungria integra como espécie -, sendo, portanto, moral/intelectual/psíquica; e, no plano material, através do auxílio denominado pela doutrina majoritária de cumplicidade - denominação adotada neste trabalho, e que será detalhadamente analisado em capítulo próprio.

A instigação é a provocação ou incitação dolosa que incute ou fortalece em um terceiro o desejo ou a coragem para a realização de uma ação criminosa, é "a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso"[294], assemelhando a autoria mediata, exceto pela falta de domínio do fato, bem como a indução é dirigida à pessoa autorresponsável e com liberdade para agir.

Os autores que viam na instigação duas formas distintas, a exemplo de Nelson Hungria, que diferenciava a determinação da instigação, explicavam basicamente o seguinte: a instigação é o ato de fomentar determinado propósito preexistente do autor, o partícipe aqui contribui fortalecendo, encorajando o desejo delitivo do autor. A determinação ou induzimento seria aquele em que o partícipe incute a ideia criminosa, gerando no autor o interesse pela ação criminosa.

No entanto, não há na instigação uma necessidade de diferenciação entre instigação e determinação, ou de outras formas distintas, como fez alguns autores como Aníbal Bruno e Carrara[295]. A Instigação é, por assim dizer, o meio volitivo de contribuir para a ação delitiva do autor, convencendo e gerando o desejo ou até mesmo fortalecendo um interesse já existente, sendo desnecessário delimitar meios diversificados de instigação[296].

---

[293] MACHADO. Op. Cit.

[294] BATISTA. Op. Cit. p. 181.

[295] Além da diferenciação desenvolvida por Neslson Hungira e Beatriz Vargas Ramos entre a determinação e instigação. Anibal Bruno falava em mandado, comando, conselho e ameaça, em que pese explicar, tratar-se de um quadro ilustrativo, que não teria força de limitação (BRUNO, 1959). Carrara (2000, p. 208) distinguia do seguinte modo: "Al parecer, este concepto se oferece como caso único, mas no es así ciertamente. Contiene cinco fases que, pertenecientestodas a la misma família, son, sin embargo, muy diversas: el *mandante*, el que *obliga*, el que *ordena*, el *consejero* y el *sacio*. Notas características de las más señaladas distinguen estas cinco figuras, pues el *mandato*, la *accion*, la *orden*, el *consejo* y la *sociedad* son entes jurídicos sustancialmente distintos.

[296] "é indiferente como o instigador alcança seu objetivo. Meios de instigação pode ser todas as possibilidades de influência volitiva: persuasão, dádivas, promessas de recompensa, provocação de um erro de motivos, abuso de uma relação de subordinação, ameaças etc." (WESSEL, 1976, p. 127).

A instigação com ameaça, via coação irresistível, fazendo com que o terceiro pratique o fato em decorrência dessa ameaça, o caso não será de participação, mas de autoria mediata por domínio da vontade, em que o coagido atua como mero instrumento, sem liberdade. Quanto às denominações desenvolvidas em torno da participação, Batista traça algumas exposições[297].

O partícipe colabora com a ação delitiva através de ação dolosa de instigar, contribui criando ou incentivando o desejo delitivo do autor[298], "se os meios empregados pelo instigador representam um eficaz processo de convencimento no sentido de criar (determinação) ou reforçar (instigação propriamente dita) a resolução do autor direito"[299].

A instigação necessita que o fato realizado pelo autor tenha sido originado do comportamento do partícipe que o incutiu a ideia delitiva, criando-a ou fortaleceu uma já existente no autor, sendo "la decisión o resolución concreta de realizar el hecho depende de la conducta del inuctor"[300]. Sendo assim, "não se reconhecerá a instigação quando o instigado já esteja previamente resolvido à realização do delito (*omnímodo facturus*): essa conclusão tem larga aceitação"[301], bem como nos casos em que o partícipe promove a instigação sem ter conhecimento de que o autor já se encontra decidido a realizar o fato.

Nesses casos, constitui, assim, uma tentativa de instigação impunível, mas que pode ser, como na Alemanha, em função do §30 I[302], ser punido quando se tratar de crimes graves ou ainda ser compreendido como cumplicidade psíquica[303]. Ademais, caso o autor, após ser

---

[297] A denominação instigação abrange a determinação e a instigação propriamente dita. Por determinação se compreende a conduta que faz no autor direto a resolução que o conduz à execução; por instigação propriamente dita se compreende a conduta que faz reforça e desenvolver no autor direto uma resolução ainda não concretizada, mas preexistente. O Código Penal estabelece em mais de uma passagem a distinção (art. 31; art. 62, inc. III) (BATISTA, 2005, p. 182).

[298] BATISTA, op. cit. p.183.

[299] A esse respeito, desenvolve com precisão a merecer sua transcrição, Roxin (2008, p. 228):El inductor há de "determinar" al autor al hecho. Esto significa em promer lugar que há de ser causal respecto de la resolucón del autor al hecho, a cuyos efectos, igual que sucede em gerl wn la causación del autor al hecho, a culidad. Por tanto no es possible uma inducción si el incitado ya está decidido por si mismo a realizar el hecho, o sea, se es um "omnímodo facturus". Si alguien provoca a outro a cometer el hecho sin saber que éste ya está decidido a cometerlo, solo concurrirá uma inducción intentada, que es punible so se Dan lós presupuestosdel §30 I (o sea, solo em caso de delito grave); y además puede plantearse una complicidaded o cooperación psíquica (nm. 197ss.) si la incitación refuerza la motivación del autor.

[300] ROXIN, op. cit. p. 228-9.

[301] BATISTA, op. cit. p. 184.

[302] § 30. Tentativa de participação, (1) Qualquer pessoa que tente determinar outro para cometer ou instigar um crime deve ser punida de acordo com preceito sobre tentativa de crime. No entanto, a penalidade deve ser reduzida de acordo com o § 49, subseção 1. §23 a subseção 3 rege o que é pertinente.

[303] ROXIN, op. cit.

instigado pelo partícipe, ainda não estiver totalmente convertido pela ideia criminosa, é possível nova instigação, sendo viável falar em instigação sucessiva[304].

A instigação é meio de participação direta, destinada a um indivíduo e a um fato, realizado dolosamente em que o partícipe tenha plena consciência e desejo de instigar o autor, "referida y concretada a uma persona determinada y com la finalidade de dicidirla a realizar um delito preciso, por ló que la inducción debe presentarse de forma clara e inequívoca"[305]. O partícipe somente pode induzir se for com dolo, é necessário que este atue com consciência e vontade, conhecendo e querendo as circunstâncias de que está induzindo a realização de um fato delitivo[306].

O dolo na instigação possui duas vertentes indissociáveis, defendidas por alguns doutrinadores como dolo duplo, mas que, na verdade, constitui um único dolo. Inicialmente, o dolo dirige-se a convencer o autor ao cometimento do ato, criando em seu âmago o desejo e a decisão de realizar o injusto; por outro lado, o dolo também é dirigido à realização do injusto doloso do autor, provocando o resultado típico[307] (de lesão ou de perigo)[308].

A participação por instigação requer o dolo em sua completude (desde incutir ou fortalecer a ideia delitiva no autor, como a realização do fato delitivo), sendo, no entanto, desnecessária a demonstração dupla, visto que se manifesta na própria ação de indução. O "duplo dolo é, a rigor, uma peculiaridade do direito positivo alemão, defendida, é verdade, pelos finalistas, mas objeto de fundadas críticas por vários setores da doutrina"[309], sendo, assim, desnecessário o "duplo dolo" para a configuração da participação.

O partícipe responde na medida de seu dolo, na medida em que sua intenção e o evento principal do autor coincidem. Nesse sentido, o excesso cometido pelo autor não será atribuído ao instigador, quando o fato instigado diferir do fato realizado pelo autor, a exemplo

---

[304] BATISTA, op. cit.

[305] BARJA DE QUIROGA, op. cit. p. 129

[306] RIVERO. Maria Del Carmen Gómez. **La inducción a cometer el delit.** Valencia: Triton Lo Blanch, 1995.

[307] ROXIN, op. cit.

[308] A indução para ser configurada há a necessidade de o intitulado "duplo dolo", conforme desenvolve Jescheck (2002, p. 741): El dolo del inductor debe, por uma parte, estar dirigido a la producion de la resolución de cometer el hecho y, por outra parte, a la ejecución del hecho principal porparte del autor, incluyendo lós elementos sujetivos del tipo y la realizacion del resultado típico (*doble dolo*). Um erro de tipo em el inductor hacer desaparecer el dolo de inducir, mientras que, por el contrario, unerro de prohibición o um error em el tipo permissivo [...] únicamente afecta a la culpabilidade del inductor.

[309] GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: A imputação Objetiva na participação. Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 8.

da indução ao furto, mas ocorre um estupro durante a realização do fato instigado[310]. Nesse sentido, o art. 29, §2º do CP brasileiro disciplina que se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave[311].

3.3 A ESTRUTURA DA CUMPLICIDADE

Conforme apresentado até o presente momento, a participação é uma forma complementar da ação principal desenvolvida pelo autor, que é realizada sob a fórmula da instigação ou do auxílio, este último compreendido com colaboração material ou psíquica no fato principal, que será tratado aqui com a denominação de cumplicidade, conforme pensamento mais moderno e majoritário da doutrina.

A cumplicidade ganha cores especiais na atual conjuntura desenvolvida pela criminalidade econômica organizada, no desenvolvimento da lavagem de capitais com a difícil simbiose existente entre as atividades ilícitas e as atividades lícitas, devidamente fomentadas pelo Direito. No contexto da lavagem de capitais, será analisada a punibilidade da atividade do profissional de contabilidade que no exercício de sua atividade venha a colaborar para o ato, auxiliando um terceiro na realização lavagem de capitais, determinando se há cumplicidade.

Sendo assim, o enfoque centraliza-se no entorno da prestação de serviços contábeis cotidianos, como uma espécie de ações neutras enquanto ação de cumplicidade ao fato principal da lavagem de capitais.

3.3.1 Conceito de cumplicidade

A Cumplicidade é descria pela legislação alemã no §27 I, como uma prestação dolosa de ajuda a um fato tipicamente antijurídico e doloso, cuja conceituação central é a

[310] JESCHECK, op. cit.

[311] BRASIL,1940. op. cit.

prestação de ajuda, descrevendo o seguinte: "é punido como cúmplice quem prestou dolosamente ajuda ao fato antijurídico doloso cometido por outrem"[312]. Diferentemente da legislação alemã, não existe na legislação penal brasileira dispositivo específico para definir a cumplicidade, prevendo tão somente nos art. 31 e 122[313] do nosso Código Penal o auxílio como forma de contribuição ao fato principal, interpretado pela doutrina brasileira como cumplicidade ao fato do autor.

A cumplicidade é, portanto, "una acción de aumentar el riesgo, causal para el resultado típico y jurídicamente desaprobada"[314], sendo assim, essa ação corresponde ao comportamento do partícipe que, por meio de um auxílio material ou psíquico, incrementa o risco proibido desenvolvido pelo autor no injusto penal.

O legislador brasileiro, como afirmado, utiliza a terminologia auxílio, sendo que possui exatamente o mesmo significado da cumplicidade, termo este que será utilizado aqui em função de sua adoção majoritária na doutrina e por representar uma tradição em nosso direito. Assim, a cumplicidade se realiza através do aporte que o cúmplice dá ao fato principal dominado pelo autor, "implica uma colaboración que se concreta en uma prestacion de ayuda que facilira o favorece a que el autor principal realice el echo"[315].

A cumplicidade é o auxílio, a contribuição realizada pelo partícipe, para que um terceiro, o autor, realize o fato delitivo, podendo se apresentar como cumplicidade material ou cumplicidade psíquica[316]. Fazendo um contraponto, há quem[317] rejeita a cumplicidade psíquica, afirmando que a "cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso"[318]; enquanto há outros doutrinadores que admitem a cumplicidade psíquica[319].

---

[312] ALEMANHA, 1871.

[313] Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o **auxílio**, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe **auxílio** para que o faça (BRASIL, 1940). [grifo nosso].

[314] ROXIN, op. cit. p. 275.

[315] BARJA DE QUIROGA, op. cit. p. 147.

[316] GRECO, op. cit.

[317] BATISTA, op. cit. p.186.

[318] [...] não consideramos admissível perante nosso direito que o "conselho", as "instruções" possam configurar a chamada cumplicidade psíquica. A par dos argumentos já expendidos (cf, supra nota nº 481), verifique-se que no art. 31 CP o legislador se refere a "ajuste" (de coautores), "determinação e instigação" e "auxílio", *tout court*. A conotação material do termo eleito é evidente. Assim, qualquer contribuição de natureza puramente psíquica deve ser considerada como instigação, e de fato o é (BATISTA, 2005, p. 186).

[319] La cumplicidad psíquica puede tener lugar, em especial, mediante el fortalecimiento de la voluntad de actuar del autor principal. Tal forma de complicidad cabrá, entre otros casos, cuando el autor daje de utilizar um instumento proporcionado por el cómplice, pero se siente fortalecido por la cooperación psíquica de este.

Nesse aspecto, alerta-se que a cumplicidade psíquica exige especial cuidado em sua análise, pois não há, inicialmente falando, nenhuma problemática na compreensão da colaboração psíquica através de um assessoramento técnico, em que o autor obtém conselhos que facilitam a realização do fato[320]. No entanto, problemáticas são as situações em que somente existe um fortalecimento da vontade de realização do fato já existente no autor, o que descaracterizará a cumplicidade, apresentando-se como indução.

Sendo assim, discordando do posicionamento apresentado por Jescheck[321], no primeiro parágrafo acima transcrito, quando há um encorajamento moral, psicológico do fato já pensado pelo autor, mas não realizado por falta de coragem, existindo aí uma forma de instigação, conforme explicitado anteriormente quando tratada da instigação.

A cumplicidade psíquica é considerada possível, mas que o problema reside na demonstração da causalidade e nos pressupostos que consistem apenas em um "reforço da resolução ao fato"[322], muitas vezes, aceita pela jurisprudência alemã como forma de cumplicidade psíquica. Nessas situações, afigura-se um abandono da causalidade na demonstração da colaboração e o resultado decorrente da ação do autor, além do que grande parte da doutrina rejeita esse tipo de cumplicidade, visto que se aproxima muito da instigação.

A cumplicidade psíquica exige muito mais do que uma colaboração moral que impulsione o autor à realização de sua conduta delitiva, diferentemente do quanto aceito pela jurisprudência alemã, transformando casos de instigação sucessiva em cumplicidade. A cumplicidade psíquica, portanto, é a prestação de um aconselhamento que incremente o risco proibido da ação, que permita ao autor incrementar sua ação, ganhando mais eficiência.

Nesse sentido, caracterizada pela explicação de como operar uma máquina que será utilizada em furto, ou a prestação de informações importantes de como ingressar em um banco ou até mesmo as informações da rotina e dos procedimentos de uma empresa de transporte de valores, auxiliando o autor em um furto ou roubo. Assim, "está fuera de duda la posibilidad de complicidad (psíquica) por consejo técnico, como datos sobre los usos y

---

Ejemplo: El amigo da al autor um instrumento para robar "por si acaso", que este, sin embargo, no necessita porque se encuentra la puerta sin cerra [...] La amante promete al uxoricida contener matrimonio em el caso de que dé muerte a su mujer [...] La promesa previamente formulada de vender tras la comisión del hecho las letras sustraídas, origina complicidade com el hurto [...]. Uma vendedora fortalece la resolución criminal de um compañero que interviene em um hurto nocturno em um almacén, si le ofrece uma coartada mediante la utilización de su billete de travía [...]" (JESCHECK, 2002, p. 699).

[320] ROXIN. Op. Cit.

[321] JESCHECK. Op. Cit.

[322] Ibidem.

costmes de la víctima, instrucción sobre la utilización adecuada de instrumentos, referencias sobre dispositivos de seguridad, etc."[323].

A cumplicidade, portanto, pode ser realizada de duas formas distintas: através do auxílio material em que o partícipe fornece ao autor os instrumentos necessários para a realização do plano, como a entrega de uma arma de fogo, emprestar uma conta bancária para movimentar dinheiro ilícito; e o auxílio psicológico, a prestação de uma consultoria com o aconselhamento para a criação de empresa em nome de terceiros para facilitar a sonegação de impostos ou fraudar contratos e movimentação de dinheiro ilícito para ser ocultado[324].

A cumplicidade, seja ela material ou psíquica, é uma colaboração dolosa dirigida a um terceiro que domina o fato, que terá no auxílio os instrumentos ou as instruções fornecidas pelo partícipe como um aporte que colabora em sua ação criminosa[325]. Assim, igualmente a instigação, a cumplicidade também pressupõe um fato principal, determinado e direcionado a auxiliar pessoa específica, e necessariamente dolosa, não sendo possível a colaboração a fato alheio culposo, nem colaboração culposa a fato alheio doloso[326]. Em face do aspecto doloso da conduta do cúmplice é valido analisar algumas explicitações de alguns doutrinadores[327].

Por fim, a cumplicidade pode ser realizada por qualquer meio idôneo, tanto do ponto de vista material quanto psíquico, a depender exclusivamente da necessidade do autor e desde que, seja hábil em incrementar o risco proibido da ação delitiva. Portanto, "siempre que se emplee um médio que suponga uma colaboración com el autor princiapl prestándole ayuda para la realización del hecho, nos encontraremos ante um supuesto de complicidade"[328].

---

[323] STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal:** parte general I, El hechopunible. 4.ed. Alemana/ 1. Ed. E 1. Reimpresión Argentina. Trad. Manuel Cancio Melía y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 428.

[324] GRECO, op. Cit.

[325] Ibidem.

[326] MACHADO, op. cit.

[327] Ainda assim, para evitar de imiscuir-me em outros temas altamente controvertidos que não são objeto deste trabalho (a saber, a possibilidade de participação em fato não dolos e a possibilidade de participação culposa), partirei, como a doutrina dominante, de que, em princípio, se o autor principal agir sem dolo, aquele que auxilia será autor, ou mediato, se auxiliar dolosamente, ou imediato, se com culpa; e se o auxílio for prestado sem dolo, quem auxilia será diretamente punível como autor (colateral), não mais como cúmplice. Ou seja, apesar de não exigir em tese o dolo duplo para que haja punição por cumplicidade, pouco acabarei deferindo, na prática, daqueles que fizerem esta exigência (GRECO, 2004, p. 9).

[328] BARJA DE QUIROGA, op. cit. p. 148.

3.3.2 O conteúdo da cumplicidade

A cumplicidade, tradicionalmente, é compreendida a partir da causalidade do aporte que o cúmplice dá ao autor na realização do resultado, sendo considerado a partir do finalismo, como a causação no resultado no plano objetivo, e o dolo no comportamento do cúmplice no plano subjetivo, assim, "acreditou-se, por bastante tempo, que toda causação dolosa de um resultado seria típica"[329]. Nesse sentido, defendia Jescheck[330], que o auxílio prestado pelo partícipe e o resultado do injusto do autor bastariam à existência do nexo de causalidade, o cúmplice deve "prestar uma contribuición causal a la comissión del hecho principal; por tanto, em lós delitos, de resultado, también uma contribuición al resultado"[331].

Essa compreensão se esgotava na mera causalidade, na relação física existente entre o comportamento desenvolvido pelo cúmplice e sua ligação ao fato principal do autor na concretização do resultado, diferenciada apenas na tipicidade subjetiva, na existência ou não do dolo. Nesse caso, alguns comportamentos mesmo que desenvolvidos para a proteção do bem jurídico, guardavam ainda nexo de causalidade com o resultado, caracterizando a tipicidade do comportamento[332].

No entanto, a causalidade meramente física não é suficiente para concretização da tipicidade objetiva, sendo necessário também na cumplicidade, que o comportamento do partícipe tenha criado ou incrementado um risco juridicamente desaprovado. A tipicidade objetiva não se esgota na mera causalidade, é acrescida de considerações de caráter normativo, exigindo além da causalidade no resultado, que este também seja fruto de uma realização de um risco proibido, "quem não cria risco, quem não se comporta arriscadamente, ou quem cria um risco permitido, não realiza tipo algum"[333].

A cumplicidade, portanto, não é simplesmente o auxílio causal prestado ao injusto penal do autor, a imputação penal não mais admite a mera causalidade, a conduta, além de causal, deve ser complementada, ainda no tipo objetivo, por elementos normativos a demonstrar um comportamento de risco desaprovado que viole o bem jurídico protegido. Sendo assim, esta consideração "compõe a moderna teoria da imputação objetiva, para a qual

---

[329] GRECO, op. cit. p. 12.

[330] JESCHECK, op. cit.

[331] WELZEL, op. cit. p. 124.

[332] GRECO, op. cit.

[333] GRECO, op. cit. p. 12.

é pressuposto do tipo não só que o autor cause dolosamente um resultado, como também que este resultado seja uma realização do risco não-permitido criado pelo autor"[334]. Em face da participação por meio da cumplicidade, Greco tece algumas considerações[335].

A punibilidade na cumplicidade, conforme demonstrado ao longo desse capitulo é uma extensão da punibilidade em face do conceito restritivo da autoria – somente o autor realiza o tipo - permitindo, assim, punir um comportamento que não encontra perfeita subsunção da tipicidade. Nesse caso, a cumplicidade também deve ser submetida aos princípios gerais da imputação objetiva, "a ação do cúmplice deverá, além de causar o resultado (o injusto principal), criar um risco juridicamente desaprovado de que o resultado ocorra, risco esse que deve nele realizar-se"[336].

Assim, surge o critério da elevação dos riscos, sendo que, para a ocorrência da cumplicidade, é necessário que o auxílio represente um incremento ao risco de lesão ao bem juridicamente protegido, contribuindo esse auxílio prestado pelo partícipe no resultado do autor[337]. Nesse aspecto, Stratenwerth traz algumas explicações[338].

De modo a corroborar com esse entendimento, Batista[339] faz uma advertência "a cumplicidade não tem que ser necessariamente causal com respeito ao resultado"[340], fundamentado seu posicionamento nas doutrinas de Welsses que afirma que a punibilidade da

---

[334] Ibidem. p. 13.

[335] Da mesma forma, **no plano da *participação*, até a década de 90 considerava-se majoritariamente que a cumplicidade seria nada mais que causalidade, no plano objetivo, e dolo no subjetivo**. Como o que surgem problemas análogos ao do nosso médico: se o partícipe contribuir não de maneira a ajudar, e sim a atrapalhar a ação principal, ele terá, certamente, causado o resultado concreto. Em nosso exemplo 3, vimos uma hipótese em que o partícipe visa especificamente a tornar mais difícil a execução do fato principal: ao entregar ao autor uma chave imprestável, que este não consegue usar para abrir porta alguma. Está mais do que claro que este agente não pode ser punido por cumplicidade, afinal, ele nada ajudou. Por outro lado, igualmente indiscutível é que ele causou o resultado: afinal, o autor teve de abrir a porta alguns segundos depois, após tentar sem sucesso valer-se da chave. **Em razão disso, acabou-se logo por concluir que tampouco na cumplicidade a causação era suficiente para caracterizar o tipo objetivo. Era necessário algo mais** (GRECO, 2004, p. 13-4). [grifos nossos].

[336] Ibidem. p. 12.

[337] MACHADO, op. cit.

[338] Aumentado la chance de la accion que cumple el tipo producir el resiltado, que haya, p. ej., mediante um consejo técnico, que la haya acelerado por la entrega de instrumentos apropiados, que la haya dado seguridad haciendo de campana, etc. Si falta esta influencia al lafrón no es utilizada por éste, ello queda em mera tentativa de complicidad, que em si misma es impune (STRATENWERTH, 2008, p. 428).

[339] O que é de mister é verificar se a colaboração do cúmplice corresponde ou não a um *objetivo favorecimento* ao desempenho do autor direto. Assim, se *A* fornece a *B* uma chave falsa, sendo certo que *B* já possui outra apta a abrir a porta, não há cumplicidade de *A*, podendo subsistir instigação se a conduta de oferecer a chave ensejar tal apreciação. O decisivo não é o coeficiente causal da conduta de *A* com respeito ao resultado do delito, e sim se ela constituiu ou não num objetivo favorecimento (BATISTA, 2005, p. 186).

[340] BATISTA, op. cit. p. 186.

cumplicidade "não depende da relação causal pressuposta no setor da autoria"[341] e "la causalidad no pertence a la cumplicidad"[342].

A causalidade, no entanto, não pode ser totalmente descartada, afirma Roxin[343] que há causalidade na colaboração do cúmplice que venha a influenciar na realização do injusto do autor, em que pese não ser o suficiente para fundamentar sua imputação, é de certo modo também necessária. Portanto, existe causalidade a ensejar a responsabilidade do cúmplice "en concordancia con lós principios generales de la imputació objetiva una aportación causal al hecho solo puede ser una cooperación o cumplicidad cuando haya incrementado el risgo para la víctima y correlativamente la oportunidad de éxito para el autor"[344].

Portanto, a causalidade deve representar além de um auxílio efetivo ao resultado, manifestar-se também como uma forma do cúmplice quebrar a legalidade, criando ou incrementando um risco proibido próprio ao bem jurídico protegido, respeitando a fórmula de imputação penal. A aplicação do princípio do incremento do risco realizada pela cooperação do cúmplice deve ser o fundamento da punibilidade da participação, "pues solo quien mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el risco para la víctima, emprende un **ataque autónomo al bien jurídico**"[345].

Nesse sentido, é importante esclarecer que a contribuição do cúmplice dever ser causal, a que cria ou incrementa o risco proibido do autor e que, igualmente importante, tenha uma contribuição para facilitar a ação principal desenvolvida pelo autor, em que pese à acessoriedade da participação, deve existir sob a perspectiva do cúmplice um ataque autônomo ao bem jurídico.

O critério fundamentado da cumplicidade pelo incremento do risco proibido é organizado por Claus Roxin em quatro elementos. Sendo assim, a colaboração no sentido do §

---

[341] WESSEL, Johannes. **Direito penal:** parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976. p. 129.

[342] SAUER, Guillermo. **Derecho Penal:** parte geral, trad, Del Rose e Cerezo Mir. Barcelona, 1996. p. 170.

[343] Así, la conducta de quien cambia un arma u otro instrumento del autor, sin que éste lo note, por otro medio de cometer el hecho totalmente equivalente, es causal respecto del concreto modo y manera de provocación del resultado (con ese medio). Y tambien es causal la conducta de quien le da una llava falsa al ladrón, pero éste no la utiliza y de antemano no la quiere utilizar porque sabe que la puerta está abierta; pues de todas maneras el llevar consigo una llave falsa modifica el concreto modo y manera de la ejecución. **Sin embargo para un uso del lenguaje sin prejuicios resulta evidente que tales "aportaciones" no suponen la "prestación de ayuda" requerida por la ley, pues no le sirven parra nada al autor.** (ROXIN, 2008, p. 287) [grifo nosso].

[344] ROXIN, op. cit. p. 287.

[345] ROXIN, op. cit.

27 do código penal alemão[346] ocorre quando o sujeito com sua contribuição *possibilita, facilita, intensifica* ou *assegura* o fato do autor[347].

Nesse sentido, a cumplicidade deve servir ao autor na concretização do resultado, que pode ser apresentada por uma variedade de comportamentos[348], como a entrega de um instrumento sem o qual o autor não teria conseguido cometer o ato – possibilitando a realização do fato; o fornecimento de uma arma ou uma prestação de aconselhamento técnico, especialmente em temas de complexidade como a movimentação de ativos ilícitos sem deixar vestígios, facilitando a realização do fato; a contribuição, aconselhando para que o autor intensifique sua ação – intensificando a realização do fato; e, por fim, a colaboração para garantir o sucesso da ação principal – assegurando a realização do fato[349].

A cumplicidade é a colaboração que auxilia o autor dentro da causalidade e dos critérios de imputação objetiva. Claramente colocado por Roxin, o princípio da realização ou incremento do risco só é aplicado corretamente quando é implementada para além da causalidade.

3.3.3 A cumplicidade nos delitos da lavagem de capitais

A cumplicidade possui uma complexidade em torno do limite de sua punibilidade, exigindo critérios dogmáticos que determinam a partir de qual momento o auxílio ao injusto do autor ganha relevância penal. A lavagem de capitais é o ambiente que reclama esse critério dogmático de imputação na cumplicidade com mais vigor, vez que é marcada pela diversidade de comportamentos profissionais lícitos que, eventualmente, contribui para o processo de encobrimento da origem ilícita do capital.

A lavagem de capitais tem por ação nuclear a ocultação e a dissimulação do capital originado da atividade ilícita que, na forma de organização e desenvolvimento

---

[346] § 27. Complicidad (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico. (2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1 (ROXIN, 2008).

[347] Ibidem.

[348] Ibidem.

[349] Naturalmente, éstos son solo conceptos auxiliares ilustrativos; por tanto no toda conducta de cooperación tiene que coresponderse exactamente con una de esas cuarto características. Lo decisivo es siempre uma aportación aumenta las oportunidades e comisión del hecho, y por tanto le es provechosa al autor em la ejecución de su plan (ROXIN, 2008, p. 288).

socioeconômico atual, os agentes encobridores têm à sua disposição uma diversidade de atividades úteis ao processo de camuflagem. Nesse sentido, a cumplicidade vai do simples emprestar uma conta bancária para que um terceiro movimente dinheiro ilícito às escondidas ao aconselhamento técnico para a constituição de uma pessoa jurídica destinada ao propósito encobridor.

No entanto, em face da necessidade de proteção das relações profissionais lícitas, a cumplicidade na lavagem de capitais não pode ser qualquer aporte ou colaboração prestada ao autor no desenvolvimento da ação nuclear de ocultação ou dissimulação da origem do capital. Sendo assim, devem representar uma atuação de caráter ilícito também, como forma de criação ou incremento de um risco proibido dentro dos critérios de imputação objetiva, que foge da licitude fomentadora do exercício profissional.

A complexidade na cumplicidade nos delitos de lavagem reside em determinar quando o comportamento constitui a criação de um risco proibido a beneficiar a ação criminosa de ocultação. A cumplicidade não é constituída simplesmente da criação de um risco, que deve ser desaprovado, e a problemática reside no fato de que todo o desenvolvimento social da atualidade é contemplado pelo risco.

A prestação de serviços contábeis encontra-se estrategicamente no centro do risco da lavagem de capitais, visto que sua atividade instrumentaliza a circulação de capital. Os serviços contábeis, por natureza, servem à circulação do capital, servindo também, em caso de capital ilícito, à concretização do delito, exigindo, portanto, regras de imputação restrita, sob pena de inviabilizar a atividade profissional lícita da contabilidade.

Nesse aspecto, as regras de imputação objetiva desenvolvidas por Roxin são um excelente parâmetro para a avaliação do aporte prestado pelo partícipe nos delitos de lavagem de capitais, aspectos esses, que serão analisados com a profundidade no capítulo subsequente. Assim, serão pontuados todos os contornos normativos que envolvem a atividade profissional do contador, o que trará luz à avaliação de sua conduta como aporte ou não às ações delitivas na lavagem como manifestação de incremento do risco proibido para o bem jurídico tutelado.

Cabe nesse momento explicar que a cumplicidade na lavagem de captais é todo o comportamento periférico que viabiliza as ações nucleares de ocultação, dissimulação e integração do capital ilícito, ou seja, as condutas que não realizam o tipo penal de titularidade do autor.

O primeiro momento na realização do branqueamento do capital constitui o ato de ocultação, momento em que se busca o afastamento do capital ilícito do fato delituosa que o originou. Nessa fase, são variadas as formas de contribuição para o processo de ocultação,

como a utilização de contas bancárias de terceiros para depósito de pequenas quantias e movimentação do capital sem levantar suspeitas, burlando os mecanismos de rastreio instituídos pela legislação submetidos ao crivo do COAF, promovendo assim, ocultação do dinheiro.

A dissimulação, considerada o segundo momento da lavagem, busca defraudar a origem, é nesse momento em que se dá a aparência de licitude ao dinheiro ilícito, realizado em regra por meios fraudulentos, contratações fictícias, falsas prestações de serviços, consultorias inexistentes, a compra e a venda de imóveis com valores artificiais ou até mesmo com o superfaturamento ou compra de artigos de luxo com valores fictícios.

Enfim, as formas de colaboração ao fato principal têm uma infinidade de possibilidades, desde que o agente colaborador não realize as condutas nucleares do tipo com domínio do foto. No entanto, interessa a esse trabalho o exercício da contabilidade, sensível à lavagem de capitas e contemplado no art. 9º da Lei 9613/98, como um dos obrigados a colaborar com o sistema de prevenção à lavagem.

4 AÇÕES NEUTRAS SOB A ÓTICA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PENAL DO PROFISSIONAL DE CONTABILIDADE NO CONTEXTO DAS DIRETRIZES DE REPRESSÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS

4.1 O PROBLEMA DAS AÇÕES COTIDIANAS E A SUA NEUTRALIDADE ENQUANTO FORMA DE CUMPLICIDADE

A cumplicidade adquire cores especiais quando analisada sob a perspectiva do auxílio por meio de uma atividade profissional devidamente fomentada pelo direito, especialmente em relação ao crime de lavagem de capitais. A colaboração por meio de um serviço profissional lícito utilizado na engrenagem da dissimulação de ativos tem demandado um aprofundamento no estudo do conteúdo da punibilidade da cumplicidade, exigindo, assim, uma análise especial sobre as ações cotidianas ou neutras na construção do injusto.

Nesse sentido construímos um caso hipotético, demonstrado uma associação de pessoas que contribuem para a realização de um ato de lavagem de capitais, podendo ser observados os diversos modos de contribuição para o fato típico da lavagem.

Imaginemos o seguinte caso fictício: “A”, alertado por “B” da necessidade de camuflar a origem de grande soma em dinheiro ilícito adquirido durante sua gestão como prefeito municipal, procura “C”, um doleiro conhecido por todos pelo seu trabalho com *offshore*, que consegue enviar para o exterior toda a quantia em dinheiro oriunda de fraudes licitatórias de “A”. Assim, “C” aconselha “A” a constituir no Brasil uma sociedade anônima em nome de terceiros, explicando-lhe que esse tipo de empresa pode modificar a composição societária sem a necessidade de comunicação à junta comercial e aos órgãos de controle, de modo a facilitar ocultação de sua administração. “A” procura “D”, um contador com longos anos de experiência no mercado, contratando-o para que constitua uma sociedade anônima sem especificar os propósitos negociais para tanto, a XRY do Brasil, em nome de “E” e “F”, ambos sem profissão definida e que integralizarão a quantia de R$100.000,00 reais em espécie cada um deles. “D” constitui a XRY do Brasil sem observar seus deveres instituídos na lei de lavagem, posteriormente “A” e “C” realizam diversas transações utilizando XRY do Brasil para receber os valores ilícitos enviados por “C” ao exterior, em forma de ativos lícitos devidamente dissimulados, consumando, assim, o crime de lavagem de capitais.

O caso hipotético demonstra o agrupamento de pessoas em torno da realização do crime de lavagem. Conforme o exposto até o presente momento, “A” e “C” são autores, pois

controlam o fato, realizam o núcleo do tipo de lavagem como figura central do acontecer típico, determinando início, meio e fim de toda conduta delitiva (são senhores do risco proibido desenvolvido na ação).

Os demais personagens do caso hipotético atuam como partícipes. “B” atua como instigador, por criar em “A” o interesse de dissimular a origem ilícita do dinheiro obtido por meio de fraudes licitatórias; “E” e “F” atuam como cúmplices em razão da constituição da sociedade anônima posteriormente utilizada por “A” e “C” para dissimular e integrar o dinheiro ilícito; e, por fim, surge a ação do contador “D” que, exercendo sua atividade profissional, constituiu a sociedade anônima em nome de “E” e “F” a pedido de “A”.

Nesse caso, “D” seria cúmplice na lavagem de capitais realizada por “A” e “C”? O comportamento do contador “D” e dos sujeitos “E” e “F” difere um do outro? No caso do contador, há uma ação profissional fomentada pelo direito e necessária ao desenvolvimento socioeconômico, existe aí um espaço de impunidade?

Esses questionamentos abrem a discussão em torno dos limites da punibilidade por cumplicidade através de ações desenvolvidas cotidianamente, especialmente as atividades profissionais realizadas conforme os parâmetros éticos-legais de cada profissão. Nesse caso, o contador “D”, ao constituir uma pessoa jurídica, um serviço do cotidiano profissional de qualquer profissional de contabilidade, causalmente contribuiu para a realização da lavagem de capitais.

Aqui surge a necessidade de encontrar o fundamento na dogmática penal para a punição ou não dessa forma de contribuição especial ao fato típico do autor, referente ao aporte através de comportamento profissional lícito, sugerindo uma classificação dogmática própria dessa forma de imputação penal. Essa forma de contribuição recebe da doutrina uma variedade de denominações, como "comportamentos cotidianos”[350], "comportamentos neutros”[351], "comportamento socialmente estereotipado"[352], "comportamento sem relação criminal"[353], "comportamentos inócuos"[354], "comportamentos apropriados à profissão ou

---

[350] ROXIN, op. cit.

[351] WHOLLEBEN, Marcus. **Beihilfe durch äuBerlich neutrale Handlungen.** München, 1996.

[352] JAKOBS, op. cit.

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

[354] SCHILD-TRIPPE, Garcia Marie Luise**. Harmlose Gehilfenschaft**? Eine Studi über Grund um Grenzen der Gehilfenschaft, Stämpli, Bern, 1995.

ofício"[355], entre outros, sugerindo, portanto, que todo trabalho neutro tem a garantia *per se* para não ser punível, embora, em alguns casos, possa coincidir factualmente com uma colaboração ou favorecer uma ofensa cometida por outra pessoa[356].

Na atualidade, a doutrina tem conferido às ações cotidianas ou neutras um tratamento diferenciado, em que pese a questão de se localizar no campo da participação delitiva, como uma espécie de grupo de casos que, tendo em vista a sua peculiaridade "neutra", requer um tratamento diferenciado dos demais casos de indução e cumplicidade. Esse procedimento não é errado, porém, desta forma, as propostas estão expostas a tornar-se soluções *ad hoc*, como fichas soltas de um pensamento tópico, distante de uma reflexão sistemática que oferece uma solução de acordo com a teoria do delito e, portanto, coerente com o sistema de direito penal.

Desse modo, o problema se apresenta ainda mais relevante, isso em decorrência da criminalidade econômica que, por meio da lavagem de capitais, desenvolve-se substancialmente no seio da atividade econômica lícita através da prestação de serviços profissionais lícitos, e acaba colaborando para a concretização do injusto penal, desencadeando, assim, insegurança jurídica na prestação de serviços contábeis, setor sensível à lavagem de capitais.

A doutrina alemã tem cuidado desse aspecto da cumplicidade, tratado como problemática, discutindo nos últimos tempos os limiteis objetivos ou subjetivos que excluem a incriminação das condutas que favoreçam a comissão do delito quando não excedem os limites do agir cotidiano e do quanto socialmente adequado. A colaboração a fato típico, realizado por meio um serviço decorrente da atividade profissional, desperta questionamentos quanto à necessidade de pena em face de tais condutas, exigindo que se busquem critérios que possam viabilizar uma delimitação da autentica cumplicidade[357].

O alcance das ações cotidianas ou neutras, que contribui para a realização do delito, possui uma variedade de comportamentos, contemplando desde as condutas comuns do dia a dia às de grande importância econômica. O objeto deste trabalho são as colaborações decorrentes da atividade profissional legalmente fomentada, a exemplo do profissional de contabilidade. A doutrina na atualidade, em vista de sua peculiaridade (a suposta

---

[355]HASSEMER, op. cit.

[356] JOHN, José Antonio Caro. La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal. **Revistn Perunnn de Doctrinn v lurisorudencin Pennles,** n. 7, 2006, p. 235-252.

[357] WEIGEND, Thomas**.** Lós Limites de la Complicidad Punible. **Revista de Derecho Penal Y Criminología**, 2ª Época, N.° 10, p. 199-213, 2002.

neutralidade), dispensa um tratamento diferenciado dos demais casos de participação desenvolvidos pela indução e pela cumplicidade, ou melhor, trata-se de uma forma especial de cumplicidade a exigir maior cuidado em sua fundamentação[358].

Existe na doutrina uma diversidade de construções teóricas que buscam fundamentar, conforme a teoria do delito, os comportamentos cotidianos na estrutura da participação delitiva. Existindo fundamentos no âmbito da tipicidade objetiva, subjetiva, teorias mistas que adotam os dois critérios, para justificação ou não de sua punibilidade, o que será investigado a partir desse momento.

A noção de condutas cotidianas ou neutras na participação no delito é ainda pouco habitual na doutrina brasileira e praticamente inexistente na jurisprudência pátria. Isto contrasta com as já quase inabaláveis reflexões sobre tais comportamentos que têm sido levadas a cabo pela doutrina alemã e também pela doutrina espanhola.

Nos estudos mais recentes sobre a questão das ações cotidianas ou neutras na cumplicidade, têm sido propostas algumas definições para a delimitação com maior exatidão dos comportamentos denominados de neutros. Antes de formular uma definição, há que ressaltar a inexistência de uma precisão terminológica, inexistindo, portanto, uma clara definição do que seja uma ação cotidiana ou comportamento neutro[359].

Nesse sentido, não há ações cotidianas *per se*, mas a natureza de uma ação é determinada pela finalidade a que serve[360]. Explicando que, instruir sobre o manejo de uma arma de fogo em um clube esportivo de tiro é uma ação cotidiana neutra; no entanto, contrariamente, constituirá cumplicidade em homicídio se a instrução se destina ao sujeito que pretende matar alguém[361].

Na concepção de Hassemer, as ações neutras são aquelas condutas que, a partir da perspectiva de um observador imparcial, não teriam uma tendência objetiva para o injusto, embora possa adquiri-la através de informações adicionais – especialmente em face do

---

[358] JOHN, op. cit.

[359] AGAPITO, Luis Roca de. **Límites de la Responsabilidad Penal dor Actividad (Profesional) Cotidiana.** Estudios Penales y Criminológicos. V. XXVIII. Servizo de Publicacións da Universidad de Santiago de COmpostela, 2008.

[360] ROXIN, op. cit.

[361] Por "acción extrenamente neutra" o "acción cotidiana" se puede entender todas las formas de comportamiento "que el ejecutor habría llevado a cabo frente a cabo frente a culquier outro em la situación delautor, porque com la acción – de antemano (también) – persegue fines próprios independientes de hecho y del autor, y jurídicament no desprobados" (ROXIN, 2005, p. 292).

animus de quem presta a colaboração[362]. É destaque, como característica fundamental das condutas neutras ou cotidianas, em maior ou menor grau relacionado com a realização de um delito, porém, sua prestação relaciona-se com uma atividade profissional ou em geral, com o funcionamento da vida econômica, social ou individualmente aceita[363].

Com certa precisão, Wohlleben afirma que ações neutras são aquelas prestadas por quem possui uma finalidade lícita, diferente do quanto pretendido pelo autor e a realizaria independentemente de quem for o autor. Assim, segundo Wohlleben ações neutras seriam aquelas que "quien las ejecuta las hubiera realizado frente a todo el que se hallara en la situación del autor, porque él, con su acción, persigue fines proprios juridicamente no desaprobados que son independientes del hecho y del autor"[364].

Na concepção de Robles Planas, podem ser extraídos dois elementos característicos mais significantes das ações cotidianas ou neutras: uma de natureza objetiva; e a outra de natureza subjetiva. Nesse sentido, "son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo; y en segundo lugar, existe el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, *directa o indirectamente*, producir un resultado delictivo"[365].

No primeiro elemento apresentado por Planas, esclarece o que seria uma conduta segundo um rol, tratando do comportamento objetivo, condutas lícitas ou inócuas em si mesmas consideradas, isto é, que tem por fundamento a criação de um ambiente juridicamente aprovado e fomentado. Nesse sentido, são comportamentos que não lesionam o ordenamento jurídico, pois têm por objeto a venda de um produto legalmente permitido, o pagamento de uma dívida, a prestação de acessórias jurídicas, serviços contábeis, que é o cumprimento de funções derivadas de um compromisso laboral.

Trata-se de comportamentos que se desenvolvem em ambiente de interação regulamentada, como resultado, são realizados independentemente das particularidades e preferências tanto do agente que as executa quanto do agente à que se destina a colaboração. Assim, essa dita interação somente ganha cores delitivas se há uma adaptação aos propósitos do destinatário, derivados de conhecimentos que demonstrem a idoneidade para causar um resultado delitivo[366].

---

[362] HASSEMER apud PLANAS, 2003, op. cit.

[363] ROBLES PLANAS, op. cit.

[364] WOHLLEBEN, 1996 apud PLANAS, 2003, op cit. p. 33.

[365] Ibidem. p. 33.

[366] Ibidem.

Rueda Martín, em vez disso, aponta três características dessas ações e todas de natureza objetiva: "1) suponen um favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar; 2) se encuentran en la fase de actos preparatorios; y 3) existen datos objetivos que lo demuestran". No entanto, isso não significa que a autora dispense o aspecto subjetivo, pelo contrário, entende ser fundamental, porque como se diz "lo que modifica la valoración [de estas conductas] es precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol" [367].

As ações denominadas de neutras, na concepção de Greco, são todo comportamento aparentemente normal que venha a contribuir com o ilícito de outrem. Nesse sentido, pontuando com clareza e objetividade o que seria uma possível conceituação das ações neutras[368].

A "conduta neutra pode ser entendida como uma ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que seja utilizada para a prática infração penal alheia"[369].

Em realidade, os comportamentos compreendidos como ações cotidianas ou neutras pressupõem uma espécie de conflito entre os aspectos internos e externos do fato, sempre em situações limítrofes de punibilidade. Um traço característico é a ubiquidade, ações que podem ser encontradas facilmente em qualquer lugar, realizadas por qualquer um a qualquer tempo, bem como, pelo conhecimento de que seu comportamento cotidiano poderá levar a uma concretização de ação delitiva[370].

---

[367] RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. **Revista Penal**. n. 9, 2001. p. 122.

[368] **Chamaremos de "neutras" aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais**. Tudo aquilo que, num primeiro contato, superficial, é verdade, pareça irrelevante para o direito penal, tenha um aspecto inocente, inofensivo, seja dotado daquela aura angelical do que é socialmente adequando, tudo isso será uma ação neutra. E proporemos também uma regra de decisão para casos de dúvida: os casos de dúvida também podem ser tidos como casos de ações neutras. Poderíamos, assim, reformular a definição dada de forma a compreender tanto a regra geral quanto a regra para o tratamento de casos duvidosos numa única formulação: **ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis.** (GRECO, 2004, p. 110) [grifos nossos].

[369] RASSI, João Daniel. Imputação das Ações Neutras e o Dever de Solidariedade no Direito Penal Brasileiro. 2012. 252f. Tese **(Doutorado em Direito)** – Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 27.

[370] Ibidem.

No estudo das ações neutras, cumprem destacar alguns exemplos da literatura que serviram de investigação para a formação dos pressupostos de isenção ou de punibilidade nessa espécie de colaboração[371].

Nesse sentido, como se pode perceber, há uma fronteira opaca dos limites na intervenção típica de um comportamento socialmente adequado e, consequentemente, impune, daqueles que constituem uma participação delitiva punível, sendo este, o núcleo do problema que motiva o presente trabalho. A solução para todos os casos acima citados, em especial o caso hipotético e os questionamentos inicialmente formulados em razão da prestação de serviços contábeis, demanda uma análise dogmática dos limites da cumplicidade punível.

O Código Penal brasileiro, na dicção de seu art. 29, em princípio, adotou um conceito unitário de autor, no entanto, com a aplicação de teorias modernas diferenciadores, há uma interpretação de que a lei brasileira nos parágrafos e artigos seguintes adotou um critério legal diferenciador. Permitindo, assim, por meio da aplicação da teoria do domínio fato, não apenas diferenciar a autoria da participação, como também analisar os limites da punibilidade na participação por meio de ações cotidianas conforme o controle sobre o risco juridicamente proibido desenvolvido.

Neste trabalho, trataremos como ações cotidianas todas aquelas decorrentes da atividade humana regular em comunidade, podendo, a depender do caso concreto, constituir uma cumplicidade. Por outro lado, a denominação de "ações neutras" será utilizada para aquela ação cotidiana que colabora, mas não ingressa no injusto do autor, assim, não constitui uma cumplicidade.

Em sendo assim, passamos agora a investigar os fundamentos que autorizam ou não a punibilidade das colaborações ao injusto do autor, realizadas por meio de uma atividade profissional legalmente fomentada. Analisando de que modo a prestação de serviços contábeis utilizados na engrenagem da lavagem de capitais constitui um comportamento punível por meio de cumplicidade.

---

[371] a) Um taxista que transporta, conhecendo o que vai acontecer, uma pessoa de um lugar para outro sabendo que no destinou delito irá ser cometido. b) O caso do padeiro que vende um pãozinho ao marido sabendo que este pretende utiliza-lo para envenenar e matar sua esposa. c) O caso do vendedor de ferramentas que vende um machado, mesmo sabendo que o parido pretende matar sua esposa utilizando tal ferramenta. d) O caso do empregado do banco, que realiza diversas operações financeiras para o exterior, sabendo que seu cliente tem o propósito a defraudação de impostos (GRECO, 2004, p.121).

4.2 ESTUDOS DOGMÁTICOS SOBRE AS AÇÕES NEUTRAS

O fundamento da cumplicidade por ações neutras, ou melhor, o fundamento da não incidência de imputação penal nesse modo de colaboração é desenvolvido atualmente com base em diversas concepções teóricas, tratadas em sua maioria no âmbito da tipicidade objetiva, da tipicidade subjetiva e das teorias mistas. Tais tipos envolvem aspectos objetivos e subjetivos, bem como construções outras diversas que desenvolvem soluções casuísticas, incluindo soluções no âmbito da antijuridicidade e da culpabilidade.

No entanto, iniciaremos nossa incursão dogmática por um grupo de princípios e, posteriormente, analisaremos as construções teóricas que tratam o problema no campo da tipicidade, visto que suas abordagens possuem uma pretensão de espectro geral.

4.2.1 Fundamentos principiológicos clássicos

Evidente é a importância da temática referente às ações neutras no campo da responsabilidade penal como forma de cumplicidade no injusto do autor, especialmente em razão da realidade que se apresenta hoje: a criminalidade organizada econômica imbricada com as relações profissionais lícitas no ambiente da economia global.

O fundamento da punibilidade de comportamentos profissionais lícitos utilizados de espeque para a realização da lavagem de capitais orquestrada por um terceiro necessariamente passa pela análise principiológica para demonstrar se há legitimidade nessa espécie de responsabilização penal.

4.2.1.1 Adequação Social

Inicialmente, há que se evidenciar a contradição entre responsabilidade penal e comportamento socialmente adequado, particularmente em face de uma conduta fomentada social e juridicamente, como é o caso da atividade profissional representado pela prestação de serviços contábeis. Quando se pensa em uma ação cotidiana ou neutra, é inevitável não pensar

no princípio da adequação social, uma vez que é completamente natural identificar as ações neutras como socialmente adequadas, sendo o princípio da adequação social uma das primeiras tentativas da doutrina para solucionar a problemática dessa tipologia[372].

O princípio da adequação social surge com a teoria finalista em resposta e substituição à teoria causal da ação, como modo de recusar a ausência de sentido do tipo, assim "a adequação social surge, pois, relacionada com o abandono de um conceito puramente causal de ação e de uma noção de crime identificada como mera lesão causal e externa ao bem jurídico."[373].

A adequação social trata-se daqueles comportamentos socialmente aceitos, explica Welzel que, "socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história"[374], sendo que os tipos penais manifestam simultaneamente a natureza histórica e a social do direito penal. Dessa forma, a teoria da adequação social tinha o propósito de excluir a tipicidade daqueles comportamentos integrados no dia a dia de determinada comunidade, mesmo adequada a uma figura típica[375].

As relações profissionais estabelecidas socialmente, como os negócios e as ocupações que se mantêm nos padrões de regularidade de seu exercício, também são comportamentos socialmente adequados[376]. Assim, quando da prática de uma atividade típica do exercício profissional de contabilidade, que se amolda formalmente à figura típica da lavagem, a tipicidade em decorrência da adequação social se apresenta factível, em particular quando se trata da colaboração ao fato de um terceiro.

Uma questão interessante que se amolda perfeitamente à questão aqui proposta: há cumplicidade delitiva no exercício profissional do contador que colabora no injusto de lavagem de um terceiro? Semelhante ao caso do vendedor de bebidas, em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão entendeu que esse prestador de serviço não será

---

[372] LOBATO, José Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras:** uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2010.

[373] FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal.** Porto: Publicações Universidade Católica, 2005. p.36.

[374] WELZEL, op. cit., p 106.

[375] GRECO, op. cit.

[376] Welzel, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

responsabilizado pelo que, eventualmente, os seus clientes venham a fazer no âmbito da circulação de veículos[377]

Nesse sentido, existem autores (Philipwski ou Lohmar) que utilizam a adequação social para solucionar questões envolvendo as ações neutras, como nos casos em que a contribuição prestada por funcionários de banco a delitos de sonegação fiscal de seus clientes[378].

Na Espanha, a adequação social é utilizada como critério para solucionar os casos de cumplicidade por meio de condutas neutras, afirmando que "la adequación social es un juicio mediante el cual se procede a uma valoración del comportamiento y constituye em reaidad um critério valorativo externoen el ámbito de la interpretacion de sentido de los tipos"[379].No entanto, a teoria da adequação social é inapropriada para solucionar o problema da cumplicidade através das ações neutras, em virtude de ser essa teoria excessivamente imprecisa em face da indefinição do que seria socialmente adequado e inadequado. Essa problemática reside na indefinição em se tratar de uma teoria descritiva ou prescritiva, se há um sentido sociológico-descritivo (referindo-se àquilo que é socialmente adequado, àquilo que realmente se faz em determinada comunidade) ou se há um sentido ético-normativo (aquilo que é socialmente adequado àquilo que, em determinada sociedade, considera-se correto fazer)[380].

Por outro lado, com o surgimento da teoria da imputação objetiva e a do princípio da insignificância, a adequação social perdeu espaço perante a doutrina dominante em função de sua limitação, comparada às novas construções teóricas, muito mais apropriadas e desenvolvidas na solução da imputação penal.

---

[377] Ibidem.

[378] GRECO, op. cit.

[379] RUEDA MARTÍN, op. cit.

[380] GRECO, op. cit.

4.2.1.2 Proibição do Regresso

A proibição do regresso, desenvolvida inicialmente por Reinhard Frank sob as bases do sistema causal, originalmente tinha por objeto a interrupção do nexo de causalidade entre a conduta imprudente de uma pessoa e o resultado lesivo provocado dolosamente por outrem[381]. Originariamente, a teoria da proibição de regresso, além de interromper o nexo causal pela conduta dolosa de outra pessoa, salvo as regulações especiais sobre a indução e cumplicidade, buscava vedar também o retorno às condições que, temporariamente, precederam o delito doloso[382]. A esse respeito, outros autores também tece considerações importantes[383].

O núcleo central da proibição de regresso versa sobre a exclusão da imputação daquele que, inicialmente, gerou o risco de modo imprudente para a realização de um resultado delitivo, uma vez que o mesmo se concretiza em razão do posterior comportamento doloso de um terceiro[384]. Essa é a concepção clássica da teoria desenvolvida por Reinhard Frank inservível, portanto, para solucionar o problema da cumplicidade das ações neutras, isso porque a teoria da proibição do regresso até aqui apresentada foi desenvolvida para solucionar casos de estrutura diversa dos que envolvem as ações neutras.

O primeiro aspecto a ser tratado na demonstração da inaplicabilidade da teoria para os casos de cumplicidade por ações neutras é o fato de a doutrina não aceitar mais a ideia de interrupção do nexo de causalidade: o nexo causal ou está presente ou está ausente. Ademais, a proibição do regresso busca isentar de responsabilidade penal o comportamento imprudente daquele que atua culposamente, não servido, dessa forma, para solucionar as questões da cumplicidade por ações neutras, visto que o cúmplice age com dolo[385].

Por outro lado, no tocante à proibição do regresso, disserta-se sobre um dos temas mais nebulosos e atuais em face da relação da participação delitiva e da imputação objetiva. Tal proibição não se arrazoa somente a participação imprudente nos delitos dolosos, mas

---

[381] FEIJO SANCHES, Bernardo. **Límites de la participacion criminal.** Granada: Comares, 1999.

[382] ROXIN, op. cit.

[383] A original teoria da proibição de regresso dizia que, se um terceiro intervém dolosamente após a prática de uma ação culposa, quem praticou a ação culposa ficaria isento de pena. A ação dolosa culpável é livre, estando, por isso, além do domínio da lei causal. A cumplicidade e a instigação, como formas de participação legalmente previstas, seriam exceções legislativas a este princípio de que a ação livre sempre inaugura *per se* uma nova cadeia causal, proibindo o regresso a causas anteriores (GRECO, 2004, p. 24).

[384] MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal – Parte General**. 6ª. ed. Valência: Tirant ló Blanch, 2004.

[385] GRECO, op. cit.

supõe uma tentativa de solução global para a questão de quando e em que condições o resultado pode ser imputado a um primeiro sujeito que possibilite ou facilite a comissão do delito realizado por um segundo, seja intencional ou imprudentemente realizado de uma maneira completamente responsável[386].

Na concepção de Planas, desde o primeiro momento, a proibição de regresso preocupa-se com o fundamento da punição do primeiro sujeito que coopera com o delito realizado pelo segundo, só que contaminada pelo dogma causal que serviu para solucionar os casos de intervenção dolosa. Na atualidade, a abordagem da proibição do regresso reitera-se sob o aspecto limitador da punibilidade, compreendendo três construções teóricas bastante distintas e até mesmo divergentes: a tradicional teoria desenvolvida por Frank (delineada anteriormente); a chamada nova teoria da proibição do regresso; e, por último, a construção teórica desenvolvida por Jakobs[387].

A teoria da proibição do regresso, desenvolvida por Frank, sofreu adaptações em razão da teoria da imputação objetiva, surgindo, assim, uma construção teórica denominada de nova teoria da proibição do regresso. Nessa nova abordagem, fundada na imputação objetiva e desenhadas por Larenz e Naucke, a teoria se ocupa de responder o questionamento de que ação e que resultado é possível atribuir a alguém, explicando que somente quando existir domínio da vontade[388].

Sendo assim, a proibição do regresso nessa concepção compreende que somente é possível imputar o tipo de injusto quando houver domínio sobre o que faz, sendo insuficiente a mera causalidade; dessa maneira, quando o primeiro causante atua imprudentemente, falta-lhe domínio em função do atuar doloso do segundo, não sendo possível imputar-lhe o resultado. A inexistência de domínio sobre a vontade e do evento impossibilita fundamentar a imputação penal ao primeiro sujeito, e essa compreensão é denominada por Nauck, dogmaticamente, de proibição do regresso[389].

Nesse sentido e de modo semelhante, Otto[390], utilizando a noção de possibilidade de controle de quem atua inicialmente, argumenta que a possibilidade de controle de quem atua originalmente acaba no momento em que outra pessoa livremente e de acordo com seus

---

[386] ROBLES PLANAS, op. cit.

[387] Ibidem.

[388] Ibidem.

[389] Ibidem.

[390] OTTO, Harro. **Das Strafbarkeittsrisiko berufstypischen, geschäftsmäbingen Verhalttens**. Em: JZ. N.9, 2001.

próprios planos ou excluindo aquele que atuou em primeiro lugar é quem determina o risco proibido. Fato é que, não existindo nenhuma influência sobre a vontade do segundo, pouco importa se o primeiro interveniente tenha considerado ou não a intervenção do sujeito posterior[391].

Outro aspecto importante é que o princípio da autorresponsabilidade também tem sido utilizado para fundamentar a proibição do regresso à responsabilidade do primeiro. Assim, a existência de um autor responsável que se coloca entre a vítima e o primeiro, o homem de trás, cria um âmbito de responsabilidade que é estranha às demais pessoas[392].

4.2.1.3 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância também serviu de objeto de estudo na formulação do fundamento da cumplicidade, na tentativa de explicar a inaplicabilidade de punição para os casos de ações neutras. Nesse sentido, Rogat explicou que o conceito de insignificância deve servir para a análise quantitativa do incremento do risco ocasionado pelo comportamento do cúmplice na realização do resultado, visto que o risco não é apenas qualificado, mas deve ser também quantificado[393].

Compreendido como um critério de avaliação de ataque material ao bem jurídico tutelado, o princípio da insignificância assevera que somente as agressões mais intensas ao bem tutelado consistirão em ilícito penal[394]. O comportamento do cúmplice deve representar um incremento do risco de modo a colaborar efetivamente com o resultado delitivo, compreendido também como um ataque ao bem jurídico.

A insignificância é utilizada na cumplicidade por Rogat como fórmula geral, explicando que uma contribuição insignificante, quantitativamente desprezível, ocorre sempre em que não existir incremento do risco realizado pelo autor do injusto. Nesse sentido, o auxílio do cúmplice, inicialmente classificado como insignificante, *a posteriori*, poderá ser

---

[391] Ibidem.

[392] Ibidem.

[393] LOBATO, op. cit.

[394] GRECO, op. cit.

reavaliado de modo diferente, em função de o fato principal apresentar um especial e enorme conteúdo de injusto[395].

Nesse aspecto, o próprio Rogat reconhece a necessidade de verificação de todas as circunstâncias do caso concreto, ressaltando para as especiais e temporais da proximidade do auxílio ao fato principal. Nessa concepção, insignificante seria tão somente o auxílio às contribuições que facilitam o resultado típico ou que asseguram o seu êxito[396].

A doutrina moderna compreende esse princípio como máxima geral de interpretação, utilizada essencialmente para excluir a incidência penal nas condutas e resultados que, de pronto, já demonstram a inexistência de carga de 'desvalor', "os casos de cumplicidade através de ações neutras são justamente casos cuja carga de 'desvalor' é algo problemático e controvertido, algo que de modo algum se pode avaliar já *prima facie* e sem qualquer sombra de dúvida"[397]. Com base nisso, acaba por servir à problemática da punibilidade das ações neutras que, a depender das circunstâncias do caso concreto, mostrar-se-á inaplicável, em virtude de ser possível que um auxílio seja considerado fundamental na realização do injusto do autor, mesmo se tratando de uma ação neutra.

Nessa concepção, "o princípio da insignificância não será apto a resolver a problemática da participação das ações neutras como um todo, mas, apenas, poderá ajudar na análise das participações que são ou não relevantes para o Direito Penal, independentemente de serem neutras ou não"[398]. O princípio da insignificância não possui o condão de expressar o conteúdo do injusto nos casos de cumplicidade por ações neutras, exigindo, para tanto, uma análise a partir das teorias de imputação penal que sejam mais concretas e sistematizadas.

4.2.1.4 Princípio da Confiança

O princípio da confiança também serviu para analisar o conteúdo do injusto nos casos de ações neutras, na possibilidade de limitação de responsabilidade em decorrência da colaboração de um terceiro no resultado delitivo. Em linhas gerais, esse princípio, em regra,

---

[395] LOBATO, op. cit.

[396] Ibidem.

[397] GRECO, op. cit., p. 31.

[398] LOBATO. op. cit., p. 38.

possibilita ao agente confiar que os demais comportar-se-ão conforme o direito, de modo que ninguém precise contar com comportamentos antijurídicos de terceiros[399].

Em que pese ter-se desenvolvido no âmbito de aplicação do direito penal no trânsito, o princípio da confiança, enquanto critério de delimitação do dever objetivo de cuidado nos crimes impudentes, logo foi estendido para o Direito Médico e amplamente aceito no Direito Penal Econômico, em especial, quando existir uma divisão de tarefas[400]. Assim, há uma relevância desse princípio como critério normativo no âmbito do Direito Penal, desempenhando papel de destaque nos delitos imprudentes, e que, no contexto funcionalista, é inserido na imputação objetiva como critério delimitador do risco permitido ou como critério geral de exclusão de imputação[401].

O desenvolvimento socioeconômico é pautado pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, em especial, na realização de atividades profissionais econômicas, não sendo legítimo atribuir responsabilidade penal a um agente em face da não observância do pacto social de se comportar conforme a norma por um terceiro[402]. Nesse sentido, a incidência do princípio da confiança nos casos de cumplicidade por ações neutras, aqueles desenvolvidos no âmbito profissional na prestação de serviços e assessorias, é utilizada como forma de exclusão da tipicidade objetiva.

No entanto, a cumplicidade por ações neutras é marcada essencialmente por circunstâncias em que o agente tem conhecimento ou de que há indícios fortes de que o terceiro irá realizar uma conduta ilícita. Assim, frente à evidência do comportamento ilícito do autor, o princípio da confiança se mostra limitado para solucionar a problemática das ações neutras, em decorrência do agente saber como o outro irá se comportar[403].

O princípio da confiança se apresenta como forma de exclusão de responsabilidade nos casos em que o agente atua confiando que o terceiro também atuará dentro da legalidade; por outro lado, a problemática das ações neutras se dá exatamente nos casos contrários. O que se busca no estudo das ações neutras é analisar se existe cumplicidade pela colaboração sabendo ou desconfiando da realização de crime, coincidindo, assim, justamente com uma das restrições à aplicabilidade do referido princípio.

---

[399] Ibidem.

[400] SIQUEIRA, Flávia. **O Princípio da Confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

[401] SIQUEIRA, op. cit.

[402] LIMA, Vinicius de Melo. **Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras:** critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

[403] GRECO, op. cit.

4.2.2 Solução teórico-objetivas

Nesse quadro trataremos das teorias que buscam a solução para a problemática da cumplicidade por ações neutras no tio objetivo.

4.2.2.1 Teoria dos Papéis de Günther Jakobs

No âmbito da tipicidade objetiva, conforme sua teoria geral da imputação, Günther Jakobs situa a problemática das ações neutras, que se realizam conforme sua concepção: somente quando há violação de um papel ou rol social. Nesse sentido, analisar-se-á brevemente o funcionalismo sistêmico na perspectiva do direito penal para a melhor compreensão do fundamento desenvolvido pelo autor, mesmo não sendo objeto deste trabalho, e que foi bem fundamentado na teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann, cuja preocupação central é a sociedade moderna, caracterizada pela complexidade e pela diferenciação funcional.

O direito penal não se destina à proteção de bens jurídicos, sua finalidade é garantir a vigência da norma fundamental (normas jurídicas têm a função de orientar, estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais, a fim de que sejam evitadas decepções) para uma determinada sociedade, assegurando, assim, a identidade normativa da sociedade. Nessa concepção, é desenvolvida a teoria dos papéis, consistente em que as pessoas desempenham certas atividades na vida comunitária, diante das expectativas de respeito à vigência da norma jurídica, e a inobservância desse dever, a quebra ou violação do papel social, implica na sanção penal como meio de restabelecer a expectativa normativa do cidadão e reafirmar a vigência da norma violada[404].

Nessa concepção, Jakobs explica que a função da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para a relação social, justificando-a pela necessidade de reafirmação da validade da norma, devido ao fato de sua violação abalar o sistema. Portanto, não tem o direito penal a função de proteção de bens jurídicos, mas tão somente de proteger a

[404] JAKOBS, op. cit.

norma jurídica, inexistindo função de prevenir delitos (prevenção negativa), garantindo por meio da pena a vigência da norma (prevenção positiva).

O funcionalismo-sistêmico de Jakobs, inspirado em um princípio sociofuncional, compreende que cada cidadão possui um papel projetado pelas normas, gerando uma expectativa de comportamento em conformidade com a norma vigente. Assim, a defraudação dessa expectativa desencadeia a sanção penal como forma de reafirmar a vigência normativa, avaliada sob a ótica da imputação objetiva com os critérios de risco permitido, o princípio da confiança, a atuação a próprio risco e a proibição de regresso.

A cumplicidade por ações neutras, como forma de participação no injusto do autor, realiza-se somente quando houver uma violação do papel, configurando, assim, o tipo objetivo. "O papel nada mais é do que uma abreviatura do conjunto de normas que rege a conduta de um indivíduo em determinada interação social"[405], assim, a realização desse papel garantirá a normalidade social.

Nessa compreensão, há um feixe de normas que vai definindo o papel de cada um no meio social, sempre a garantir a vigência normativa, gerando a expectativa de que todos se comportarão de certa maneira; o professor, os alunos, o motorista de táxi, um profissional de contabilidade deveriam atuar dentro do que é socialmente esperado. A partir do momento em que alguém deixa de cumprir o seu papel, frustrando a expectativa de um comportamento, é colocado em xeque a vigência da norma, bem como a própria sociedade, posto que esta tal qual conhecemos é também colocada em xeque[406].

O papel protagonizado constitui-se em decorrência do contexto de uma interação, como no caso do estudante de biologia que trabalha nas férias em um restaurante como garçom, servindo aos clientes uma salada a qual sabe, em virtude de seu conhecimento especial, que apresenta composição imprópria para o consumo humano. Nesse caso, o estudante de biologia atua dentro do rol social ou de seu papel desempenhado como garçom, não existindo ali a realização do injusto de homicídio, podendo eventualmente configurar no máximo uma omissão de socorro[407].

Dessa forma, entende-se que o fundamento é o comportamento desenvolvido por indivíduo, ou seja, o papel executado por ele é constituído de modo objetivo, com independência daquilo que o sujeito pensa ou tenha conhecimento. Sendo assim, os papéis são

---

[405] GRECO, op. cit.

[406] JAKOBS, op. cit.

[407] Ibidem.

concebidos pela sociedade de modo objetivo, e não pelo indivíduo, independentemente do que se passa no íntimo de cada um, em decorrência de que a interação é objetiva[408].

A punibilidade das ações neutras se resolve na análise da existência ou não de violação do papel realizada por quem colabora, sendo, por outro lado, impune toda ação que não viole qualquer papel, independentemente de o agente contribuir com o injusto, possuir ou não conhecimento de que o autor/pessoa deseja o cometimento de um delito. Não existindo a defraudação da expectativa normativa, inexistindo a quebra do papel social, não haverá imputação, pois há mero conhecimento especial, o que é insuficiente para fundamentar a imputação ao tipo objetivo[409].

Sendo assim, aproveitando ainda o critério da proibição do regresso como elemento de sua teoria da imputação objetiva, a responsabilidade penal do colaborador que eventualmente contribuiu para a realização do crime, mas que se comportou no estrito cumprimento do papel que lhe cabe na relação social, é excluída[410]. Jakobs compreende existir tão somente aparência de participação em muitos casos de ações cotidianas, isto porque a colaboração não promove o rompimento do rol ou papel social.

Por fim, fica evidente que o núcleo da relevância da contribuição do cúmplice e também da punibilidade ou não de ações neutras finca raiz na existência da defraudação das expectativas normativas com a violação do papel social. Ademais, a concepção de Jakobs dispensa a análise da tipicidade subjetiva do comportamento do cúmplice, tratando-se simplesmente de imputação objetiva.

No entanto, a crítica que se faz da construção teórica de Jakobs a respeito das ações neutras é pela imprecisão do que seria um papel social, não ficando muito claro se decorre de uma concepção sociológica ou normativa. Nesse sentido, "o papel é uma concepção a ser rechaçada, por que sua versão sociológica é errônea e a sua versão jurídica é vazia"[411], logo deve "aproveitar-se da ambiguidade do conceito de papel, utilizando-o às vezes como um conceito sociológico, às vezes como jurídico"[412].

---

[408] JAKOBS, op. cit.

[409] Ibidem.

[410] BUSATO, Paulo César. O Sentido da Cumplicidade. Uma visão Crítica das Chamadas Ações Neutras como Grupo de casos da Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**. vol. 5, nº8, jul-dez, 2013.

[411] GRECO, op. cit., p. 41.

[412] JAKOBS, op. cit.

4.2.2.2 Adequação Profissional de Winfried Hassemer

Setores da doutrina alemã, em que pese minoritária, têm desenvolvido critérios em que pretende, a partir de uma conduta socialmente adequada explicar comportamentos que colaboram com o delito alheio, mas não constitui fato típico, concretizado pela teoria da adequação social, uma vez que "es socialmente adecuada la conduta de quien se comporta conforme a las normas o usos habituales em la actividade y a pesar de ello favorecer, conscientemente, um delito ajeno"[413].

Assim, no âmbito da vida cotidiana e da normatividade social, há um terreno concreto em que a teoria da adequação social produziu frutos irrenunciáveis para o Direito Penal, pois essa teoria é ainda um diamante bruto que pode prestar serviço de grande valor nos casos de comportamentos profissionais que colaboram com o injusto alheio. A teoria da Adequação Profissional pretende reconstruir o conceito de adequação social de modo sistêmico e preciso, tendo como referência um âmbito concreto, situando a análise das condutas neutras sob a perspectiva de um comportamento profissional concretamente delimitado e normatizado, sem constituir-se em fórmula de caráter geral[414].

No tocante às ações neutras, Hassemer[415] delimita sua teoria fundamentalmente em função da atividade profissional, que naturalmente é regulamentada ou delimitada, servindo de parâmetro para a adequação da conduta. Sendo assim, a partir da análise de cada regulamentação específica da atividade profissional, independentemente de serem normas escritas ou informais, estas servirão parâmetro para traçar o perfil de adequação profissional, formando o conteúdo normativo em que delimitará o que será neutro – lastreando no usual, normal, conveniente, cotidiano, profissional e também inevitável[416].

O ponto central da concepção de Hassemer reside no fato de que as normas que regulam o ambiente profissional devem ser admitidas pelo Direito Penal, vinculando a imputação penal à adequação do comportamento às normas que regem a atividade profissional, uma vez que cumpre a profissão uma função estatal e social em que o Direito Penal é completado concretamente por essas regras setoriais. Nesse aspecto, explica

[413] ROBLES PLANAS, op. cit., p. 97.

[414] HASSEMER, 1995 apud ROBLES PLANAS, 2003. op. cit.

[415] HASSEMER, 1995 apud ROBLES PLANAS, op. cit.

[416] Ibidem.

Hassemer que a doutrina penal funciona com modelos como a *lex artis* da medicina ou as regras de conduta dos advogados para não incorrer em "punição" no exercício da defesa legal de seus clientes, demonstrando que o campo de ação profissional estabelece limites para o injusto penal[417].

As condutas neutras são aquelas socialmente aceitas, profissionalmente reguladas e, portanto, adequadas e fomentadas não podendo ser proibidas penalmente, pois a conduta de quem atua conforme as regras profissionais regulamentares é presumidamente atípica[418]. As ações profissionais adequadas são lícitas em geral, não constituem cumplicidade ao tipo de injusto de terceiro que as utiliza para a concretização de um delito, salvo nas situações em que há descumprimento das regras profissionais escritas ou não.

A construção de Hassemer desloca a problemática para o campo da relação entre as regras escritas ou não que regulamenta a atividade profissional e as normas de Direito Penal. Assim, o cumprimento dessas regras tem por consequência a exclusão da responsabilidade penal por cumplicidade nos delitos que, posteriormente, forem praticados pelo destinatário do serviço profissional prestado[419].

4.2.2.3 A participação como solidariedade com o ilícito alheio de Schumann

O fundamento da punibilidade no comportamento do cúmplice na concepção teórica desenvolvida por Schumann tem como cerne da responsabilização a solidariedade para com o injusto do autor. Esse doutrinador utiliza o critério geral de imputação objetiva para a atribuição de responsabilidade ao partícipe, situando a questão na necessidade de existir alguma contribuição do cúmplice ao delito desenvolvido pelo autor, para que a responsabilidade não seja simplesmente pelo fato alheio. Nesse aspecto, o comportamento do cúmplice deve conter um desvalor do ato, representado na comunidade como comportamento

---

[417] En estos casos – añade Hassemer -, se trata de estructuras normativas previas desarrolladas em um âmbito de actuación social determinado com consecuencias precisas y restrictivas para la concreción del injusto penal [...]. En estos casos, se produce uma limitación del injusto penal fruto de la adecuación profesional: lo que es profesionalmente adecuado, no puede estar a la vez penalmente prohibido (y a la inversa). Igualmente, el método de limitación empieza siempre (no forzosamente, pero si de manera racional) em las normas (extra-penales) sociales y continúa hasta las normas penales: si se sabe lo que es profesionalmente adecuado se obtiene com ello el limite del injusto penal (PLANAS, 2003, p. 99).

[418] HASSEMER, 1995 apud ROBLES PLANAS. op. cit.

[419] ROBLES PLANAS. op. cit.

indesejado e que demonstre que o cúmplice se parelha ao autor do injusto, prestando, assim, solidariedade ao injusto[420].

A construção teórica de Schumann identifica a existência de três critérios necessários para a análise de existência ou não de solidariedade ao injusto alheio: o primeiro critério é a proximidade da contribuição à realização do injusto, como fator temporal de identificação (relevância entre a imediação entre a contribuição do partícipe e a realização do autor); o segundo corresponde à contribuição do partícipe que deve relacionar-se com os aspectos nucleares do tipo de injusto que o autor realizará; e, por fim, como terceiro requisito, um aspecto negativo que é a contribuição do partícipe que ficará excluída se representar uma atuação profissional ou se fizer parte de sua rotina profissional cotidiana[421].

Na verdade, o trabalho desenvolvido por Schumann se "preocupa em estudar o alcance do *princípio da autorresponsabilidade*, isto é, da ideia de que cada qual é, em princípio, responsável só por suas próprias ações, e não pelo que é feito pelos demais"[422]. Assim, surge a necessidade de fundamentar como se dá a punibilidade da participação no injusto alheiro e a sua possível compatibilidade com o princípio da autorresponsabilidade, surgindo a concepção de solidarização ao injusto.

Assim, a concepção de Schumann baseia-se em que, se cada pessoa é responsável pela sua conduta, daí, compreende-se que um indivíduo não pode ser responsabilizado pelo comportamento de um terceiro, nos casos em que atuou de modo responsável. O fundamento da punibilidade da participação encontra-se no desvalor da ação, que gera uma lesividade social, fazendo da participação uma ação social insuportável, que consiste em ação solidária ao injusto do autor[423].

Há solidarização ao injusto alheio quando o partícipe compartilha o fato com o terceiro, bem como há reconhecível tomada de posição em favor do injusto, sendo um comportamento que há contemporaneidade com a ação do autor e que essa contribuição esteja na dimensão que constitui o núcleo do injusto e não represente uma atividade cotidiana da esfera profissional do sujeito. Nessa concepção, "ações neutras são, em geral, ações em que não se manifesta solidariedade com o fato principal, sendo, por isso, impuníveis."[424].

---

[420] BUSATO, op. cit.

[421] Ibidem.

[422] GRECO, op. cit., p.42.

[423] ROBLES PLANAS, op. cit.

[424] GRECO, op. cit., p. 42.

Essa concepção teórica sofreu severas críticas em face da extrema imprecisão da ideia de solidarização, visto que sua aplicação implica arbitrariedade, pois seu conteúdo é excessivamente normativo, inexistindo o mínimo de conteúdo fático. Em um Estado Democrático de Direito, "não está legitimado a punir alguém pelo simples fato de ter essa pessoa manifestado a sua solidariedade para com um ilícito alheio"[425].

4.2.2.4 Critérios Quantitativos de Weigend

Weigend[426] propõe avaliar a estrutura da cumplicidade por meio de um critério de avaliação qualitativa de comportamento em face do auxílio e facilitação da realização do injusto do autor, estabelecendo que, "as diretrizes para solucionar os casos de cumplicidade por ações neutras deve ser o seguinte: quanto mais inofensivo à ação, maior deve ser a eficácia facilitadora do fato principal."[427].

Nesse aspecto, explica Greco que a teoria desenvolvida por Weigend alerta para o caráter completamente inofensivo de certas contribuições, devendo excluir a punibilidade quando não ficar devidamente apresentado a existência de eficácia facilitadora na contribuição do partícipe. Bem como nos casos em que o partícipe se limita a fornecer ao autor o substrato com base no qual este comete o delito, ou ainda, naquelas situações em que o partícipe simplesmente fornece ao autor um objeto facilitador da prática do delito, o qual pode ser obtido por ele facilmente no comércio.

A respeito dessa construção teórica, Greco, apesar de reconhecer o mérito de Weigend em demonstrar o caráter inofensivo de certas colaborações, característica natural das ações neutras, aponta, por outro lado, basicamente dois problemas[428]: primeiramente, a impropriedade da avaliação quantitativa, visto que no âmbito da teoria do delito não há quantificação da ação em mais ou menos punição, mas tão somente se há ou não imputação; segundo, refere-se à imprecisão para a avaliação quantitativa das fronteiras do lícito e do

---

[425] Ibidem. p. 48.

[426] WEIGEND, Thomas. Grenzen strafbarer Beihilfe, em: **Eser, Festschrift für Nishihara,** Nomos, Baden-Baden, 1998.

[427] Ibidem p. 55.

[428] Ibidem.

ilícito, em especial, pela inexistência de parâmetros para a avaliação do caso concreto para verificar se a colaboração é inofensiva[429].

4.2.2.5 Ponderação objetiva de interesse de Klaus Lüderssen

Klaus Lüderssen[430] desenvolve uma concepção acerca das ações neutras, afirmando que representam, em regra, um comportamento omissivo, havendo, portanto, a necessidade de fundamentar um dever especial de agir, uma posição de garantidor. A punibilidade da cumplicidade por ações neutras surge da análise de um caso concreto, em que funcionários de banco auxiliavam clientes que praticavam sonegação fiscal, em virtude de transferências bancárias para o exterior[431].

Nesse sentido, a cumplicidade por ações neutras, na concepção de Lüderssen, exige do partícipe a condição de garantidor para que a punibilidade de sua contribuição possa ser fundamentada. Em caso estudado por ele, a sonegação fiscal realizada com o auxílio dos bancários é um caso de omissão, mas como inexiste ali uma posição de garantido, o caso é de impunidade[432].

No entanto, Lüderssen admite ainda, que, em alguns casos de ações neutras, realiza-se por uma ação comissiva, fazendo, nesse caso, uma revisão de diversos critérios, a exemplo da adequação social, a proibição de regresso, ressaltando que sempre deverá existir um critério de ponderação. Além disso, há a adoção do critério do aumento do risco juridicamente desaprovado, em virtude de deixar bem claro em seu posicionamento tratar-se de uma ponderação[433].

Lüderssen apresenta que, na ponderação, será necessário levar em conta, de um lado, o valor do bem jurídico ameaçado; de outro, a maior ou menor distância que separa a ação do bem jurídico protegido[434].

---

[429] GRECO, op. cit.

[430] LÜDERSSEN, Klaus. Beilhilf, Strafvereitelung und objektive Zurechnung. In: **Samson etc. Festschrift für Grünwald**. Baden-Baden: Nomos, 1999.

[431] GRECO, op. cit..

[432] Ibidem.

[433] Ibidem.

[434] Ibidem.

A ponderação em que pese permear o Direito Penal, a exemplo da proteção de bens jurídicos e o Direito a Liberdade, não poderá servir de fundamento, mas tão somente como meio, sendo papel a dogmática fundamentar uma punibilidade. Nesse sentido, a ponderação é alvo vazio, não satisfazendo às exigências de segurança jurídica, servindo apenas de ponto de partida, pois a "ciência do direito começa justamente onde a ponderação termina"[435].

4.2.2.6 Cursos causais hipotéticos de Löwe-Karhl

Inspirado em Frisch, Löwe-Karhl parte da ideia de limitação da responsabilidade penal através do princípio da proporcionalidade; dessa maneira, explica que um dos três componentes desse princípio: a idoneidade que, normalmente, está presente nos casos de ações neutras. No entanto, os dois outros componentes desse rudimento - a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - tornariam duvidosa a punibilidade da cumplicidade[436].

Quando uma contribuição é prestada com antecedência em relação à realização do fato pelo autor, e essa colaboração puder ser encontrada em qualquer outro lugar, a contribuição não gera risco ao bem jurídico tutelado, devendo ser analisados, para a imputação objetiva do resultado, cursos causais hipotéticos. Sendo punível, no entanto, a colaboração do partícipe que adaptar sua contribuição em detrimento do futuro cometimento do crime, independentemente de ser individualizada, bastando que seja destinada à facilitação do delito[437].

Esse doutrinador defende ainda a punibilidade do partícipe nos casos em que detenha uma posição de monopólio, de modo que a colaboração somente pode ser prestada por ele, bem como nos casos em que ocupa uma posição de garantidor.

A construção teórica de Löwe-Karhl é criticável em função da adoção do critério de cursos causais hipotéticos, em função do majoritário reconhecimento de que tais cursos são irrelevantes para o critério de imputação.

---

[435] Ibidem. p. 61.

[436] Ibidem.

[437] Ibidem.

4.2.3 Solução teórico-subjetiva

As denominadas teorias subjetivas compreendem insuficiente justificar a isenção de punibilidade das ações neutras somente analisado o tipo objetivo. É uma concepção teórica que entende que não há como escusar ao fato de que o possível cúmplice que auxilia o injusto do autor tenha realizado uma conduta que preencha o tipo objetivo, sendo possível tão somente no âmbito da tipicidade subjetiva a possível isenção de pena nas ações neutras.

4.2.3.1 Não punição do Dolo Eventual de Otto

O ponto de vista desenvolvido por Otto[438] parte da premissa de que as contribuições ao injusto do autor exigem conhecimento seguro; assim, é necessário distinguir se a colaboração decorre do dolo direto ou como forma de dolo eventual. No primeiro caso, o dolo direto, demonstra-se a existência de conhecimento seguro a respeito da colaboração que a torna punível por meio da cumplicidade delitiva. Diferentemente dos casos de dolo eventual que demonstra dúvida, caso em que afasta a punição nessa forma de contribuição[439].

Na existência de incerteza a respeito do injusto do autor, enquanto existir tão somente um risco futuro do fato criminoso, a liberdade profissional prevalece sobre o interesse de não prática de possíveis delitos, fazendo da eventual colaboração uma ação neutra. Ponderando o autor, inexistindo proibição legislativa para o exercício de determinadas profissões, é inadequado ameaçar de punição aquele que exerce sua atividade profissional adequadamente em razão de mero estado subjetivo de dúvida[440].

Ademais, segundo entendimento de Otto, há ainda direito daquele que é destinatário de bens ou serviços, fazendo como que, na atividade profissional, não seja possível a recusa de prestação de serviços em razão de dúvida ou desconfiança acerca da idoneidade do cliente. Portanto, nessa concepção teórica, é necessário para fundamentar a punibilidade do partícipe,

---

[438] OTTO, Harro. **Das Strafbarkeittsrisiko berufstypischen, geschäftsmäbingen Verhalttens**. Em: JZ. N.9, 2001.

[439] GRECO. op. cit.

[440] Ibidem.

o conhecimento com segurança das circunstâncias do fato e do plano delitivo do autor, prestando uma colaboração com dolo.

No entanto, o escorço teórico de Otto não esclarece adequadamente a distinção entre dolo e dolo eventual na caracterização da cumplicidade em razão do primeiro e a isenção de pena por ações neutras no segundo. Assim, Greco questiona o critério adotado por Otto, em face de que a diferença valorativa entre dolo e dolo eventual é incapaz de justificar adequadamente as consequências jurídicas atribuídas à colaboração com dolo ou dolo eventual.

Ademais, "a própria distinção entre dolo direto e dolo eventual vem parecendo cada vez mais duvidosa, uma vez que talvez só haja um único conceito de dolo, que se confundira com aquilo a que chamamos dolo eventual". No entanto, esse posicionamento de Otto, em que pese duvidoso, chama a atenção para a liberdade profissional, demonstrando, a ilegitimidade em transformar as atividades profissionais em sensor antidelito, com o dever de que investigar seus clientes antes de prestar um serviço[441].

4.2.3.2 A necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal de Schid -Trappe

A construção teórica da suíça Schild-Tappe compreende a cumplicidade psíquica como protótipo de cumplicidade punível, colocando-se em posição oposta à doutrina majoritária, que parte da cumplicidade física do auxílio material como forma básica de cumplicidade, colocando inclusive dúvidas a respeito da figura da cumplicidade psíquica[442].

É desenvolvido por Schild-Tappe um conceito de cumplicidade enquanto "interferência psíquica (dolosa) no plano emocional de um (futuro) criminoso, o qual já tomou a decisão de cometer determinado crime, mas ainda não a executou"[443]. Nesse sentido, somente haverá cumplicidade quando o autor do injusto tiver conhecimento da ajuda que lhe é fornecida pelo cúmplice, visto que este interfere na psique do autor.

O fundamento da punibilidade da cumplicidade, para a autora, nos termos do que foi apresentado por Schumann, também considera a solidarização do cúmplice com a conduta do

[441] GRECO, op. cit., p. 68.

[442] Ibidem.

[443] Ibidem. p. 69.

autor. Nesse sentido, será punível aquele que manifestar apoio, sua aprovação ao autor decidida a realização do delito, reconhecendo que a mera presença no local do fato, diferentemente dos demais doutrinadores, pode servir de fundamento para a punição, se a sua presença puder motivar o autor[444].

Segundo Schild-Tappe[445], para a configuração da cumplicidade, exige-se a existência de dolo direto, não sendo suficiente o dolo eventual, sendo somente possível aquele que contribui conhecendo com clareza que o autor está decidido a praticar o delito[446].

Sendo assim, a partir dessa concepção de punibilidade da cumplicidade, entende-se que a cumplicidade por ações neutras é algo impensável, em regra, tratando de ações impuníveis, ou porque o sujeito desconhece o propósito do autor, agindo com mero dolo eventual, ou porque o autor desconhece a solidarização que lhe presta o cúmplice. Por fim, no caso de existência de dolo direto, conhecendo o cúmplice dos planos do autor, e existindo solidariedade, notado inclusive pelo autor, haverá cumplicidade punível[447].

O desenvolvimento teórico da autora parece desprezar a existência ou não de risco desencadeado pelo comportamento do cúmplice ao bem jurídico, preocupando-se somente com aspectos de ânimo e a existência de conhecimento do autor principal da colaboração que lhe é prestada. Incorrendo ainda na mesma problemática que envolve a diferenciação entre dolo direto e dolo eventual para justificar a punibilidade e a cumplicidade na colaboração.

Greco apresenta uma crítica severa à autora, explicando que a teoria desenvolvida pro Schild-Tappe não possui compromisso como ideário de garantias do Estado de Direito, faltando-lhe considerações a esse respeito.

4.2.4 Solução teórico-mista

Realizada a análise de algumas construções teóricas que desenvolveram seus fundamentos na tipicidade objetiva e subjetiva, é necessário apontar algumas concepções denominadas de mistas, que adotam ambos os critérios.

---

[444] GRECO, op. cit.

[445] SCHILD-TRIPPE, Garcia Marie Luise**. Harmlose Gehilfenschaft**? Eine Studi über Grund um Grenzen der Gehilfenschaft, Stämpli, Bern, 1995.

[446] Ibidem.

[447] Ibidem.

4.2.4.1 A construção de Wolfgang Frisch

A teoria geral do comportamento típico, desenvolvida por Frisch, é fundamentada na criação de um risco desaprovado ao bem jurídico, sendo inserida nesse contexto teórico a problemática da cumplicidade por ações neutras. A construção teórica que parte da premissa de que o comportamento somente será considerado típico se a proibição penal for idônea, necessária e adequada para a proteção de bens jurídicos[448].

Nesse sentido, seu sistema é construído com base em três modelos de comportamentos: primeiro, o comportamento que promove um ataque direto ao bem jurídico, sendo naturalmente típico; segundo, há aquele comportamento que gera um perigo ao bem jurídico se combinado ao comportamento da vítima; e, por fim, os comportamentos que precisam ser combinados à conduta de terceiros para se tornarem típicos[449].

O terceiro grupo de comportamento teorizado por Frisch somente será punido se houver uma intervenção de uma terceira pessoa, que, após a sua intervenção desenvolve um risco desaprovado para o bem jurídico, sendo proibidos, tão somente, se dotados de sentido delitivo desde o seu início. O sentido delitivo do comportamento é um dado objetivo, caracterizado por "comportamentos que se mostram justamente funcionais no sentido de possibilitar ou facilitar comportamentos delitivos de terceiros, que destes recebem o seu significado, e que, muitas vezes, esgotam seu sentido no facilitar comportamentos delitivos de terceiros"[450].

A punibilidade da cumplicidade é fundamentada na concepção de que o comportamento deve possuir um sentido delitivo, aliado ainda à ideia de proximidade com o fato e de que o partícipe adapta seu comportamento às necessidades do autor. Segundo Frisch, é inidôneo a proteção de bens jurídicos à proibição de comportamentos carecedores de sentido delitivo, isto porque, do contrário, o autor poderia obter uma colaboração em qualquer outro lugar[451].

Sendo assim, as ações neutras, chamadas por Frisch de negócios normativos da vida cotidiana, carecedoras de sentido delitivo, em regra, são impuníveis, são ações atípicas, salvo

---

[448] GRECO, op. cit.

[449] Ibidem.

[450] Ibidem. p. 74.

[451] Ibidem.

aquelas dotadas de razões especiais, como a posição de garantidor ou de uma cláusula geral de solidariedade, violadas através dessa ação. Portanto, segundo o posicionamento de Frisch, há a premissa de que as ações neutras são atípicas, sendo que, nos casos de perigo para bens jurídicos fundamentais, regras especiais que exigem uma ação positiva de proteção (fixando posição de garantidor) ou de solidariedade (os casos de omissão de socorro ou de comunicação de crimes) podem fundamentar a punibilidade do comportamento[452].

Nesse sentido, somente com a realização de uma conduta dotada de sentido delitivo ou que implique violação às normas de solidariedade, ocorrerá fundamento na punibilidade da conduta que auxilia terceiro, ou seja, a punibilidade da cumplicidade.

A princípio, a construção dogmática de Frisch se apresenta como uma teoria objetiva, no entanto, a ideia de sentido delitivo da conduta revela a necessária análise subjetiva da conduta, daí, o posicionamento dessa concepção no plano de uma teoria mista. Nesse aspecto, explica Busato[453], o sentido delitivo, o sentido da conduta, da contribuição residem essencialmente no dolo, especificamente no dolo normativo, como expressão do sentido de compromisso para com a produção do resultado.

Dessa forma, "o sentido delitivo nada mais é do que a vontade consciente do cúmplice em aderir à execução criminosa do autor, ou seja: é um critério subjetivo, pois está no ânimo, no interior do cúmplice"[454]. Sendo assim, é necessária a análise do tipo objetivo em face do comportamento exteriorizado pelo cúmplice, bem como o ânimos desse comportamento, caracterizado pelo tipo subjetivo.

4.2.4.2 A construção de Claus Roxin

A contribuição do cúmplice é definida por Claus Roxin como um ataque acessório ao bem jurídico que promove um incremento causal do risco, desenvolvendo seu raciocínio em face da punibilidade da cumplicidade por meio de ações neutras sob duas perspectivas, sendo elas: primeiro, o cúmplice tem conhecimento do plano delitivo do autor do injusto; e na segunda hipótese, há tão somente uma suspeita da intenção delitiva.

---

[452] GRECO, op. cit.

[453] BUSATO, op. cit.

[454] LOBATO, op. cit., p. 87.

Partindo da premissa de que há tipicidade objetiva no comportamento do cúmplice, colaboração que cria ou incrementa um risco desaprovado para o bem juridicamente protegido, nos casos de comportamento cotidiano há ainda a necessidade de que o cúmplice tenha conhecimento do plano delitivo do autor, havendo, a partir daí, uma colaboração punível, vez que o comportamento é dotado de sentido delitivo, retirando a neutralidade da colaboração. O sentido delitivo estará presente quando a conduta do autor ou a ação principal possuir natureza delitiva, na situação em que o sujeito vende um martelo a alguém que sabe estar decidido a matar - plano do autor essencialmente delitivo[455].

O sentido delitivo existirá sempre que a ação principal for em si legal, entretanto, a finalidade e a utilidade para o autor se destinam exclusivamente a facilitar ou permitir a prática de um delito, a venda de um pão, sabendo que o único propósito do autor é o de matar alguém envenenado. Por outro lado, inexistirá sentido delitivo naqueles comportamentos igualmente legais, úteis ao autor para o desenvolvimento legal de um comportamento, mas que é utilizado, desviando seu curso por uma decisão sua, para a realização de um delito, como a entrega de insumos à indústria que se sabe praticar crime ambiental[456].

Por outro lado, nos casos de dúvida a respeito do propósito delitivo do autor, em que pese a possibilidade de ocorrência de dolo eventual, em regra, não haverá punibilidade em face do princípio da confiança, visto que a qualquer um é dado o direito de confiar no comportamento lícito dos demais[457]. Contudo, é possível que, em determinado casos em que exista dúvida a respeito do comportamento delitivo do autor, em especial, quando a pessoa é reconhecidamente inclinada a praticar o fato delitivo, pode ensejar uma participação delitiva.

4.2.4.3 Ampla ponderação de interesses de Wohlleben

Em face da compreensão das diversas teorias a respeito da cumplicidade por ações neutras, Wohllerben[458] aponta para a necessidade de se realizar uma ponderação de interesses, levando em conta tanto o interesse geral de liberdade, permitindo a colaboração como o

[455] ROXIN, op. cit.

[456] Ibidem.

[457] Ibidem.

[458] WHOLLEBEN, Marcus. **Beihilfe durch äuBerlich neutrale Handlungen.** München, 1996.

delito, quanto o interesse de proteção de bens jurídicos, propiciando a proibição da colaboração[459].

Nesse sentido, aponta para a necessidade de observar alguns aspectos para a análise da conduta como forma de contribuição ou não para o crime. Sendo o primeiro deles se o cúmplice possui ou não conhecimento seguro ou mera suspeita a respeito do cometimento da ação principal; a utilidade social do comportamento; a orientação da jurisprudência e da doutrina; deve ser levado em conta o grau de perigo segundo a representação do cúmplice, a dependência da contribuição em face ao delito; a exigibilidade de não contribuição; perigos sociopsicológicos da não punição e a conformidade de papéis sociais[460].

No entanto, Wohllerben constrói seu trabalho, a rigor, sob a perspectiva do critério do conhecimento seguro em contraponto a mera suspeita, definindo pela punibilidade nos casos em que o cúmplice tem certeza de que o fato delitivo será cometido pelo autor; ficando isento de pena o cúmplice que colabora simplesmente suspeitando, agindo em tese, em dolo eventual[461].

4.2.4.4 Construções teóricas nacionais

Em sua tese de doutorado, apresentada na USP, João Daniel Rassi também compreende que a problemática das ações neutras encontra-se no tipo objetivo, fundamentando o injusto a partir do dever de solidariedade. Explicando que não cabe ao Direito Penal promover o sentimento de generosidade mútua (solidariedade subjetiva), mas a integração do corpo social (solidariedade objetiva) com uma atuação consciente de seus atos, riscos indevidos que podem ser acarretados em face de sua negligência[462].

O autor utiliza os critérios da imputação objetiva para a solução das situações limites das ações neutras, explicando que a falta de solidariedade dá ensejo à realização do incremento do risco proibido. Ademais, é empregado o critério da omissão penalmente

---

[459] GRECO, op. cit.

[460] Ibidem.

[461] Ibidem.

[462] RASSI, op. cit.

relevante para identificar a licitude da intervenção punível diante da violação do dever de solidariedade, sendo neutra a conduta que não violar um dos deveres de garantia[463].

Ao fazer uso dos parâmetros do §2º do Art. 13 como meio de verificar a quebra da solidariedade, Rassi[464] demonstra que há uma omissão daquela que colabora com o injusto do auto. Servindo assim como critério de análise de incremento do risco proibido ou permitido, sendo risco proibido se o agente estiver em uma situação análoga a de um garantidor.

Nesse sentido, há semelhança com a construção teórica de Claus Lüderssen que também analisa a questão da simplicidade por ações neutras sob a ótica da omissão e de deveres de garantia.

Ao adotar uma concepção teórica mista, visto que analisa as colaborações a fato de terceiro sob a perspectiva do abuso do direito, José Danilo Tavares Lobato[465] atribui importância ao elemento subjetivo na constatação de uma violação típica. O instituto do abuso do direito tem fundamento na relatividade no exercício dos direitos, explicando que o exercício de um direito não pode implicar a violação do direito de um terceiro ou do próprio ordenamento jurídico.

Contribuições a fato alheio, pouco importando sua nomenclatura de neutra ou cotidiana, nada disso altera a participação criminal, visto que, em princípio, toda forma de participação trata das condutas atípicas[466]. Nesse caso, sua análise passa pela existência ou não de um abuso do direito no exercício de uma atividade profissional que, evidentemente, não pode violar as normas gerais do sistema jurídico.

Conclui Lobato[467] que os fundamentos da punibilidade na participação criminal são exatamente os mesmos da participação por ações neutras, pois inexiste diferença que pode justificar um tratamento diferenciado de ambas as figuras.

Também adota uma concepção mista Vinicius de Melo Lima, arguindo que, sem a análise subjetiva da conduta, o próprio conceito de neutralidade deixará de existir, "pois se exigem um aumento do risco[468], então a ação já deixa de ser "neutra" pra passar a ser relevante"[469].

---

[463] Ibidem.

[464] RASSI, op. cit.

[465] LOBATO, op. cit.

[466] Ibidem.

[467] LOBATO, op. cit.

[468] BUSATO, op. cit

[469] LIMA, op. cit., p.52.

O supracitado autor entende que somente a partir de uma concepção objetivo-subjetivo será possível analisar o fundamento da punibilidade das chamadas ações neutras. Permitindo, assim, a realização de um conexão de risco que evidencia uma referência delitiva (dolo Direito) ou a iniciação reconhecível ao fato (dolo eventual) bem como a idoneidade da conduta para a ofensa ao bem jurídico[470].

Em artigo a respeito do tema, Busato afirma que não é possível estabelecer a responsabilidade do partícipe simplesmente utilizando os critérios de imputação objetiva. As ações cotidianas não podem ser consideradas neutras segundo critérios unicamente objetivos, sendo dependente de uma análise de compreensão do sentido normativo do compromisso para com a produção do resultado.

A relevância da ação neutra e o limite à participação por cumplicidade encontram-se no plano subjetivo, na análise do dolo. A exclusão da punibilidade no tipo objetivo representa uma antecipação indevida da análise normativa, isso porque, a relevância da contribuição reside na análise da consciência que tem ou não o cúmplice a respeito dela[471].

No entanto, filiamo-nos à construção teórica desenvolvida por Luís Greco, que posiciona a problemática da cumplicidade por ações neutras no tipo objetivo, como uma questão de imputação objetiva. Posição teórica que passamos a desenvolver neste momento, aplicada nos casos de prestação de serviços contábeis que contribuem para a realização da lavagem de dinheiro.

4.3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA CUMPLICIDADE POR AÇÕES NEUTRAS

As incursões dogmáticas a respeito da punibilidade da cumplicidade em face de comportamentos cotidianos com aparência de normalidade, substancialmente encontram-se concentrados no âmbito da teoria do tipo, com uma diversidade de soluções que transitam pelos seus diversos elementos[472]. Em razão das diversas exposições acerca do tema apresentado, que, em geral, pretendem excluir a tipicidade da conduta, descaracterizando, assim, a cumplicidade, pois se trata ao final de uma ação neutra.

---

[470] LIMA, op. cit., p. 53.

[471] BUSATO, op. cit.

[472] GRECO, op. cit.

A colaboração por meio de uma atividade profissional, aqui, desde já entendida como ação cotidiana analisada, deve ser compreendida como ação neutra, quando inserido no estudo da cumplicidade delitiva, o fundamento de sua punibilidade é um problema exclusivo de imputação objetiva. A tipicidade, não é um bloco monolítico, é um ente complexo, compreendido sob dois aspectos - um de cunho objetivo e outro de cunho subjetivo -, analisados de forma sucessiva, a tipicidade subjetiva somente é investigada depois de constatada a objetiva.

A reformulação do tipo de objeto a partir das novidades reveladas pela imputação objetiva de Roxin inseriu características normativas que passaram a compor o tipo objetivo, exigindo para além da causalidade, a necessária criação de um risco não permitido e a realização deste risco no resultado, reforçando o caráter objetivo do 'desvalor' da ação e do resultado[473]. A imputação de um resultado, portanto, não depende apenas da relação de causalidade naturalística em razão de sua insuficiência, sendo necessário o filtro normativo da imputação objetiva que insere valoração axiológica, complementando, assim, o nexo de causalidade.

É função do tipo objetivo delimitar os limites externos do comportamento proibido e permitido, bem como viabilizar a distinção entre os níveis de perigo da conduta. A conduta ariscada não depende das disposições anímicas do agente, não depende de suas preferências e gostos, trata-se tão somente de fatores externos, que revelam se a ação ultrapassou ou não os limites de sua esfera de liberdade, verificáveis, objetivamente[474].

O fundamento aqui proposto para a solução do problema da colaboração no injusto de lavagem de capitais, em razão do aporte que um profissional de contabilidade possa fornecer ao prestar um serviço contábil são as regras gerais de imputação objetiva, para, assim, obter uma delimitação e os contornos racionais da punibilidade na cumplicidade[475].

A indagação levantada por Greco, ao nosso sentir, resolve-se pela aplicação do filtro normativo da imputação objetiva, analisando a prestação dos serviços contábeis sob a perspectiva do risco; permitindo valorar se há ou não a criação de risco desaprovado para o

---

[473] PERREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **A Teoria da Imputação Objetiva e o Princípio da Confiança no Direito Penal**: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. DE jure, v.13, p.47-100, 2014.

[474] GRECO, op. cit.

[475] (...) o problema que temos diante de nós é um problema de tipo, e de tipo objetivo, vez que é função deste, e não do tipo subjetivo, fixar os limites externos do proibido e do permitido. A pergunta já pode ser precisada da seguinte maneira: **sob que pressupostos se pode excluir a tipicidade objetiva daquelas ações de contribuição a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis?** (GRECO, 2004, p. 116) [grifo nosso].

bem jurídico tutelado, se o serviço prestado se apresenta como incremento de um risco juridicamente desaprovado, viabilizando a conduta principal do autor.

Essa solução é a proposta pelo autor em trabalho específico sobre o tema, posicionamento que nos filiamos, visto que essa solução é a que melhor protege a liberdade profissional e garante a segurança jurídica na prestação de serviços contábeis.

A tipicidade objetiva é constituída de um subsistema composto por elementos variados, dos quais destacam-se a conduta, o nexo de causalidade, o resultado e a imputação objetiva. Na análise da cumplicidade por meio de uma prestação profissional, classificada como cotidiana, a exemplo da colaboração do contador "D" em 4.1, evidentemente, estão ali presentes sem a menor sombra de dúvida, uma conduta, o nexo de causalidade e o resultado, restando, no entanto, analisar se há imputação objetiva. O problema na colaboração por ações neutras é de imputação objetiva.

O estudo recai, neste momento, em perquirir se, ao prestar um serviço contábil, utilizado na engrenagem da lavagem de capitais por um terceiro, há uma ação típica de lavagem de capitais; se há criação de um risco; se o risco criado é juridicamente desaprovado; e ainda, se esse risco juridicamente desaprovado realiza-se no resultado. Percebe-se que os dois primeiros elementos (risco e risco desaprovado) referem-se ao desvalor da ação, exigindo que na colaboração prestada pelo contador ocorra uma ação desvalorada pelo incremento do risco criado pelo autor; o terceiro elemento contempla o desvalor do resultado[476].

A problemática em torno da punibilidade das ações neutras como forma de cumplicidade reside essencialmente no desvalor da ação. A prestação de um serviço contábil, para que ocorra imputação do resultado, dever incrementar por meio de um risco juridicamente desaprovado o comportamento do autor.

Conforme o exposto no capítulo anterior, especificamente no ponto 3.4.2, o fundamento da punibilidade na cumplicidade recai no campo de incidência da teoria da imputação objetiva, assim, coerentemente, a análise das ações neutras dispensa a avaliação da tipicidade subjetiva, visto que se esgota na análise objetiva da colaboração. O ponto nevrálgico da questão é a existência ou não do desvalor da ação na prestação na colaboração, se o profissional de contabilidade, ao prestar um serviço contábil, comporta-se incrementado o risco juridicamente desaprovado para a violação do bem jurídico tutelado na lavagem de capitais.

---

[476] GRECO, Luís. **Um panorama da teoría da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juuirs, 2013.

Na imputação do resultado ao cúmplice, deve constatar-se uma conduta de incremento do risco gerador de perigo para o bem juridicamente protegido, exigindo, assim, conforme explica Roxin, o afastamento da imputação ao tipo objetivo quando o sujeito não diminui nem aumenta de modo juridicamente relevante o risco de lesão. O primeiro aspecto relevante, pressuposto da imputação objetiva, é constatar se há um risco na atividade profissional do contador nos casos em que sua colaboração é utilizada por um terceiro na realização da lavagem.

O risco constitui no comportamento desencadeador de perigo[477] ao bem jurídico, caracterizado essencialmente pela possibilidade de dano.

A atividade profissional de um contador de *per si* não é um comportamento perigoso, demandando análise casuística da atividade e em quais circunstâncias são prestadas. O desenvolvimento de produtos químicos pela indústria, por exemplo, de fato, gera risco ambiental, mas a constituição de uma pessoa jurídica que tem por objeto a produção desses produtos químicos, não vincular o profissional que assessorou e elaborou o contrato social ao risco da atividade produtiva, não sendo possível atribuir o risco de dano ambiental ao seu comportamento.

Portanto, o risco advém de uma situação fática em que o interveniente consegue avaliar por meio de uma percepção cuidadosa das relações socioeconômicas, podendo assim, prever possibilidades lesivas direta em seu comportamento[478].

No caso do profissional de contabilidade que atuou na constituição de uma pessoa jurídica ou em sua organização contábil, que, posteriormente, servirá no mecanismo de ocultação ou dissimulação de ativos ilícitos, configurando, assim, a lavagem de dinheiro, pode ser compreendido como uma ação perigosa? Entendemos que não, pois do mesmo modo que a constituição de uma pessoa jurídica que produzirá produtos químicos não vincula o risco da atividade produtora ao profissional que a constituiu, os riscos produzidos posteriormente não fazem de sua constituição uma ação ariscada.

A imputação objetiva exige uma ação perigosa, visto que a finalidade do Direito Penal é proteger bens jurídicos, assim, "proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é

---

[477] Uma observação terminológica: o termo *perigo* será utilizado nesse trabalho como sinônimo de risco, visto que não é objeto desse trabalho detalhar a concepção de risco e de perigo, este como espécie do outro.

[478] Costuma-se trabalhar aqui com o critério da chamada prognose póstuma-objetiva, herdado da antiga teoria da adequação. Segundo este critério, uma ação é arriscada quando, segundo o juízo de um homem prudente, situado no momento da prática da ação (ex ante) e dotado de eventuais conhecimentos superiores do autor (chamados conhecimentos especiais), traz ela consigo uma possibilidade de dano (GRECO, 2004, p. 117).

limitar a liberdade sem correlato ganho social"[479]. Nesse caso, a ação na cumplicidade deve ser igualmente perigosa, deve contribuir para a ação principal, viabilizando a ação do autor como incremento juridicamente reprovável.

A criação do risco relevante para o direito penal trata-se de uma ação perigosa que, "aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico"[480]. Nesse sentido, a conduta do profissional de contabilidade, para que seja considerada de risco a realização da lavagem, dever ser dotada de conhecimentos especiais, fazendo da prestação do serviço contábil um perigo real para o desenvolvimento do delito.

Constituir uma sociedade anônima, existindo propósitos negociais fidedignos em um contexto econômico real segundo os padrões normativos e econômicos, de *per si*, não representa uma atividade ariscada ou perigosa a bens jurídicos tutelados, mesmo que possa servir como instrumento da lavagem. Diferentemente do exemplo exposto no item 4.1, em que não há claramente explicitada a necessidade da constituição de uma sociedade anônima, muito menos existem lastros financeiros das pessoas interessadas na constituição societária, com a integralização de soma elevada de dinheiro em espécie, cuja origem não foi claramente explicada, evidenciando assim uma zona de risco elevado.

Por outro lado, existem ainda aspectos negativos relacionados a uma ação de risco, correspondentes à criação de riscos irrelevantes ou nos casos em que a ação diminui o risco.

As ações perigosas, criadoras de risco relevante para o direito penal, somente podem ser aqueles que desenvolvem uma possibilidade de dano real, cujo risco para o bem jurídico não seja remoto, ou seja, situações que não pareçam desprezíveis ao denominado homem prudente[481]. Nesse caso, os riscos considerados juridicamente irrelevantes ficaram fora da apreciação do Direito Penal, não constituindo imputação objetiva, conforme o clássico exemplo, do risco do avião cair ou da pessoa ser atingida por um raio na floresta, ou mesmo na prestação de uma assessoria contábil corriqueira na forma de declarar ativos de uma pessoa jurídica ou física.

No mesmo sentido, a imputação objetiva ficará excluída quando o comportamento do agente, em que pese contribuir para o resultado, revelar-se como benéfico, desenvolvida como diminuição do risco de lesão a que estava exposta o bem jurídico tutelado. A colaboração,

---

[479] GRECO, op. cit. p. 33.

[480] Ibidem. p. 39.

[481] Ibidem.

portanto, prestada pelo profissional de contabilidade, como aporte ao injusto do autor na lavagem de capitais, terá que representar um comportamento mais que ariscado, dever gerar um perigo concreto e que seja proibido juridicamente[482].

Ademais, os avanços por conta da globalização, inclusive, o desenvolvimento nocivo da criminalidade econômica organizada envolvida na atividade econômica formal, evidenciam um ambiente de risco para os setores sensíveis à lavagem de capitais, colocando os profissionais de contabilidade no centro das atenções como sensor antilavagem. Jakobs ressalta que "qualquer contato social implica risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé"[483]; em maior grau, ocorre nas prestações de serviços contábeis em um contexto empresarial de transação de ativos, constituindo, sim, risco à lavagem, restando analisar em especial se o risco aqui desenvolvido é aprovado ou desaprovado juridicamente.

A sociedade moderna se desenvolve em um ambiente de risco, basta observar o tráfego viário, o desenvolvimento industrial e, especialmente, as relações socioeconômicas globalizadas, exigindo uma zona de tolerância a determinados riscos. A circulação de ativos, que hoje representa um risco em face da criminalidade econômica, é mais do que socialmente tolerada, é fomentada como meio de desenvolvimento das relações humanas, o que pode exigir controle, mas sem histeria policialesca, representando, assim, uma atividade de risco permitido.

Nesse caso, o risco tolerado na circulação de ativos representa muitos mais a proteção das relações sócias, do que uma violação a bens jurídicos essências ao desenvolvimento humano[484].

Nesse aspecto, "o risco só pode ser tolerado na medida em que *ex ante* as vítimas sejam anônimas, e isso porque *ex ante* também podem ser consideradas como potenciais beneficiarias das vantagens que a atividade em questão proporciona"[485]. Portanto, o trabalho desenvolvido pelo profissional de contabilidade se apresenta nesse contexto, dentro de uma zona risco permitido, em razão de sua essencialidade na construção socioeconômica e na gestão da circulação do capital dentro de padrões normativos seguros.

---

[482] ROXIN, op. cit.

[483] JAKOBS, Günther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.35.

[484] É certo que numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos; numa sociedade de liberdades não se pode fundamentar a liberdade de comportamento às expensas dos demais (JAKOBS, 2010, p. 39).

[485] JAKOBS, op. cit., p. 39.

O fundamento da punibilidade por cumplicidades através de ações cotidianas necessariamente se dá no estudo do risco proibido juridicamente, recaindo sua análise sob o desenvolvimento de uma prestação contábil dento dos contornos normativos da atividade profissional[486]. A imputação do tipo objetivo demandará mais que realização de risco, sendo que esse risco somente terá relevância, considerado juridicamente desaprovado se extrapolar o juízo de ponderação entre o interesse geral de liberdade profissional e o interesse de proteção de bens jurídicos, potencializando o risco de lesão do comportamento principal[487].

O ponto fundamental na concretização de uma conduta neutra, excluindo, assim, a responsabilidade penal pela cumplicidade no injusto alheio, é a realização de uma contribuição dentro de um risco juridicamente permitido, o que excluirá naturalmente a imputação objetiva da conduta. Além do mais, é necessário encontrar o fundamento que permita excluir da atividade profissional a desaprovação dos riscos inerente ao seu desenvolvimento, em face de uma ação delitiva.

O conceito de risco permitido é demasiadamente controvertido, podendo ser utilizado em uma multiplicidade de contextos sem uma clareza a respeito de seu significado e de sua localização sistêmica[488]. Roxin ainda faz algumas advertências[489].

Nesse sentido, comportamentos tolerados como forma de risco permitido, concretamente, são aqueles desenvolvidos conforme os padrões normativos que regulamenta a atividade profissional. Assim, o profissional de contabilidade possui liberdade de atuação limitada nos termos dos códigos de condutas e regulamentos da atividade, permitindo, mesmo

---

[486] GRECO, op. cit.

[487] A desaprovação jurídica do risco é um componente do desvalor da ação, a sua realização um componente do desvalor do resultado. E, uma vez que estamos delimitando as fronteiras entre o proibido e o permitido, entre ações proibidas e ações permitidas, considerações sobre resultados desvalorados chegam muito tarde, quando o problema já deveria ter sido resolvido. Ou seja: **o problema da proibição de ações neutras é um problema de desvalor da ação; logo, ele não pode ser tratado no campo da realização do risco, questão de desvalor do resultado.** Agora, sabemos que o problema não é só de tipo objetivo, mas temos conhecimento exato de qual a componente do tipo objetivo competente para resolvê-lo. Podemos, assim, reformular a nossa pergunta básica de modo ainda mais precisa: ***sob que pressuposto se pode declarar permitido o risco criado pela ação não manifestamente ilícita que contribui para o fato injusto alheio?*** (GRECO, 2004, p. 120) [grifo nosso].

[488] Aquí se va a entender por riesgo permitido uma conducta que crea um riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo. Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viário. No se puede negar que el tráfico viário constituye um riesgo relevante pra la vida, salud y bienes materiales, cosa que puebra irrefutablemente la estadística de acidentes (ROXIN, 2008, p. 371).

[489] En todo caso un punto de apoyo sustanciales el estabelecimiento de reglas de cuidado como las que existen em el tráfico, o para el funcionamento de instalaciones técinicas, para la prática de deportes peligrosos, etc; pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de unrisgo juridicamente relevante (ROXIN, 2008, p. 372).

que em situação de elevado risco e de um curso causal, realizar sua atividade profissional sem ingressar no injusto alheio.

No entanto, não basta apenas investigar os fundamentos da imputação penal nos casos considerados de ações neutras, é de igual importância explicar qual seria o fundamento político-criminal da não proibição dessas ações. Nesse aspecto, é relevante fixar o entendimento de que o princípio da legalidade exige uma interpretação restritiva do tipo objetivo, sobretudo, do tipo objetivo na cumplicidade, uma vez que a punibilidade da participação é uma extensão do tipo para além da figura do autor.

O risco permitido para o tipo objetivo da cumplicidade somente será construído a partir do momento em que ficar clara a função político-criminal da não proibição de ações neutras[490]. Deve existir, portanto, uma razão que fundamente a tolerância do risco desencadeado por alguns comportamentos, especialmente os das atividades profissionais que fomentam o desenvolvimento socioeconômico, permitindo, assim, a não punibilidade pela colaboração no crime realizado por terceiro.

Nesse aspecto, Greco formula dois questionamentos importantíssimos para a solução do problema proposto nesse trabalho: o primeiro, acima referido, relacionado ao pressuposto que se pode declarar permitido o risco criado pela ação cotidiana; e o segundo, que ora analisaremos, refere-se ao fundamento político-criminal da isenção de pena para os casos de cumplicidade por ações neutras.

Em face desse segundo questionamento, incide o princípio da proporcionalidade que permite questionar a adequação da tutela penal nos casos de ações neutras, especialmente em atividades profissionais devidamente fomentadas e regulamentadas. Assim, uma questão de relevância, apontada inicialmente por Frisch[491], seria a inidoneidade da tutela penal na proibição de um comportamento não dotada de sentido delitivo, isto, em função do fato de que quem deseja utilizá-lo poderá recorrer a qualquer outra pessoa para obter idêntica contribuição[492].

---

[490] GRECO, 2004, op. cit.

[491] Um ponto de vista que transpareceu na exposição das diversas teorias acima oferecidas foi o proposto por Frisch (III 5 a aa), que diz, entre outras coisas, que a proibição de uma ação neutra, de uma ação não dotada de sentido delitivo, seria *medida inidônea* para proteger bens jurídicos, vez que quem quer se valer dela poderia recorrer a qualquer outra pessoa não dotada de conhecimento, através da qual poderia obter idêntica contribuição (GRECO, 2004, p.134-5).

[492] GRECO, op. cit.

Nesse sentido, explica Greco[493] que o critério de idoneidade, sem referência a sentido delitivo ou violação de norma de solidariedade, é o caminho correto para a demonstração do fundamento de não punibilidade de ações neutras. É por meio do critério da idoneidade conhecido com adequação, subprincípio que compõe o princípio da proporcionalidade, que fica evidenciada a desnecessidade da tutela penal em razão das contribuições por meio de ações neutras.

A ideia de proporcionalidade permeia todo o direito penal, influenciando-o em diversas oportunidades, passando por questões de política criminal e conceitos integrantes da teoria geral do delito, servindo como um critério geral na solução de casos[494]. Nesse sentido, a intervenção penal como meio legítimo de limitação à liberdade de qualquer cidadão, necessariamente, tem que observar a proporcionalidade em seus três requisitos limitadores: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito[495].

No problema da punibilidade de cumplicidade por ações neutras, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, nesse caso, as "contribuições neutras, justamente por não serem manifestamente ilegais, costumam apresentar caráter ubíquo, podendo ser obtidas em todo lugar, sem maiores dificuldades – o que torna deveras inútil a proibição de que se preste uma destas contribuições"[496], revelando-se inidônea a punibilidade. Sendo assim, de nada adiantaria proibir a prestação de um serviço contábil ou, a venda de um pãozinho ou de um machado, se o agente interessado na prática delitiva poder adquiri-lo em qualquer outro lugar, de um contador ou vendedor menos esclarecido.

Nesse sentido, "as ações neutras, justamente por serem neutras, tornam, certas vezes, inidônea a proibição, de modo que podemos esperar do princípio da idoneidade a chave para solucionar – ao menos em parte – o nosso problema"[497]. Isso porque, tratando-se de comportamentos profissionais cotidianos de caráter lícito, a proibição de sua prestação colide frontalmente com o próprio direito que garante a liberdade de exercer uma atividade profissional, sugerindo a inutilidade da proibição penal.

Ademais, a tutela penal somente será legítima se for adequada, se os meios forem idôneos para a proteção dos bens jurídicos. Um meio será considerado adequado quando for

---

[493] Ibidem.

[494] QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** parte geral. Vol.1, 12 de., Editora Jus Podivm, 2016.

[495] CORREA, Belize Câmera. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal: a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro. 2004. 126 f. Dissertação **(Mestrado em Direito)** Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

[496] GRECO, op. cit. p. 138.

[497] Ibidem. p. 140.

apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização desse meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos fomente a sua realização[498].

É necessário pontuar que o sentido que se dá à "adequação" ou à "idoneidade" é o de "aptidão que se reveste o intervento punitivo para alcançar finalidades afeitas à atuação do direito penal, na qualidade de instrumento por excelência de controle social"[499]. Assim, é conhecido também como princípio da idoneidade, identificado inclusive desde a obra de Mayer, quando se refreia à "capacidade de proteção penal", significando dizer que o meio escolhido pelo legislador está em conformidade com os fins demarcados pelo sistema penal.

A proibição da cumplicidade por meio de ações neutras, portanto, deve respeitar o princípio da idoneidade, ou seja, a ordem para que não se pratique a colaboração deve servir de meio para alcançar o fim perseguido, a proteção de um bem jurídico. No entanto, a aplicação do princípio da idoneidade não se dá pela análise abstrata dos bens jurídicos que se pretende proteger, mas a partir do caso concreto pela proteção concreta do bem, visto que, do contrário, nenhuma proibição será idônea em razão de que sempre haverá o perecimento natural desses bens.

Além do mais, seria uma exigência em demasia e inalcançável, bastando, assim, que a tutela proteja o bem jurídico concreto. Dessa forma, não é preciso que a abstenção da conduta que venha a colaborar com o injusto do autor salve o bem jurídico, sendo suficiente que, de alguma modo, melhore a situação do mesmo[500].

Nesse aspecto, para a melhoria da situação do bem jurídico, é necessário destacar que não se trata do mesmo que modificar a situação fática do evento, nesse caso, é importante citar a explicação apresentado por Luís Greco[501].

---

[498] GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[499] CORREA, op. cit. p. 62.

[500] GRECO, op. cit.

[501] O que significa, porém, "*melhorar de alguma maneira?*" Cumpre, primeiramente, observar que "melhorar" não é o mesmo que "modificar". Toda vez que um potencial cúmplice recusa a sua contribuição, está modificando o curso do fato principal. Ainda que haja dez padeiros num raio de cem metros, se o nosso padeiro do caso 4 se recusa a vender seu pão, o fato principal será, em tese, modificado, porque será um homicídio praticado com outro pão. Melhorar pressupõe, assim, mais do que isso, mais do que o simples fato de que as coisas teriam corrido de modo ligeiramente diverso. E talvez alguém objete que a recusa de nosso padeiro melhoraria, sim, a situação do bem jurídico, porque ele só poderia ser atacado cinco minutos depois – o tempo de o autor principal sair da primeira padaria e entrar na segunda. Mas tampouco essa melhora (se é que tal palavra se mostra apropriada) é o bastante. *Melhorar, no sentir do critério proposto, pressupõe uma melhora relevante: menos do que salvar, mas mais do que modificar.* (GRECO, 2004, p. 141-2).

A recusa na prestação do serviço contábil ou na colaboração pretendida pelo autor deve gerar de certo modo uma proteção ao bem jurídico, mesmo que, indiretamente, criando uma impossibilidade para o autor de continuar com a realização de seu plano.

Assim, fica muito bem esclarecida a importância do princípio da idoneidade no fundamento da não proibição de colaboração por ações neutras, isso porque não há uma efetiva proteção do bem jurídico. É relevante ainda ressaltar que as colaborações que podem ser encontradas em todos os lugares com grau elevado de facilidade, quanto mais ubíqua, na expressão utilizada pro Greco, portanto, de fácil substituição, menos idônea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico[502].

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, por meio do critério da idoneidade da proibição revela que somente haverá na colaboração a criação de um risco juridicamente desaprovado se a recusa na prestação do aporte ao injusto do autor representar uma melhoria relevante na situação do bem jurídico[503]. Se, a partir dessa recusa, o autor que age decididamente no intuito de ocultar a origem ilícita do dinheiro não consegue concretizar seu objetivo, a prestação dos serviços contábeis seria de relevância juridicamente reprovável.

O princípio da idoneidade é relevante nos casos de cumplicidade, isso porque, em regra, nesses casos, há um terceiro já decido a praticar o fato delituoso, o que revela a inadequação da tutela penal na proteção do bem jurídico com a punição do partícipe. O autor que tem o domínio sobre o fato, pode a qualquer momento dispensar o auxílio do cúmplice, e, ainda assim realizar seu objetivo, demonstrando que a proibição da colaboração nos casos de um prestação profissional é inócua para a proteção do bem jurídico[504].

É importante ressaltar que, nos casos de colaboração por atividade profissional, o autor não necessita mudar o plano delitivo, basta apenas modificar o profissional que iria prestar o serviço, e assim dar continuidade ao seu objetivo, demonstrando a inadequação da tutela penal em face dessa forma de colaboração, fazendo desse aporte uma ação completamente neutra.

A isenção de pena para os casos de comportamentos cotidianos que colaboram para a ação delitiva do autor possui um fundamento político–criminal relevante, que é a inadequação da tutela penal na proteção do bem jurídico para esses casos. Sendo assim, a exclusão da

---

[502] GRECO, op. cit.

[503] Ibidem.

[504] Ibidem.

responsabilidade penal, classificando a colaboração como uma ação neutra, exige a análise do caso concreto por meio do filtro normativo da imputação objetiva.

É importante esclarecer que o fundamento da restrição da punibilidade na cumplicidade por ações neutras são os princípios da proteção do bem jurídico e o da proporcionalidade, sendo que os cursos causais hipotéticos, por não servirem para a exclusão de tipicidade, não são o fundamento da atipicidade na colaboração. Nesse sentido, Greco esclarece que há causalidade em face da colaboração, não existe a possibilidade de excluí-la por cursos causais hipotéticos, o que é excluído é a imputação objetiva, visto que a conduta não representa incremento ao risco juridicamente desaprovado na ação do autor.

A exclusão da punibilidade da colaboração se dá pela análise normativa da imputação objetiva, inexistência do aumento ou incremento do risco desaprovado criado pelo autor, legitimando pela inidoneidade da tutela penal em decorrência de sua inadequação para proteger bens jurídicos, visto que a colaboração por meio de um serviço contábil pode ser obtida em qualquer lugar.

A contribuição ao injusto do autor realizada através da prestação de um serviço profissional em conformidade com o risco juridicamente tolerado pelo direito é suficiente para justificar a exclusão da tipicidade objetiva da colaboração. Sendo, portanto, dispensável investigar a existência de imputação subjetiva do comportamento, bastando, tão somente, a análise da conduta objetiva exteriorizada que incremente o risco para a lesão do bem jurídico tutelado nos padrões normativos da imputação objetiva.

4.4 A DELIMITAÇÃO DO RISCO NO CONTEXTO PROFISSIONAL DO CONTADOR E A LAVAGEM DE CAPITAIS

As ações neutras, consoante apresentadas neste trabalho, são contribuições ao fato ilícito através de comportamentos cotidianos não manifestadamente puníveis, que contribuem tão somente do ponto vista causal, faltando-lhes imputação objetiva.

A forma de prestação dos serviços contábeis é fundamental na delimitação do risco permitido, dada a importância de sua atividade para o funcionamento da economia e sua indispensabilidade à vida social. A mera criação do risco não é suficiente para a imputação objetiva, sendo necessário que o risco ultrapasse a fronteira do tolerável, que seja um risco de efetivo prejudicial ao bem jurídico tutelado.

O exercício profissional do contador será adequado e estará dentro do risco permitido quando exercido dentro das normas de cuidado exigíveis no âmbito da prestação dos serviços contábeis. Nesse sentido, é relevante para a delimitação do risco tolerado na prestação de serviços contábeis a observância de normas ou atos expedidos pelo Poder Público, regulamentações de regras técnicas e éticas, bem como o dever normal de cautela em razão de experiências da vida profissional.

Em regra, todo risco gerado pela atividade profissional será juridicamente permitido quando observado os estritos limites normativos, as regras técnicas, os atos normativos institucionalizados. A elaboração de atos constitutivos de uma empresa *offshore*, por exemplo, desde que sejam observadas as normas estabelecidas para o exercício profissional, não vincula o contador à lavagem de dinheiro caso a entidade seja utilizada para esse objetivo delitivo.

O comportamento, nessas condições, não será materialmente típico, visto que foi desenvolvido adequadamente no contexto social e profissional, mesmo que do ponto de vista causal tenha contribuído com a realização de atos de lavagem de capitais[505]. A atividade do profissional de contabilidade relacionada, direta ou indiretamente, com a circulação de ativos exigirá atenção às práticas em um contexto normativo não apenas de sua atividade, mas também das normas reguladoras das atividades por si desenvolvidas no âmbito geral do direito.

---

[505] GRECO, op. cit.

Toda atuação dentro das regras fixadas para o exercício da contabilidade será um comportamento de risco permitido, e qualquer processo de lavagem com o qual tenha contribuído não será possível sua imputação, excluindo desde já o tipo objetivo.

Aspecto interessante na realização de risco permitido, para além da observância das regras disciplinadoras da atividade profissional, é a violação do dever normal de cautela. No desenvolvimento da atividade profissional, deve o agente analisar o risco no caso concreto, identificando se a operação foge dos padrões exigidos normativamente, revelando, assim, possível ilegalidade na obtenção da prestação dos serviços contábeis.

Nesse caso, pode ocorrer a criação de risco, ainda que sejam devidamente observadas as normas de cuidado institucionais e profissionais, desde que ocorra a quebra do dever normal de cautela, violando regas de experiência geral da vida[506]. Nesse sentido, expressa Manzano "en este marco (das condutas neutras) que la conducta se ajusta al estándar de reglas de conductas habituales em el sector profesional de que se trata no puede constituir más que uma cierta presunción de juridicidad, o de adecuación al derecho, de la conducta realizada"[507].

A esse ambiente se aplica a prognose objetivo posterior, no qual se leva em conta o contexto do comportamento e os conhecimentos especiais, permitindo observar de forma objetiva a previsibilidade de lesão ao bem jurídico, conforme a ideia do homem prudente[508]. Em sentido contrário, compreende-se que os conhecimentos especiais são irrelevantes, visto que extrapolam a concepção de papel social do agente, e que tais conhecimentos traria certa subjetividade à conduta[509].

A existência de conhecimentos especiais não inviabiliza a concepção objetiva da ação exteriorizada, visto que o conhecimento se dá em razão de informações relacionadas à realidade circunstancial. A inserção de dados no juízo de perigo é fundamental à ideia de criação de risco, pois não se discute o animus do agente, sendo compatível imputação objetiva e conhecimentos especiais[510].

---

[506] TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligencia**: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

[507] PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidade delictica y blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIAGALUPO, SIlvina (org.). **Politica criminal y Blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009. Disponível em: <https://www.yumpu.com/es/document/view/14310391/neutralidad-delictiva-y-blanqueo-de-capitales-el-ejercicio-de-la-> Acesso em: 25 out. 2017. p. 360.

[508] GRECO, 2004, op. cit.

[509] JAKOBS, 2010, op. cit.

[510] GRECO, 2004, op. cit.

Nesse sentido, o assessoramento na compra ou venda de imóveis, por exemplo, em que os valores fogem às práticas normais de mercado, injustificadamente, ou que os beneficiários pela transação não podem ser identificados, é um dado cognitivo que desencadeia fundada suspeita e efetivo risco de lavagem. Nessas condições, mesmo que se realiza um comportamento nos estritos caminhos normativos, há uma desconformidade com o zelo na prestação do serviço que gera um risco social relevante, colidindo com a própria liberdade profissional que exige determinados cuidados.

A atividade profissional contábil é deveras regulamentada, sendo exigência ética o zelo no exercer da profissão, devendo inteirar-se de todas as circunstâncias em que o serviço será prestado, nos termos do art. 2º do Código de Ética Profissional do Contador. Nesse contexto, a análise do conhecimento especial, individual e concreto, é um meio utilizado na definição dos limites do dever de cuidado profissional e do risco permitido[511].

Nesse aspecto, existindo conhecimento inequívoco de que o capital utilizado nas operações é de origem ilícita, e que a operação tem por finalidade ocultar, dissimular ou qualquer ato de encobrimento da origem ilícita, o serviço contábil prestado, nessas condições, assume um caráter de risco relevante, o que não significa necessariamente juridicamente proibido. Nesse caso, é necessário ficar atento à previsão do inciso I do §2º do art. 1º da lei lavagem, utilizar na atividade financeira ou econômica ativos de origem ilícita, podendo, nesse caso, configurar uma coautoria.

O comportamento cauteloso, do homem prudente, certamente, não obriga um agir hiper-vigilante do profissional de contabilidade, não lhe é exigível que atue como um investigador na busca das reais intenções de seu cliente. Na vida em sociedade, especialmente na sociedade de risco, o princípio da confiança ainda instrui o comportamento a presumir que todos atuam com propósitos lícitos, sob pena de inviabilizar a vida social[512].

Aspecto de grande relevância para a delimitação do risco na prestação dos serviços contábeis no contexto da lavagem de capitais são os deveres de controle e informações de operações financeiras previstas na lei de lavagem e regulamentadas na Resolução n.1530/17 do CFC. Nesse sentido, a inobservâncias dos deveres especiais do profissional de contabilidade desenvolve um risco juridicamente proibido, caracterizando, assim, responsabilidade penal pelo crime de lavagem de capitais ou representando risco juridicamente proibido?

---

[511]BLANCO CORDEIRO, op. cit.

[512] SIQUEIRA, op. cit.

A inobservância das obrigações estabelecidas nos artigos 10º e 11º aos agentes colaboradores elencados no art. 9º, em que se insere o contador, estão devidamente disciplinados pelo art. 12º, todos da Lei 9.613/1998, estabelecendo um regime sancionador de caráter administrativo, sujeitos à advertência, multas, suspensões temporária ou definitiva da atividade profissional[513]. Assim, percebe-se que a legislação brasileira antilavagem, no tocante à infração dos deveres de colaboração com a prevenção da lavagem, aproxima-se da legislação portuguesa, optando pela sanção administrativa dessa conduta, diferentemente de outros países que optaram pela criminalização[514]. Sobre esse aspecto, Barros tece algumas considerações[515].

A lei brasileira de lavagem instituiu um dever de *compliance* para os colaboradores sujeitos aos mecanismos de controle, vale notar que a determinação normativa não objetiva instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas apenas de organizar estrutura capaz de manter registro de informações e de notificação de atividades suspeitas[516].

As regras de controle não criaram o dever de evitar a ocorrência da lavagem de capitais, inexiste qualquer referência expressa à evitação de atos de lavagem de dinheiro – não incidem aqui as regras do §2º do art. 13 do CP (o garantidor) -, mas tão somente o dever de colaborar com a prevenção através do controle de informações sobre operações financeiras. Conforme esse entendimento, De Grandis[517] tece alguns esclarecimentos[518].

---

[513] BARROS, op. cit.

[514] BRANDÃO, op. cit.

[515] Pessoas físicas e jurídicas ligadas a diversos setores da sociedade recebem o encargo de fiscalizar a movimentação de riquezas do país, a um custo mínimo para o Estado e certamente razoável para as pessoas-obrigadas. No intuito de fazer esse sistema funcionar com o sucesso desejado, as quais são aplicáveis a quem descumprir os mandamentos da lei. Chegou-se à conclusão de que a imposição obrigacional não poderia ficar sem a correspondente força coercitiva visto que, sem esta, pouco efeito surtiria ao regime administrativo engenhosamente implantado. É da essência desta metodologia o propósito de inibir qualquer forma de colaboração ou comportamento que, sob o enfoque meramente administrativo, possa favorecer o encobrimento do crime de "lavagem" ou prejudicar os desígnios preventivo e repressivo especificados na Lei 9.613/98. (BARROS, 2007, p.401-2).

[516] BADARÓ; BOTINI, op. cit.

[517] DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de "lavagem" de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2ª. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

[518] Forçoso é reconhecer, ao contrário do que ocorre com a União Europeia, por exemplo, a Lei 9.613/1998 não impõe às pessoas relacionadas em seu art. 9º o dever de abstenção de condutas que possa caracterizar o branqueamento de ativos, limitando-se a exigir que eles procedam à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros de transações que realizarem e comuniquem às autoridades competentes a ocorrência de operações suspeitas (DE GRANDIS, 2013, p. 115).

O Conselho Federal de Contabilidade, na Resolução n.1530 de 2017, regulamentou os deveres dos profissionais e das organizações contábeis na prestação de informações ao COAF, sob pena de responsabilidade ético-disciplinar, sem prejuízo da aplicação de sanções administrativas da lei de lavagem, conforme disciplina de seu art. 16. Portanto, o sistema de prevenção à lavagem, que abrange setores privados sensíveis a esse fenômeno delitivo, a exemplo dos contadores, estabelece claramente sanções de natureza administrativa para os casos de inobservância dos deveres de colaboração em face do controle sobre operações financeiras.

A instituição de programas de integridade com fundamento nas obrigações estabelecidas na lei de lavagem, em que pese a previsão expressa de sanções administrativas no caso de descumprimento, com a colocação de infração de dever, impõe uma análise no campo da imputação da responsabilidade penal. Em especial, por conta dos caminhos opacos da flexibilização da imputação penal nos chamados crimes de infração de dever, desencadeando responsabilização penal pelo descumprimento da regra de boa governança determinada pela Lei n. 9618/98[519].

Nesse aspecto, vale destacar que a doutrina tem desenvolvido o raciocínio de que o descumprimento das regras de *compliance* instituídos para a prevenção da lavagem de dinheiro admite a imputação de responsabilidade penal por infração de um dever, fazendo da omissão imprópria uma forma de responsabilização penal por lavagem dos obrigados[520]. Existindo, inclusive, quem admita que os deveres instituídos na lavagem representam um dever de vigilância e proteção, podendo ser aplicado às regras da omissão imprópria do §2º do art.13 do Código Penal brasileiro[521].

É necessário pontuar que não é objeto de pesquisa do presente trabalho analisar os delitos de infração de um dever em face da inobservância dos deveres de colaboração estatuído na legislação de combate e prevenção de lavagem de capitais. Ressalva-se que essas normas de comportamento servem apenas para a análise do risco na realização dos serviços contábeis, objeto nuclear para o fundamento da punibilidade na cumplicidade por ações neutras na prestação de um serviço contábil.

---

[519] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, op. cit.

[520] SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* do direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Trad. Eduardo Saad-Diniz. *In:* **OLIVEIRA, Willian Terra et al. (Org.)**. Direito Penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

[521] MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro:** Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014.

O desenvolvimento teórico a respeito de delitos de infração de dever surge dos estudos originários de Claus Roxin[522] na elaboração de seu trabalho denominado "Autoria e Domínio do Fato em Direito Penal", no tratamento das questões relacionadas à autoria e à participação[523]. Concepção teórica também desenvolvida por Jakobs, sob dois aspectos: (1) lesão de deveres gerais de autuação (de deveres de competência de organização) e (2) deveres especiais (deveres em virtude de competência institucional)[524].

Os delitos de dever, segundo Roxin[525], constituem um dever especial do autor que não se confunde com os do dever geral de respeitar a norma, implícito a todos de um modo geral, mas sim a deveres extrapenais que se encontram como realidade prévia ao tipo e que são necessárias à sua realização. Nesse caso, o tipo penal seria estruturado sobre a infração de um dever extrapenal, fundado o delito de infração de dever com base no âmbito de competência do autor.

Assim, os delitos de infração de dever têm como conteúdo a instituição de uma postura positiva do agente, cujo cumprimento desse dever permite "fomentar e manter seguros os bens situados em sua esfera jurídica frente às ameaças alheias de perigo ou de lesão"[526]. Fica evidenciado, assim, que há um deslocamento da questão da autoria e participação dos delitos de infração de um dever para os fundamentos do injusto penal e da atribuição de responsabilidade penal em face da quebra de um dever instituído que venha a violar o bem jurídico.

Nesse aspecto, os delitos de infração de um dever, tratados no âmbito dos delitos econômicos para além das teorias de autoria e da participação, estabelecem critérios normativos estritamente jurídico-penais decisivos. Os deveres especiais fazem parte da estratégia de garantir o cumprimento de tipos penais que tem sua origem no desempenho de determinados papéis jurídico-econômico, sob uma perspectiva dos delitos de organização e de instituição desenvolvidos por Jakobs[527].

---

[522] ROXIN. Claus. **Autoria y Dominio del Hechoen Derecho Penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

[523] Ibidem.

[524] JAKOBS, 1997, op. cit.

[525] ROXIN, 2016. op. cit.

[526] CARO-JOHN, José Antonio. Delito de infraccion de deber: fundamentos y significado. In CARO-JOHN, José Antono; POLAINO-ORTS, Miguek (org.) **Derecho penal funcionalista**. Azcpotzalco: Flore, 2009. p. 238.

[527] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal econômico**. Montevideo: B de F, 2009.

Os programas de *compliance*, aqui relacionados aos deveres de controle sobre operações financeiras, o que descreve um dever jurídico, com a construção dos delitos de infração, tem ensejado a discussão a respeito de imputação penal pelo seu descumprimento. A estrutura normativa implementada pela lei de lavagem no cenário jurídico brasileiro, claramente introduziu os mecanismos de *compliance* nas investigações da lavagem de capitais, mas adquire um viés jurídico penal em função dos delitos por infração de dever[528].

Nesse caso, "firmado o *compliance program*, qualquer comportamento dos *strkeholders*[529] passa a receber a orientação do *risk-based approach*[530], nenhuma ação pode mais negligenciar os deveres de cuidado necessário no investimento"[531], sob pena de responsabilização. Nesse caso, em que pese claramente tratar-se de uma responsabilidade administrativa, a disciplina do Art. 1º, §2º, inciso I "incorre na mesma pena quem utiliza na atividade econômica ou financeira bens, direitos ou valores que sabem ser provenientes de quaisquer dos crimes antecedentes", insere a problemática, onde a quebra do dever jurídico desencadearia a assunção de responsabilidade penal[532].

No entanto, não concordamos com a possibilidade de atribuição de responsabilidade penal pela inobservância dos deveres elencados no capítulo sétimo da lei de lavagem brasileira, os deveres de comunicação de operações financeiras. Tampouco é possível equiparar o dever de prestar informações sobre operações financeiras a posição de garantidor – inexistindo na Lei 9.613/98 o dever de evitar a lavagem de capitais.

A estrutura da omissão imprópria do §2º, art. 13, do Código Penal brasileiro, garantidor é aquele que deve e pode agir para evitar o resultado, quando: 1) por lei, têm a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; 2) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e, por fim, 3) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Sendo assim, não se pode presumir que o descumprimento das regras administrativas de auxílio à prevenção da lavagem de capitais permita a imputação por omissão imprópria, uma vez que a lei de lavagem não institui essa espécie de dever aos profissionais contábeis.

---

[528] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, op. cit.

[529] *Strkeholders* – Trata-se de termo na língua inglesa a denominar as partes interessadas que devem estar de acordo com as práticas de governança corporativa executadas pela empresa no Programa de *Complinace.*

[530] *Risk-based approach* - Trata-se de termo na língua inglesa a denominar uma abordagem diferenciada e baseada na avaliação de risco, referindo ao controle e análise das operações financeiras submetidas ao crivo do Programa de *Complinace*.

[531] SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit. p. 273-4.

[532] Ibidem.

Os deveres de registrar e fornecer informações sobre operações financeiras às autoridades de controle não têm por finalidade intervir no comportamento que gera risco de lesão a bem jurídicos, servem, na verdade, como medida de auxílio à persecução penal. É a instrumentalização de uma política de persecução penal que aperfeiçoa o controle sobre a circulação de ativos, como forma de fortalecimento das agências estatais de combate à lavagem de capitais.

As obrigações contidas na lei de lavagem de capitais, bem como, na Resolução do CFC, tais quais: 1) identificação dos clientes; 2) conservação dos registros; e 3) comunicação de operações suspeitas às instâncias de controle; não criam o dever ou obrigação de cuidado, proteção ou vigilância sobre o bem jurídico tutelado. O profissional de contabilidade quando identificar uma operação suspeita, não está obrigado a cancelar a prestação dos serviços contábeis, não estão obrigados a intervir para evitar que a lavagem ocorra, devendo tão somente informá-las ao COAF.

É evidente que as normas aqui discutidas não estão relacionadas à intervenção em comportamento contemplado pelo âmbito de proteção típica da lavagem, mas apenas viabilizar a identificação da operação financeira e os seus beneficiários (materialidade e autoria), quando investigado. Sendo assim, podemos afirmar que tais normais sequer buscam evitar a consumação delitiva, não objetiva um caminho seguro para o bem jurídico, garantindo apenas um controle das operações financeiras para viabilizar a persecução criminal.

A inobservância das obrigações expressas nos art. 10 e 11 da lei de lavagem e o descumprimento da Resolução n. 1530 do CFC não representam a criação de risco para violação do bem jurídico tutelado na lavagem de capitais. O profissional de contabilidade que presta serviços contábeis sem registrar e comunicar operações ao COAF, desde que observe as regras inerentes ao seu ofício, não incrementa a situação de perigo para a realização do resultado típico de lavagem.

Por outro lado, os deveres instituídos revelam uma importância especial para a análise da cumplicidade por ações neutras, há um dever de informação, e esse dever somente existe em razão da operação realizada. O contador, portanto, quando se depara com uma situação evidente de lavagem de capitais, não pode abortar a operação, muito pelo contrário, ele deve finalizar e promover a comunicação em 24 horas, conforme art. 9º da Resolução n. 1530/2017 e do inciso II do art. 11 da Lei 9.613/1998.

Intuitivamente, o legislador pareceu reconhecer certa “neutralidade” no exercício profissional das atividades sensíveis à lavagem, o que revela incongruência na imputação penal ao profissional de contabilidade por cumplicidade. O profissional de contabilidade que

respeita as regras previstas na lei de lavagem e na resolução de seu conselho de classe, quando se depara com o risco da operação, deverá, tão somente, comunicá-las como operação suspeita ou atípica para não incorrer em infração administrativa, devendo concluir a operação e, assim, naturalmente contribuir para a realização da lavagem.

Existem duas espécies de comunicação: a compulsória[533], cujo parâmetro são as circulares e resoluções que identificam quais operações devem ser comunicadas; e as operações suspeitas e atípicas, que demandam análise de risco caso a caso. Ademais, na comunicação, deve o profissional contábil abster-se de informar ao seu cliente que a operação será comunicada, o sigilo da comunicação é obrigatório, nos termos no inciso II do art. 11 da Lei 9813/98.

Nesse sentido, a legislação, quando contemplou setores sensíveis à lavagem, a exemplo dos profissionais de contabilidade, reconhece intrinsecamente que a atividade profissional é necessária e deve ser exercida mesmo em situações de elevado risco, utilizando-as estrategicamente para instrumentalizar a persecução criminal. Assim, surge um conflito entre a norma penal que proíbe a colaboração como ações de risco proibido e ao mesmo tempo uma norma administrativa de caráter penal, que fomenta a realização da operação para obter informações, tudo isso, na mesma legislação, Lei 9.613/1998.

A prestação de um serviço contábil que colabora com a ação principal do autor que visa realizar ocultação e dissimulação de capital ilícito sempre estará presente nos casos de comunicação de operações suspeitas. Assim, a realização de operações suspeitas, que é um comportamento de risco elevado, não é suficiente para completar as exigências da imputação objetiva, com o incremento de um risco juridicamente proibido.

Uma análise sistêmica da legislação brasileira de repressão à lavagem de capitais demonstra uma escolha política na repressão do delito, permitindo, assim, que operações de elevado risco de lavagem possam ser concretizadas durante a prestação de serviços realizados por profissionais contemplados pelo art. 9º da Lei de Lavagem, a exemplo dos contadores. Diferentemente, do quanto foi defendido por Badaró e Bottini e Tavares no que diz respeito ao dever de cautela para não violar regas de experiência geral da vida e, assim, abster de comportamento que possa ensejar um incremento do risco proibido.

---

[533] No caso dos profissionais contábeis, a Resolução n. 1530/2017, estabelece no Parágrafo Único do art. 6º, o dever compulsório de comunicar em 24 horas as operações que: a) aquisição de ativos e pagamentos a terceiros, em espécie, acima de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), por operação; e/ou b) constituição de empresa e/ou aumento de capital social com integralização, em espécie, acima de R$100.000,00 (cem mil reais), em único mês-calendário.

Na prestação de serviços contábeis[534], uma consultoria para a compra de um imóvel ou para uma participação societária, por exemplo, não é possível constatar imputação objetiva do resultado, verificado no caso concreto a previsibilidade da realização de lavagem. Para além do dever geral de cautela, existe uma norma cogente que permite a realização de uma operação em circunstâncias de elevado risco, impondo que, diante de tal situação, o contador prossiga, concretizando a operação e comunicando-a às autoridades competentes.

A legislação brasileira de lavagem de capitais, no mesmo instante em que determina o controle sobre a circulação de capitais, permite também a realização de operações de elevado risco, autorizando o exercício profissional em situações de possível colaboração delitiva.

[534] Resolução n. 1530/2017 do CFC: Art. 1º A presente Resolução tem por objetivo regulamentar procedimentos e normas gerais decorrentes da Lei n.º 9.613/1998, alterada pela Lei n.º 12.683/2012, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos, inclusive o financiamento ao terrorismo, que sujeita ao seu cumprimento os profissionais e Organizações Contábeis que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, nas seguintes operações, realizadas por pessoas físicas ou jurídicas: I – de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais, ou participações societárias de qualquer natureza; II – de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; III – de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; IV – de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; V – financeiras, societárias ou imobiliárias; e VI – de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. Parágrafo único. Esta Resolução não se aplica aos profissionais da contabilidade com vínculo empregatício em organizações contábeis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O expansionismo penal promovido pela sociedade de risco desencadeou mutações na tutela penal, que passou a assumir um caráter preventivo e de hiper-vigilância na busca por antecipar violações a bens jurídicos substancialmente abstratos, desencadeando uma sobrecriminalização indireta na atribuição de responsabilidade penal por autoria e participação e pela flexibilização do princípio da legalidade por meio de tipos penais abstratos.

O Direito Penal, na atualidade, em função da tutela dos riscos e da necessidade de proteção a bens imateriais, assume o papel de protagonista, divorciado do caráter de intervenção mínima, fragmentária e subsidiária; intervindo nas diversas formas de relações sociais, ampliando o processo de responsabilização penal, para contemplar, inclusive, comportamentos profissionais fomentados pelo direito, mas compreendidos na atmosfera de hiper-vigilância como arriscados à ordem econômica.

O Direito Penal Econômico se apresenta como forma ilegítima de tutelar bens jurídicos imateriais, em razão de sua inaptidão na proteção antecipada, como forma de prevenção sem promover violações graves a garantias individuais. O direito de intervenção se apresenta mais adequado, de caráter administrativo, possui, assim, capacidade de antecipar por meio de normas menos agressivas aos direitos individuais.

O desenvolvimento global permitiu que a circulação do capital ocorra em velocidade e por meios variados, facilitando o desenvolvimento da criminalidade organizada que consegue ocultar e dissimular a origem ilícita do capital ilícito, fortalecendo a criminalidade e colocando em risco o desenvolvimento econômico e humano, surgindo, assim, o fenômeno da lavagem de capitais.

O desenvolvimento socioeconômico globalizado serviu como campo fértil para o desenvolvimento e aprimoramento da lavagem de capitais, adotado por toda a criminalidade organizada, exigindo, por outro lado, uma resposta global que desencadeou um processo de internacionalização da tutela penal como resposta ao fenômeno da lavagem de capitais na comunidade internacional.

O processo de globalização e o fenômeno da sociedade de risco aperfeiçoou a criminalidade organizada, que passou a utilizar o processo de lavagem de capitais, envolvido simbioticamente com a atividade profissional lícita nas relações econômicas formais, desencadeando a problemática na responsabilização penal na participação delitiva.

O movimento internacional de resposta à criminalidade organizada da lavagem de capitais desenvolveu um sistema comunitário de repressão ao delito, envolvendo a atividade privada sensível ao processo de encobrimento da origem ilícita do capital, como meio de contenção delitiva através do controle e monitoramento de operações financeiras, agindo como sensor antilavagem.

As diretrizes internacionais de controle de operações financeiras e de unificação da resposta penal para o crime de lavagem de capitais desenvolveram um ambiente de hiper-vigilância, instituindo deveres de controle de operações financeiras para o setor privado sensível à lavagem de capitais, evidenciando uma fronteira obscura entre o exercício cotidiano profissional e a imputação penal por cumplicidade no injusto do autor.

A lei brasileira de repressão à lavagem de capitais, Lei n. 9.613/1998, inspirada nas diretrizes internacionais, além de constituir a tipificação antilavagem, instituiu deveres com a obrigação de registrar e comunicar operações financeiras realizadas a um grupo diversificado de profissionais da iniciativa privada, obrigados a colaborar com a persecução penal antilavagem de capitais, desenvolvendo embrionariamente a noção de *crimanl compliance*.

O profissional de contabilidade, foi contemplado no art. 9º, inciso XIV, da Lei 9.613/98, como um dos profissionais obrigados a comunicar ao COAF todas as operações suspeitas e atípicas; bem como as operações que se enquadram em regulamentos, viabilizando o controle da circulação do capital para fomentar a persecução penal antilavagem.

O Conselho Federal de Contabilidade editou a Resolução de n. 1530/2017, regulamentando os procedimentos a serem observados pelos profissionais contábeis para cumprimento das obrigações previstas nos arts. 10º e 11º da Lei 9.613/98, estabelecendo, no art. 6º, alíneas "*a*" e "*b"*, as operações de comunicação compulsória de operações em espécie, acima de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como constituição de empresa e/ou aumento de capital social com integralização, em espécie, acima de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Os deveres previstos no art. 10º e 11º da Lei 9613/1998, bem como os procedimentos estabelecidos previstos da Resolução 1530/2017, estabelecem sanção administrativa pelo seu descumprimento e sanção ético-disciplinar, conforme o art. 12º da Lei 9.613/1998 e art.16 da Resolução 1.530/2017 do CFC.

A relação do exercício profissional de contabilidade no contexto das diretrizes de controle da circulação de capitais e a atividade da criminalidade econômica organizadas evidenciam insegurança jurídica na prestação dos serviços contábeis no tocante à imputação

de responsabilidade penal em um ambiente de interação de pessoas e de circulação de capital ilícito no fomento da econômica formal.

O concurso de pessoas como forma de tipicidade indireta e o desenvolvimento da lavagem de capitais imbricada com atividades lícitas na economia formal, realizada por meio da prestação de serviços contábeis, denuncia as fronteiras opacas da responsabilidade penal por meio da cumplicidade, jogando luz nas atividades profissionais cotidianas, utilizadas como instrumental para o delito de um terceiro.

O estudo do concurso de pessoas, sobretudo a análise dos fundamentos dogmáticos da responsabilidade penal na participação delitiva, adquire relevância na chamada sociedade de risco, de intensa interação diversificada de pessoas na viabilização da circulação do capital na economia formal, em que a realização de serviços contábeis são utilizados como meio para viabilizar a integração, na economia formal, dos ganhos com a criminalidade organizada, a introdução de capital de origem ilícita.

O Código Penal brasileiro, inspirado na legislação italiana de 1930, adotou a teoria unitária que não distingue autoria e participação, fundamentado na teoria da equivalência das condições do sistema causal, segundo o qual é causa do resultado toda condição sem a qual esse mesmo resultado não se teria produzido, nos termos da fórmula da *condicio sine qua non*. Essa fórmula, na atualidade, é insuficiente para a análise das relações interpessoais no desenvolvimento econômico em que ocorre a circulação de capital, sobretudo, quando há uma atividade profissional lícita utilizada na realização de operações que envolvem comportamentos lícitos e ilícitos simbióticos destinados à lavagem de capitais.

A reforma realizada no Código Penal brasileiro (1984), que modificou a redação do art. 29, acrescentando em seu final "*na medida de sua culpabilidade*", bem como as regras dos parágrafos 1º e 2º do art. 29, 30 e 31, não abandonou a teoria unitária, visto que o dogma causal continua regendo sua aplicabilidade. A reforma inseriu, por outro lado, a diferenciação do comportamento tão somente com fórmula de aplicação de pena, exigindo um esforço exegético para compreender que há no Código Penal a diferenciação entre autor e partícipe.

As teorias diferenciadoras que permitem distinguir o comportamento do partícipe do comportamento do autor são as que mais se adequam aos princípios de garantia para a imputação penal dentro da legalidade, sendo assim, mais aptas a contemplar os casos de lavagem de capitais perpetrados no ambiente global de interação em que a circulação do capital de origem ilícita ocorre por vias formais da economia.

A teoria do domínio do fato de cunho material objetivo, estabelece fundamentos concretos e seguros da figura do autor, melhor expressando a diferenciação existente entra a

participação delitiva e autoria; elucidando a figura do autor como aquele que tem sobre suas mãos a gestão de toda ação delitiva, dominando o risco proibido para o bem jurídico como figura central do acontecer típico.

Em se tratando de uma teoria restritiva, a teoria do domínio do fato tem autor como "figura central do acontecer típico", sendo somente aquela que realiza o núcleo do tipo, seja porque domina a ação, seja porque domina a vontade (coação, erro, utilização de inimputável ou controle de um aparato organizado de poder) ou porque possui o domínio funcional do fato nos casos de coautoria.

A participação é compreendida como meio de colaboração com a realização de fato típico doloso do autor, cuja punibilidade é uma extensão da punibilidade do autor, visto que seu comportamento, em que pese não ser contemplado pela ação nuclear do tipo penal, serve de aporte para ação nuclear desenvolvida pelo autor. A participação é uma forma indireta de realização do tipo penal.

A participação possui tradição na legislação brasileira, que até o Código Penal de 1941 sempre contemplou a figura do partícipe, realizando expressamente na legislação criminal a diferenciação dos comportamentos delitivos entre a autoria e a participação.

O fundamento do injusto na participação reside no incremento ao risco desenvolvido pelo autor, integrando a tipicidade em razão de uma extensão da tipicidade em face da acessoriedade. No entanto, a acessoriedade pura não é suficiente para justificar a punibilidade do partícipe, deve existir na colaboração desenvolvida pelo partícipe, conteúdo minimamente próprio, que incremente a conduta do autor, potencializando a lesividade ao bem jurídico atacado pelo autor, de modo, que esse ataque também possa ser um pouco do partícipe.

A punibilidade da participação em que pese existir também um conteúdo próprio de injusto é acessória À punibilidade do autor, exigindo que a conduta seja realizada pelo autor para que a responsabilidade penal do partícipe possa ser concretizada. No Brasil, é adotada a teoria da acessoriedade limitada, exigindo apenas a existência de tipicidade e antijuridicidade na conduta do autor para que o partícipe possa ser responsabilizado.

A cumplicidade é a contribuição material ou psíquica realizada pelo partícipe, auxiliando um terceiro, o autor, no desenvolvimento do fato delituoso. Assim, a contribuição pode ser material, emprestar uma conta bancária para que o autor possa movimentar dinheiro ilícito ou, na colaboração técnica, em que o autor obtém conselhos que facilitam a realização do fato.

A cumplicidade psíquica é a prestação de um aconselhamento que incremente o risco proibido, que permita ao autor incrementar sua ação, ganhando mais eficiência, não se

confundido com a instigação na forma de apoio moral para encorajar o autor na realização do fato.

O conteúdo da cumplicidade não se esgota na mera causalidade da colaboração prestada pelo partícipe, sendo necessário também que, na cumplicidade, o comportamento do partícipe, além de causal, crie ou incremente o risco juridicamente desaprovado do autor, submetida, assim, aos princípios gerais da imputação objetiva a criação de risco juridicamente desaprovada.

A lavagem de capitais caracterizada pela ocultação e dissimulação da origem ilícita do capital, realizada, em regra, em um processo diversificado na atividade econômica, encontra, na atividade profissional do contador, um aporte, como instrumento de colaboração para a consumação do delito. A atividade do profissional contábil em processos que promovem o delito de lavagem demanda um fundamento dogmático da punibilidade na cumplicidade por meio de comportamento profissional cotidiano lícito.

A cumplicidade, quando realizada em função da prestação de um serviço profissional, denuncia um conflito entre o dever de não colaboração com o crime e o direito à liberdade profissional, gerando, assim, um debate doutrinário a respeito da cumplicidade por meio de ações cotidianas ou neutras.

As contribuições ao fato típico de um terceiro por meio de um comportamento de aparência lícita despertou na doutrina a necessidade de desenvolver o fundamento para a punição ou não dessa forma de contribuição especial, gerando várias denominações, a saber: "comportamentos cotidianos”, "comportamentos neutros”, "comportamento socialmente estereotipado", "comportamento sem relação criminal", "comportamentos inócuos", "comportamentos apropriados à profissão ou ofício".

O estudo das ações neutras requer especial atenção em função da evolução da criminalidade econômica organizada que realiza a lavagem de capitais por meio dos diversos setores profissionais. O profissional de contabilidade encontra-se no centro das atenções, em razão do seu cotidiano profissional contribuir para a circulação do capital, podendo servir de instrumento viabilizador na engrenagem que oculta e dissimula a origem de ativos obtidos ilicitamente.

O estudo das ações neutras não tem por objetivo a criação de espaços de neutralidade a permitir comportamentos delitivos, servindo, no entanto, para esclarecer os fundamentos da responsabilidade penal e os limites na participação delitiva, excluindo condutas inofensivas para o bem jurídico do campo de incidência da tipicidade penal.

As contribuições ao fato ilícito do autor por meio de comportamentos cotidianos têm por característica a aparência manifestamente lícita, realizadas a qualquer pessoa que se encontra na posição do autor, independentemente das particularidades e preferências tanto do agente que as executa quanto do agente a que se destina a colaboração.

Ações cotidianas são todas aquelas decorrentes da atividade humana regular em comunidade, podendo, a depender do caso concreto, constituir uma cumplicidade, contemplando ações que vão desde as simples atividades do dia a dia em comunidade ao exercício de uma profissão.

As ações neutras são ações cotidianas que colaboram, mas não ingressam no injusto do autor, assim, não constituem cumplicidade. É todo comportamento de aparência lícita e da rotina profissional ou funcional que, em decorrência da prestação dos serviços profissionais, contribui para um fato ilícito de um terceiro somente do ponto de vista causal, sendo impunível por não existir imputação objetiva.

A problemática do limite da punibilidade na participação por cumplicidade através de ações neutras é uma questão de tipo objetivo, solucionável por meio dos critérios normativos da imputação objetiva. Assim, o exercício profissional de contabilidade é uma atividade cotidiana que viabiliza a circulação do capital, constituindo, sim, em uma ação causal em função do aporte na ação do autor, restado sua análise no campo da imputação objetiva.

O tipo objetivo foi reformulado com a inserção de características normativas, exigindo, para além da causalidade, a necessária criação de um risco não permitido, delimitando os limites externos do comportamento proibido e permitido; bem como viabilizando a distinção entre os níveis de perigo da conduta. É no desvalor da ação - criação de risco juridicamente desaprovado - que resido a solução para os caos em que o exercício da atividade contábil contribui para a lavagem de capitais.

A atividade profissional do contador não é um comportamento essencialmente perigoso, mas tem ganhado relevância em função do ambiente global de circulação de capital, que permite o trânsito fácil do capital, inclusive do capital de origem ilícita, gerando uma ambiente de risco elevado.

O fundamento para classificar as colaborações no injusto do autor como uma conduta neutra, excluindo, assim, a responsabilidade penal na cumplicidade, é a realização de uma contribuição dentro de um risco juridicamente permitido, o que excluirá naturalmente a imputação objetiva da conduta.

O princípio da proporcionalidade evidencia a inadequação da tutela penal para proibir a prestação dos serviços contábeis que contribuem para a lavagem de capitais realizada por um terceiro, em função da ubiquidade da atividade profissional, que pode ser obtida facilmente pelo autor do delito, bastando procurar um outro contador menos informado para que o autor concretize seu objetivo.

A punibilidade da cumplicidade por ações neutras reside no princípio da adequação e nos elementos da imputação objetiva – no incremento do risco juridicamente proibido que a prestação dos serviços contábeis fornece ao autor. A proibição da colaboração deve respeitar o princípio da idoneidade, ou seja, a ordem para que não se pratique a colaboração deve servir de meio suficiente a alcançar a proteção de um bem jurídico, e sua inexistência evidencia que o comportamento não pode ser compreendido como risco juridicamente desaprovado.

A recusa na prestação dos serviços contábeis, quando o contador identifica ou sabe que seus serviços servirão de espeque para a concretização do plano delitivo do autor, é inidônea para proteger o bem jurídico tutelado na norma antilavagem, visto que as atividades profissionais podem ser facilmente obtidas em qualquer lugar.

O princípio da proporcionalidade, por meio do critério da idoneidade da proibição, revela que somente haverá na colaboração a criação de um risco juridicamente desaprovado se a recusa na prestação do serviço contábil representar uma melhoria relevante na situação do bem jurídico, caso contrário, a ação constitui-se neutra.

A inidoneidade da proibição da conduta exerce uma atividade profissional conforme os parâmetros normativos regentes e enseja o fundamento pelo qual as ações neutras não devem ser punidas. A partir dessa premissa, analisando a conduta do profissional contábil com as lentes da imputação objetiva, é possível verificar que a colaboração na forma de uma atividade profissional não cria nem incrementa um risco juridicamente desaprovado.

O fundamento da punibilidade na participação delitiva por cumplicidade por meio de ações neutras é uma questão de imputação objetiva, solucionado no tipo objetivo, dispensando, assim, a investigação da existência de imputação subjetiva no comportamento do profissional que colabora com a ação do autor.

A prestação dos serviços contábeis dentro dos padrões normativos que regem a profissão, mesmo que em situações de elevado risco, não constituirá risco juridicamente desaprovado.

Os deveres de cadastrar clientes, registrar operações financeiras e seus beneficiários, promover a comunicação compulsória de operações e a comunicação de operações suspeitas e atípicas não têm o objetivo direto de proteger o bem jurídico. A Lei 9.613/98 não instituiu um

dever de agir para evitar o resultado delitivo (cuidado, proteção e vigilância), cuja inobservância dos deveres de comunicação resultará em sanção administrativa.

O descumprimento dos deveres de comunicação de operações financeiras ao COAF instituídas na Lei 9.613/98 e na Resolução n. 1530/2017 do CFC, aos contadores, não cria um ambiente de risco elevado e de risco juridicamente proibido. Tais deveres têm por objeto viabilizar a persecução criminal, colocando o profissional de contabilidade como colaborador com as agências antilavagem (COAF), como sensor de operações de risco elevado de lavagem de dinheiro.

Os contadores e todos os agentes sensíveis à lavagem, contemplados no art. 9 da Lei 9.613/1998, foram estrategicamente, conforme a sistemática da legislação, autorizados a realizar operações de risco, incluindo, operações de lavagem, tendo por dever informar com urgência tais operações às agências antilavagem, o COAF, no prazo de 24 horas.

O dever de informação de operações suspeitas autoriza o contador a realizar a operação, visto que, em decorrência do sigilo da comunicação, não está obrigado a abortá-la, o que denota claramente a noção de neutralidade da prestação dos serviços contábeis, bem como dos serviços prestados pelos agentes sensíveis a essa prática delitiva.

No caso hipotético apresentado em 4.1, o comportamento do contador “D” difere dos comportamentos dos sujeitos “E” e “F”, que simplesmente emprestam suas contas bancárias para que “A” possa movimentar dinheiro, em razão de exercer uma atividade profissional devidamente fomentada pelo direito. No caso, “E” e “F” podem ser responsabilizados por cumplicidade, em face do auxílio material na ocultação perpetrada por “A”.

O fornecimento de conta bancária pessoal para que um terceiro estranho à relação jurídica existente entre “E” e “F” possua com a instituição bancária, revela a antijuridicidade do comportamento, representando um incremento do risco juridicamente proibido, que elevou a possibilidade de ocultação do verdadeiro beneficiário do dinheiro ilícito movimentado. Sendo assim, colaborando com o processo de lavagem de capitais, o que permite a responsabilização penal de “E” e “F” como cúmplices na lavagem de capitais de “A”.

No caso hipotético apresentado 4.1, o contador “D” é procurado para constituir uma pessoa jurídica, uma sociedade anônima, em uma ambiente de elevado risco de lavagem, visto que os propósitos negociais não foram explicitados; os sócios não esclareciam a origem do dinheiro integralizado, nem justificavam os motivos pelos quais estavam integralizando uma quantia elevada de dinheiro em espécie, R$100.000,00 cada um dos sócios, bem como a constituição da empresa não foi devidamente comunicada pelo contador “D”, conforme determina a lei de lavagem e a resolução do CFC.

A falta de comunicação de que foi constituída uma sociedade anônima com a integralização de capital social no montante de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), enseja responsabilidade por infração administrativa. A Resolução n. 1530/2017 do CFC obriga expressamente a comunicação em 24 horas, à constituição de empresa com integralização de capital social, em espécie, acima de R$100.000,00 (cem mil reais), em único mês-calendário, nos termos da alínea "*b*" do parágrafo único, do art. 6º.

Nesse caso, incidirá sobre a conduta do contador "D", as sanções do art. 12 da Lei 9.613/1998 – advertência, multa, inabilitação temporária do exercício profissional, cassação ou suspensão do exercício profissional, bem como sanções éticas disciplinares (Art. 27 do Decreto-Lei n.º 9.295/1946) conforme o art.16 da resolução do CFC. Não recaindo, nesse caso, nenhuma responsabilidade penal, visto que os deveres de comunicação é norma administrativa que visa tão somente o auxílio na persecução penal, sem o dever de evitação da lavagem.

"D" foi procurado por "A" para que constituísse uma pessoa jurídica em nome de "E" e "F", em um ambiente de evidente risco da ocorrência de lavagem de capitais.

A constituição da XRY do Brasil por "D", evidencia uma colaboração que incrementa o risco proibido da conduta de "A", que tinha por objetivo ocultar e dissimular dinheiro ilícito obtido em fraudes licitatórias por meio da empresa criada. "D" constitui uma pessoa jurídica em nome de "E" e "F", ocultando "A", seu verdadeiro beneficiário, incrementando o risco juridicamente desaprovado do autor, quebrando a legalidade que reger o exercício profissional contábil, constituindo sua conduta em uma cumplicidade na lavagem de capitais, realizada por "A".

Diferentemente, inexistirá participação por cumplicidade, caso "D" tivesse constituído a XRY do Brasil em nome de "A", verdadeiro beneficiário, possuidor do capital a ser integralizado, desenvolvendo, portanto, um risco tolerável pelo direito. Inexistindo, portanto, imputação objetiva ao comportamento desenvolvido pelo contador "D".

Por fim, as reflexões aqui apresentadas não finalizam a problemática dogmática que envolve o limite da participação delitiva no tocante à cumplicidade por ações neutras, podendo existir novos estudos a respeito dessa temática.

REFERÊNCIAS

ABOSO, Gustavo Eduardo. **Los limites de la autoria mediata.** Buenos Aires: Euros Editores/B de F Ltda., 2012.

AGAPITO, Luis Roca de. **Límites de la Responsabilidad Penal dor Actividad (Profesional) Cotidiana.** Estudios Penales y Criminológicos. V. XXVIII. Servizo de Publicacións da Universidad de Santiago de COmpostela, 2008.

ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Universidad Pompeo Fabra. Granada: Camares, 2000.

APARICIO, Nestor. **Ideas sobre la defensa penal de la persona jurídica.** Disponível em: <http://www.controlcapital.net/noticia/3745/compliance/ideas-sobre-la-defensa-penal-de-la-persona-juridica.html> Acesso em: 24 set. 2016.

AURÉLIO. **Mini dicionário da língua portuguesa**. 4ª ed. rev. e ampl. do mini dicionário Aurélio. 7ª impressão – Rio de Janeiro, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998, com alteração da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid, España: Marcial Pons; Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009.

BAEJA DE QUIROGA, Jacobo Lópes. **Autoría e participación**. Madrid: Akal, 1996.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas com comentário artigo por artigo, à Lei 9613/98.** São Paulo: RT, 2008.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes:** Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual**. Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015.

BLANCO CORDEIRO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 4. Ed., España: Thomson Reuters/Arazandi, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Advocacia e lavagem de dinheiro. In: **ESTUDOS em homenagem a Vicente Greco Filho.** Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111521>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. **A (i) legítima expansão do direito penal e colisão de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2015.

BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de Capitais:** O sistema comunitário de prevenção. Coimbra, 2002.

BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Carta Circular nº 3.461 de 24 de julho de 2009. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v5_P.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Carta circular nº 3.542, de 12 de março de 2012. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/c_circ/2012/pdf/c_circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. O Sentido da Cumplicidade. Uma visão Crítica das Chamadas Ações Neutras como Grupo de casos da Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**. vol. 5, nº8, jul-dez, 2013.

CALLEGARI, André Luís. Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 8, n. 31, jul./set. 2000.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º:** riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARO-JOHN, José Antonio. Delito de infraccion de deber: fundamentos y significado. In CARO-JOHN, José Antono; POLAINO-ORTS, Miguek (org.) **Derecho penal funcionalista**. Azcpotzalco: Flore, 2009.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro**: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: RT, 1998.

CFC. Resolução do CFC n.º 1.445 de 26 de julho de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. Disponível em: < http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/RES_1445.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

CFC. Resolução do CFC n.º 1.530 de 29 de setembro de 2017. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e organizações contábeis para cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º 9.613/1998 e alterações posteriores. Disponível em: <http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2017/001530&arquivo=Res_1530.doc> Acesso em: 25 out. 2017.

CORREA, Belize Câmera. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal: a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro. 2004. 126 f. Dissertação **(Mestrado em Direito)** Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

DE CARLI, Carla Veríssimo**.** Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e analise do discurso. 2006. 602 f. Dissertação (**Mestrado em Direito**) - Direito, Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2006.

DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2ª. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DEL CARPIO DELGADO, Juana. **El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

EL HIRECHE, Gamil Föppel**.** Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. 2011. 443 f. Tese **(Doutorado em Direito)** - Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.

FARIA COSTA, José de. O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do Direito penal e da política criminal. In: **Direito Penal Económico e Europeu:** textos doutrinários. Volume II: Problemas especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal.** Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **Límites de la participacion criminal.** Granada: Comares, 1999.

_____. Sobre la “administratizaciín” del derecho oenal em la “sociedade de riesgo”. In: VILLAREJO. J. Díaz-Maroto (org.). **Derecho y justicia penalen el siglo XXI**. Madrid: Colex, 2006.

_____. **Cuestiones actuales de derecho penal econômico**. Montevideo: B de F, 2009.

FIERRO, Julio Guillermo. **Teoría de la participación criminal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

FIGUEIREDO, Ruda Santos. Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. 2015. 229 f. Dissertação **(Mestrado em Direito)** – Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 16ª.ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

GARCIA MARTÍN, Luis. Globalização Econômica e Direito Penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 2, p. 605-625. v. 1.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español.** Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

GÓMEZ RIVERO. Maria Del Carmen. **La inducción a cometer el delit.** Valencia: Triton Lo Blanch, 1995.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Derecho administrativo sancionador.** Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. Espanha, Aranzadi, 2008.

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOROSTIZA, Jon-Mrena Landa. **La complicidad delictiva em la actividad laboral "cotidiana".** Contribuición AL "limite mínimo" de la participación frente a lós actos neutros"**.** Granada: omares, 2002.

GÓRRIZ ROYO, Elena. **El Concepto De Autor En Derecho Penal.** Tirant Lo Blanch, 2008.

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

_____. **Um panorama da teoría da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juuirs, 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 2ªed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidad Penal. Madrid, n° 43/22 de 1993.

_____. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. In: **Revista de estudos criminais**. v.8, n. 29, p. 9-20, 2008

_____. Winfried. **Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung**, em Wistrea, 1995, Teilband I, PP. 41 ss., y Teilband II, PP.81 ss.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal, vol. IX**. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal:** Parte Genera. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

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

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal:** Parte General**.** 5ª ed., ren. y ampl. Granada, diciembre 2002.

JOHN, José Antonio Caro. La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal. **Nueva doctrina penal**. n. 2, 2005, págs. 421-450. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1327783> Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal. **Revistn Perunnn de Doctrinn v lurisorudencin Pennles,** n. 7, 2006, p. 235-252.

LAUFER, Christian. **Da lavagem de dinheiro como crime de perigo:** o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira. 2012. 235 f. Dissertação **(Mestrado em Direito)**. Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2012.

LIMA, Vinicius de Melo. **Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras:** critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras:** uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Ações neutras -** Algumas notas corretivas para o debate brasileiro. Boletim IBCCRIM, ano 18, n.216, São Paulo: IBCCRIM, 2010.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do Compliance Officer. **Boletim IBCCRIM.** v. 24, n. 284, p. 12-14., 2016.

LOMBARDELO EXPÓSITO, Luis Manuel. **Blanqueo de Capitales:** prevención y represión del fenômeno desde la perpectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona: Bosche, 2009.

LÜDERSSEN, Klaus. Beilhilf, Strafvereitelung und objektive Zurechnung. In: **Samson etc. Festschrift für Grünwald.** Baden-Baden: Nomos, 1999.

MACHADO, Maria Rocha. **Internacionalização do Direito Penal:** A gestão de problemas internacionais por Meio do Crime e da Pena. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas:** delimitação entre coautoria e participação a partir da Teoria do Domínio do Fato. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro:** Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro:** anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa:** Parte Especial. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia.** São Paulo: RT, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal:** Parte General. 7.ed. Buenos Aires/Montevidéu: Euros Editores/B de F Ltda., 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal – Parte General**. 6ª. ed. Valência: Tirant ló Blanch, 2004.

OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9613 de 1º de março de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** n. 23, v. 6, 1998. p. 111-129 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

ORTIZ, Mariana Tranchesi**.** Concurso de Agentes nos Delitos Especiais. 2010.196 f. Dissertação **(Mestrado em Direito**) - Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

OTTO, Harro. **Das Strafbarkeittsrisiko berufstypischen, geschäftsmäbingen Verhalttens**. Em: JZ. N.9, 2001.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidade delictica y blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIAGALUPO, SIlvina (org.). **Politica criminal y Blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009. Disponível em: <https://www.yumpu.com/es/document/view/14310391/neutralidad-delictiva-y-blanqueo-de-capitales-el-ejercicio-de-la-> Acesso em: 25 out. 2017.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção:** origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo, Saraiva, 2014.

PEREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **A Teoria da Imputação Objetiva e o Princípio da Confiança no Direito Penal**: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. DE jure, v.13, p.47-100, 2014.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de Dinheiro**: A tipicidade do Crime Antecedente. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1998.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito penal da administração pública** - Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: volume 8, direito penal econômico. São Paulo: editora Revista do Tribunais, 2014.

_____. **O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012).** Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: Revista do IBCCrim. São Paulo: março-abril de 2004, nº 47, p. 36.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** parte geral. Vol.1, 12 de., Editora Jus Podivm, 2016

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Curso de Derecho Penal** – Parte General, CEDECS Editorial, Barcelona, 1996.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em derecho penal.** Barcelona: Atelier, 2007.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do Concurso de pessoas:** contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RASSI, João Daniel. Imputação das Ações Neutras e o Dever de Solidariedade no Direito Penal Brasileiro. 2012. 252f. Tese **(Doutorado em Direito)** – Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. **The Journal of Criminal Law Criminology**, Northwestern University School of Law, USA, v. 81, p. 191-234, Summer 1990.

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

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** Parte general. Tomo I. Tradução: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2008a.

_____. **Derecho penal:** Parte general. Tomo II. Tradução: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2008b.

_____. **Autoria y Dominio del Hechoen Derecho Penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. **Revista Penal**. n. 9, 2001.

SAAVEDRE, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal:** parte geral. 7. ed, ver. atual. ampl. Florianóplois, SC: Empório do Direito, 2017.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal:** parte geral, trad, Del Rose e Cerezo Mir. Barcelona, 1996.

SCHILD-TRIPPE, Garcia Marie Luise**. Harmlose Gehilfenschaft**? Eine Studi über Grund um Grenzen der Gehilfenschaft, Stämpli, Bern, 1995.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro: Criticas Penais. 2012. 179 f. Tese **(Doutorado em Direito).** Universidade de São Paulo. 2012.

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

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* do direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Trad. Eduardo Saad-Diniz. *In:* OLIVEIRA, Willian Terra et al. (Org.). **Direito Penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial:** A omissão do empresário como crime. Coleção Ciências Criminais Contemporâneas, v. 5, Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance**:** os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais.** Ano 15, Vol. 56 abr-jun/2012. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 295-296.

_____. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Trachesi**. A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro. Direito penal e processual penal:** leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015.

SIQUEIRA, Flávia. **O Princípio da Confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

SOUTO, Abel M. **El Blanqueo de dinero en la normativa internacional.** Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal:** parte general I, El hechopunible. 4.ed. Alemana/ 1. Ed. E 1. Reimpresión Argentina. Trad. Manuel Cancio Melía y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligencia**: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

TERRADILLOS BASCO; Juan Maria. **El Derecho Penal de la globalización:** luces y sonbras. Estudios de Derecho Judicial. v. 16, p.186. Madrid: CGPJ, 1999.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **RBCCrim**, n. 47, São Paulo, RT, p. 11- 30, 2004.

VILLAREJO; Julio Nieves Díaz Maroto Y. **El blanqueo de capitales em El derecho espanõl.** Dykinson, 1999.

WEIGEND, Thomas. Grenzen strafbarer Beihilfe, em: **Eser, Festschrift für Nishihara,** Nomos, Baden-Baden, 1998.

_____**.** Lós Limites de la Complicidad Punible. **Revista de Derecho Penal Y Criminología**, 2ª Época, N.° 10,2002, p. 199-213.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. 11ªed. Trad. Juan Bustos Ramires y Sergio Yánez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

_____. **Direito Penal**. Trad.Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WESSEL, Johannes. **Direito penal:** parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFe, 1976.

WHOLLEBEN, Marcus. **Beihilfe durch äuBerlich neutrale Handlungen.** München, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal:** Parte General IV. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial Y Financiera, 1999.