



Universidades Lusíada

Oliveira, Carolina Bugalho Leal Pais de, 1996-

Os limites da participação criminosa : as condutas valorativamente neutras

<http://hdl.handle.net/11067/7281>

Metadados

Data de Publicação

2023

Resumo

A presente exposição tem em vista o estudo das condutas tidas como valorativamente neutras (ações neutras). Como tal incide inicialmente sob a figura que faz fronteira com estas condutas, a cumplicidade. Quanto a esta última estudaremos os seus principais traços, quer em termos legislativos, doutrinários e, de forma breve, jurisprudenciais, nomeadamente os seus requisitos e o fundamento da sua punibilidade. O apoio no participante stricto sensu surge do semelhante distanciamento perante a violação...

The present exhibition aims at the study of the value-neutral behaviours (neutral actions). As such it relates initially to its main traits, in legislative, doctrinal, and briefly jurisprudential terms inherent to the requisites and fundamental of the punishable behaviour which is complicity. The support in the stricto sensu participant arises from the noticeable detachment before the fundamental legal good. We reflect on the position and location of the object of investigation problematic and...

Palavras Chave

Co-Autoria - Portugal, Co-Autoria - Alemanha, Co-Autoria - Espanha, Responsabilidade penal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T23:36:49Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**Os limites da participação criminosa:
as condutas valorativamente neutras**

Realizado por:

Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira

Orientado por:

Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof.^a Doutora Helena Magalhães Bolina

Dissertação aprovada em: 12 de dezembro de 2023

Lisboa

2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Os limites da participação criminosa:
as condutas valorativamente neutras

Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira

Lisboa

Junho 2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Os limites da participação criminosa:
as condutas valorativamente neutras

Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira

Lisboa

Junho 2023

Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira

Os limites da participação criminosa: as condutas valorativamente neutras

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de
Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Junho 2023

FICHA TÉCNICA

Autora Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira
Orientadora Prof.ª Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título Os limites da participação criminosa: as condutas valorativamente neutras
Local Lisboa
Ano 2023

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

OLIVEIRA, Carolina Bugalho Leal Pais de, 1996-

Os limites da participação criminosa : as condutas valorativamente neutras / Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira; orientado por Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2023. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Co-Autoria - Portugal
2. Co-Autoria - Alemanha
3. Co-Autoria - Espanha
4. Responsabilidade penal
5. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
6. Teses - Portugal - Lisboa

1. Accomplices - Portugal
2. Accomplices - Germany
3. Accomplices - Spain
4. Criminal liability
5. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
6. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. K5093.O45 2023

Aos meus pais, ao meu irmão Afonso e aos meus padrinhos, os pilares da minha vida.

AGRADECIMENTOS

À professora Ana Bárbara Sousa e Brito agradeço o incentivo na escolha do tema desta dissertação assim como todo o apoio e conselhos durante a sua elaboração. Tal como, abertura a um diálogo e reflexões sem tabus e crença na minha investigação.

Ao professor Luís Greco agradeço a amabilidade de orientação na busca de decisões jurisprudenciais e generosidade de acesso às mesmas.

Ao doutor João António Raposo, por quem nutro grande admiração, agradeço por todos os conhecimentos e contributo para o gosto pelas temáticas jurídico penais em geral que me fizeram envergar pelo ramo do Direito Penal.

Um especial agradecimento ao professor José Alberto González pela inspiração e exemplo de humildade, sabedoria e dedicação aos alunos.

Agradeço, à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, que me forneceu uma instrução consolidada e cuidada em Direito, alterando positivamente a minha capacidade de atenção e espírito crítico face ao meu papel na sociedade.

Às senhoras da mediateca por toda a disponibilidade, atenção e rigor na recolha de elementos bibliográficos.

Aos meus pais, Ana Margarida e Joaquim José, e padrinhos, Ana Maria e António Manuel, que sempre me apoiaram e garantiram a possibilidade de conclusão dos meus estudos.

À minha afilhada que como uma lufada de ar fresco sempre me ajuda a ver o lado mais simples das coisas.

E, por fim, ao meu irmão Afonso, que me encoraja e me inspira desde criança, o meu “cúmplice”.

APRESENTAÇÃO

Os limites da participação criminosa: as condutas valorativamente neutras

Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira

A presente exposição tem em vista o estudo das condutas tidas como valorativamente neutras (ações neutras). Como tal incide inicialmente sob a figura que faz fronteira com estas condutas, a cumplicidade. Quanto a esta última estudaremos os seus principais traços, quer em termos legislativos, doutrinários e, de forma breve, jurisprudenciais, nomeadamente os seus requisitos e o fundamento da sua punibilidade. O apoio no participante *stricto sensu* surge do semelhante distanciamento perante a violação do bem jurídico fundamental.

Refletiremos igualmente a respeito da colocação e localização no âmbito da teoria do crime da problemática objeto de investigação e procuraremos abordar o conceito, assim como identificar a questão ao nível do agente do crime.

Partiremos para a evolução da dogmática quanto às condutas neutras onde é observado o estado da arte, durante o decurso da análise iremos delinear as posições mais dominantes e outras, como as críticas das mesmas. Não deixaremos de lado a apresentação de decisões jurisprudenciais, salientando algumas das mais relevantes por recurso ao Direito Comparado.

Palavras-chave: conduta valorativamente neutra (ação neutra); participante *stricto sensu*; liberdade profissional; proibição de regresso; sentido criminoso; solidarização; risco não permitido; dolo; responsabilidade penal.

PRESENTATION

The limits of criminal participation: value-neutral conducts

Carolina Bugalho Leal Pais de Oliveira

The present exhibition aims at the study of the value-neutral behaviours (neutral actions). As such it relates initially to its main traits, in legislative, doctrinal, and briefly jurisprudential terms inherent to the requisites and fundamental of the punishable behaviour which is complicity. The support in the *stricto sensu* participant arises from the noticeable detachment before the fundamental legal good.

We reflect on the position and location of the object of investigation problematic and pursue to address the concept, as well as identify the issue at the level of the crime agent.

We will start with the evolution of dogmatics related to the neutral conducts where the state-of-the-art is observed facing the legal issue being studied, during the analysis and delineation of the most dominant positions and other perspectives. Such as, criticism to them. The presentation of jurisprudential decisions won't be left behind, as the most relevant ones will be emphasized resorting to comparative law.

Keywords: value-neutral conduct (neutral action); *stricto sensu* participant; professional freedom; prohibition of return; criminal sense; solidarity; restricted risk; deceit; penal responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

§	-	parágrafo
Ac.	-	Acórdão
art.	-	artigo
BGH	-	Bundesgerichtshof
CC	-	Código Civil
CP	-	Código Penal
ed.	-	edição
<i>op.cit.</i>	-	obra citada
p.	-	página
pp.	-	páginas
Proc.	-	Processo
ss.	-	seguintes
StGB	-	Strafgesetzbuch
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
StR	-	in einer strafrechtlichen revision
STS	-	Tribunal Supremo de España
v.g.	-	verbi gratia
vol.	-	volume
ZStW	-	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

SUMÁRIO

1. Introdução.....	17
2. A cumplicidade: breves traços gerais.....	19
2.1. Fundamento e limites da cumplicidade.....	20
2.1.1. A cumplicidade na ordem jurídica portuguesa.....	21
2.1.2. A cumplicidade na ordem jurídica espanhola.....	24
2.1.3. A cumplicidade na ordem jurídica alemã.....	27
3. A problemática das condutas valorativamente neutras: colocação e localização do problema.....	29
3.1. Conceito de conduta neutra.....	33
3.2. As condutas valorativamente neutras como causação indireta do resultado.....	38
4. As condutas neutras e as condutas de cumplicidade: a evolução da dogmática quanto ao problema.....	41
4.1. O princípio da insignificância.....	41
4.2. O princípio da confiança.....	42
4.3. Das posições doutrinárias no âmbito do tipo.....	43
4.3.1. Teorias objetivas indiretamente subjetivas (teorias objetivas).....	44
4.3.1.1. Heribert Schumann.....	44
4.3.1.2. Hans Welzel.....	47
4.3.1.3. Winfried Hassemer.....	50
4.3.1.4. Reinhard Frank.....	53
4.3.1.5. Günther Jakobs.....	55
4.3.1.6. Feijoo Sánchez.....	60
4.3.1.7. Luís Greco.....	64
4.3.1.8. Paula Brener.....	68
4.3.1.9. João Rassi.....	71
4.3.1.10. Thomas Weigend.....	75
4.3.1.11. Robles Planas.....	78
4.3.2. Teorias objetivas diretamente subjetivas (teorias híbridas).....	82
4.3.2.1. Wolfgang Frisch.....	83
4.3.2.2. Claus Roxin.....	85
4.3.3. Teorias subjetivas indiretamente objetivas (teorias subjetivas).....	89
4.3.3.1. Harro Otto.....	90
4.3.3.2. Schild Trappe.....	93
4.3.4. Outras concepções.....	95
4.3.4.1. Francisco Aguilar.....	95
4.3.4.2. José Tavares Lobato.....	101

5. Jurisprudência.....	105
5.1. Jurisprudência alemã	105
5.1.1. Acórdão BGH de 1 de agosto de 2000	106
5.1.2. Outras referências jurisprudenciais no direito alemão.....	111
5.1.2.1. Acórdão BGH de 15 de março de 2005	111
5.1.2.2. Acórdão BGH de 30 de setembro de 2020	112
5.1.2.3. Acórdão BGH de 8 de março de 2001	114
6. Tomada de posição.....	117
7. Conclusão	131
Referências	133
Jurisprudência	139
Bibliografia.....	143

1. INTRODUÇÃO

Fruto da crescente aceleração da sociedade verificou-se um aumento das atividades desempenhadas pelos seus membros. É de realçar que, não só em tempos remotos, como nos dias correntes se desenrola a prática das mais diversas atuações, executadas pelos mais variados profissionais. E, neste roteiro o ramo criminal não deve demonstrar-se indiferente a tais comportamentos.

É necessário estabelecer parâmetros para a clarificação do saber até onde poderão dadas condutas, dentro do âmbito quotidiano do exercício de uma profissão, efetuadas de acordo com os termos sociais e legais propostos, perder o seu caráter lícito, transgredindo a margem da licitude e gerar, conseqüentemente, a responsabilidade criminal do agente que as pratica.

Concretizando, algumas ações quotidianas, decorrentes do normal exercício, da prestação derivada de uma relação laboral ou prestação de serviços poderão acabar por se revelar como facilitadoras de um comportamento criminoso praticado por um terceiro. Como tal, deve ser discutida a punibilidade daquele que acaba por auxiliar o agente da conduta criminosa mesmo que executando uma tarefa recorrente do seu normal exercício ocupacional e deveres a este adstritos.

Nestes moldes, surge a problemática interligada às ações valorativamente neutras que são, de forma abrangente, consideradas como aquelas que refletem a situação supramencionada.

Partindo do exposto, ao longo do presente estudo procuraremos identificar até onde poderão ir os limites da participação criminosa e ponderar até quando é que dadas ações que aparentam uma natureza neutra passam a ter relevância jurídico-penal.

A delimitação da atuação enquanto ainda detentora de valoração neutra ou já possuidora de caráter que requeira intervenção da lei penal traduz-se numa questão complexa, uma vez que nos encontramos face ao limiar da aplicação de uma sanção criminal e a absolvição por inexistência de relevância jurídica.

Pior, em certo sentido ao partir-se para a consideração de que condutas ditas neutras podem em determinados casos colocar a pessoa na situação de agente criminoso tal representará uma limitação à liberdade. A potencial punibilidade de dado comportamento praticado no exercício laboral pode colocar em causa a liberdade das

peessoas, como a liberdade profissional. Nomeadamente, será de aceitar que aquele que vende a arma por saber ou somente por suspeitar que a outra pessoa irá cometer um facto ilícito, deverá ser punido a título de cumplicidade? Até que ponto deve o direito penal intervir nestas atuações quotidianas, quando é que se verifica a perda da qualidade neutra da ação e a afirmação da cumplicidade?

Pretendemos com este estudo atender aos requisitos da cumplicidade punível, procurar definir o que pode ser entendido como uma conduta neutra, estabelecer o núcleo de diferenciação entre a conduta jurídico penalmente aceite da conduta jurídico penalmente reprovável no âmbito de uma conduta de contribuição externamente aceite pela ordem jurídica.

Para tal, mediante um recurso maioritariamente assente no método dedutivo, recorreremos à apresentação das construções doutrinárias e jurisprudenciais através de uma constante abordagem ao direito comparado, sobretudo pela ausência de estudos na doutrina e jurisprudência portuguesas referentes à temática. De seguida observaremos a análise feita pelos tribunais estrangeiros, com forte remissão à jurisprudência alemã, pioneira no debate do problema. Finalizaremos com referência à nossa tomada de posição.

2. A CUMPLICIDADE: BREVES TRAÇOS GERAIS

Na comparticipação criminosa, onde é verificada uma pluralidade de agentes a realizar o facto típico, torna-se crucial a identificação e determinação do papel que cada qual desempenha no seu cometimento¹. O elemento objetivo “agente” respeitante à tipicidade, obriga-nos a procurar distinguir o papel de dado sujeito para o ilícito criminal.

No âmbito dos crimes dolosos o conceito de comparticipação criminosa em sentido amplo abarca os autores e os participantes.

Já no âmbito das condutas negligentes, vigora o conceito unitário de autoria, onde todo aquele que contribui casualmente para o resultado, a título de negligência, é considerado autor, é um conceito extensivo não evidenciando qualquer discrepância entre autor e participante.

Isto é, no contexto das condutas dolosas é defendido pela maioria jurisprudencial e doutrinária o conhecido conceito restrito de autoria, com base na teoria do domínio do facto, onde autor é quem tem o “se” e o “como” da realização do facto típico². Assim, nos crimes dolosos é autor quem controla o processo causal que conduz ao resultado típico, surgindo o facto como obra da sua vontade e como fruto do seu contributo para o acontecimento. Já os participantes, não possuem o domínio do facto, são caracterizados pela contribuição que prestam ao autor material.

Sucedem que a forma unanimemente aceite como participação em sentido estrito é a cumplicidade. É cúmplice aquele que presta um auxílio moral ou material à conduta do autor, facilitando, possibilitando ou preparando a execução do facto, onde o seu papel

¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de (1992) – *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Editorial Verbo, p. 490.

² VALDÁGUA, Maria da Conceição (2000) – *Síntese da teoria da comparticipação criminosa*. Lisboa, s.n. Texto facultado pela docente nas aulas de Direito Penal, p. 293.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina do crime*, 2.ª ed. Coimbra: Gestlegal. T. 1., p. 898 e ss.

SOUSA, Susana Aires de (2005) – A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A. 15, n.3 (2005), pp. 345 e ss.

ROXIN, Claus (1986) – *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Tradução Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja Universidade, p. 145 e ss.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996) – *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tradução Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Instituto Pacífico, pp. 701 e ss.

Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.º 583/09, relator Henriques Gaspar, consultado a 08-12-2021.

Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 18-10-2006, Proc. N.º 06P2812, relator Santos Cabral, consultado a 07-12-2021.

Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 05-06-2012, Proc. N.º 148/10.3SCLSB.L1.S1, relator Armindo Monteiro, consultado a 14-12-2021.

usualmente surge no início da tentativa por parte do autor material³. Verifica-se um contributo de auxílio ao facto existindo um potencial fortalecimento da lesão ao bem jurídico praticada pelo autor.

À cumplicidade estão inerentes determinados requisitos, os quais podem ser tidos como elementos objetivos e subjetivos, que se tornam indispensáveis de verificar para que se possa qualificar o agente como cúmplice e expressar a sua relevância jurídico-penal fundamentando a intervenção do direito penal.

Apenas a correspondente compreensão destes requisitos e fundamento da participação criminosa, enquanto cumplicidade, nos permitirão ajudar a indiciar uma distinção entre as condutas que carecem da intervenção da lei penal das que devem ser aceites por não constituírem qualquer ilícito criminal.

2.1. FUNDAMENTO E LIMITES DA CUMPLICIDADE

Com o propósito de uma correta compreensão da temática em estudo é necessário o recurso àquilo que hoje é aceite como o fundamento e limites estabelecidos para o cúmplice.

Não nos incumbe fazer um estudo somente dedicado à cumplicidade propriamente dita, apenas apresentaremos os aspetos determinantes que nos auxiliarão no desenvolvimento da questão dos comportamentos quotidianos e no nosso posicionamento. Para tal, atendemos primordialmente à ordem jurídica portuguesa e, posteriormente, faremos uma análise mais sucinta das ordens jurídicas espanhola (pela igual necessidade de identificar os requisitos inerentes ao cúmplice e os pressupostos gerais que servem de fundamento à sua punição) e alemã (esta última, quer pela identificação dos requisitos e fundamento da punição do cúmplice, quer pela similitude legislativa, doutrinária e jurisprudencial, como resultado de ser a base do ordenamento jurídico-penal português). Todavia, ao partirmos para a posterior análise das perspetivas referentes às condutas valorativamente neutras⁴, evocaremos autores de outros ordenamentos que se dedicam ao estudo do problema, designadamente de origem brasileira e suíça.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), *op. cit.*, p. 969.

⁴ *Infra* página 43 e ss. do presente estudo.

Colocando-se as condutas neutras na fronteira da cumplicidade do crime é necessário este recurso às características mínimas que uma conduta deve revestir para que a pessoa seja considerada cúmplice.

2.1.1. A CUMPLICIDADE NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

A disposição do artigo 27.º, n.º 1 do CP português é clara ao mencionar que: “É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”.

O fundamento do ilícito do participante surge por força daquele que tenha um comportamento que revela o querer auxiliar a conduta de outrem na prática de um crime o que requiere dolo da sua parte. O que nos permite verificar que a justificação da punição do cúmplice está ligada ao auxílio e facilitação da execução do autor imediato, traduzido num comportamento individualizado, embora limitado pela prática, por este último, de um facto típico e ilícito para que se possa originar a responsabilidade jurídico criminal do participante (artigo 27.º do CP português conjugado com o artigo 29.º do CP português)⁵.

Como menciona Figueiredo Dias, a atuação do cúmplice direta e imediatamente o que viola não é a proibição do comportamento do autor material, mas o auxílio material ou moral a esse comportamento proibido do autor, verificando-se uma participação no ilícito típico deste⁶.

Acontece que, para efetivamente se verificar essa necessidade e justificação da atuação da lei penal é essencial que estejam preenchidos determinados requisitos. Em Portugal, a jurisprudência e a doutrina tem aceite que, para que haja cumplicidade, o agente tem que apresentar um contributo que facilite ou prepare a execução do facto, contributo esse que pode ser de carácter material (físico, cumplicidade material) ou moral (psíquico, cumplicidade moral)⁷.

⁵ BELEZA, Teresa Pizarro (1983) – *Direito Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. 2., p. 478. VALDAGUA, Maria da Conceição (2000), *op. cit.*, p. 21 e ss.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), *op. cit.*, p. 963.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), *op. cit.*, p. 973. COSTA, Faria (1982) - Formas do Crime. *In Jornadas de direito criminal: o novo código penal português e legislação complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 174 e ss. *Vide* Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, 29-09-2010, Proc. N.º 557/09.0JAPRT.C1, relator Alberto Mira, consultado a 01-12-2021. *Vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.º 583/09, relator Henriques Gaspar, consultado a 08-12-2021.

A cumplicidade moral pressupõe um qualquer meio, palavra, gesto ou comportamento, que revele a vontade de reforçar a decisão da ação do agente do facto⁸. Já a cumplicidade material consiste na exteriorização de um comportamento, numa conduta externa, que se dirige ao favorecimento do facto do agente⁹. É relativamente a esta última cumplicidade que se coloca o estudo da problemática das condutas valorativamente neutras.

Há que se verificar a causalidade desse contributo em relação ao resultado tal como se produziu, assim como deverá a conduta do agente provocar um aumento do risco não permitido que se materializou no resultado, isto é, um aumento do risco de ofensa do bem jurídico através do contributo prestado. O que há é uma causalidade não essencial¹⁰.

O cúmplice não possui o domínio do facto e deve existir o início da tentativa, começo da execução, ou execução por parte do autor para que o comportamento do cúmplice seja punível, requisito este não diretamente previsto na lei, mas que deriva do princípio da acessoriedade limitada¹¹. Princípio, segundo o qual deve o autor praticar um facto típico e ilícito para que se indicie a subsequente análise da responsabilidade criminal do participante, logo a responsabilidade do participante está condicionada pela responsabilidade do autor¹². Como deriva da própria letra da lei quando evidencia que o auxílio deverá ser prestado ao facto de outrem.

⁸ Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 07-11-2007, Proc. N.º: JSTJ000, relator Henriques Gaspar, consultado a 22-12-2021.

⁹ Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 31-03-2004, Proc. N.º:04P136, relator Henriques Gaspar, consultado a 21-12-2021.

¹⁰ COSTA, Faria (1982), *op.cit.*, p. 174: “A primeira ideia que ressalva é a de que a cumplicidade experimenta uma subalternização, relativamente à autoria. Há, pois, uma linha que se projecta não na assunção de todas as consequências [...] mas que se fica pelo auxílio. Isto é, fazendo apelo a um velho critério [...], deparamo-nos aqui com a causalidade não essencial.” Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 31-03-2004, Proc. N.º: 04P136, relator Henriques Gaspar, consultado a 21-12-2021: “Nesta medida, no domínio da causalidade na cumplicidade, não basta uma qualquer solidarização ativa que não seja causal do resultado. A pura passividade não é auxílio material, e também por si só, não releva auxílio ou influxo psíquico em relação ao facto do agente.”

¹¹ Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.º: 09P0583, relator Fernando Fróis, consultado a 21-12-2021: “A cumplicidade pressupõe um mero auxílio material ou moral à prática por outrem do facto doloso, por forma que ao cúmplice falta o domínio do facto típico como elemento indispensável da co-autoria.” Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 07-11-2007, Proc. N.º: 07P3242, relator Henriques Gaspar, consultado a 22-12-2021: “A outra forma de participação – a cumplicidade -, definida no art.27.º do CP (...), pressupõe um apoio doloso a outra pessoa no facto antijurídico doloso cometido por esta, não havendo na cumplicidade domínio material do facto, pois o cúmplice limita-se a favorecer a prática do facto.”

¹² Vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 05-06-2012, Proc. N.º: 113/09.3GSELV.E1, relator Carlos Berquete Coelho, consultado a 22-12-2021: “Se bem que a cumplicidade se revista inevitavelmente da acessoriedade relativamente à autoria, não se exige, para a sua punição, que o autor seja concretamente punível ou que o facto do autor seja típico, ilícito e culposo. Basta-se com a circunstância de que o facto do autor seja típico e ilícito, de harmonia com a chamada teoria da acessoriedade limitada.”

Outro elemento indispensável, como nos diz a fonte legal é que haja dolo por parte do autor material. E, em termos subjetivos especificamente quanto ao cúmplice deve verificar-se o duplo dolo do mesmo¹³. O cúmplice tem de ter dolo de auxiliar e dolo da ação que auxilia, não tendo de ter conhecimento total do modo como será praticado o facto. Logo, exclui-se a possibilidade de qualquer cumplicidade negligente.

É aceite maioritariamente que a cumplicidade surge antes do início da execução¹⁴. O A que empresta a arma ao amigo B que com esta mata outra pessoa, o C que leva o amigo D até uma loja onde D praticará um roubo indo embora após deixar D no local¹⁵.

Desta forma, o preenchimento dos pressupostos de facto do artigo 27.º do Código Penal português e a ilicitude patente por força de constituir um facto lesivo de interesses penalmente tutelados, criando a produção da lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado, faz com que o participante pratique um facto ilícito carecedor de tutela. Recordamos Germano Marques da Silva que refere que a finalidade objetiva da participação de todos os participantes gera a lesão ao bem jurídico, o que leva a que não só se considere a comunicabilidade dessa ilicitude material a todos os agentes, como a mesma comunicabilidade vê-se estendida às circunstâncias relativas ao facto ilícito¹⁶. O objeto a que a conduta de todos os agentes do crime se dirige é ao facto ilícito¹⁷.

A conduta do cúmplice não é determinante para a realização do facto típico, apenas aumenta a possibilidade de sucesso da sua realização, o que se verifica por parte do participante é somente um auxílio, este não possui o domínio factual, não tendo qualquer capacidade de controlo sobre a execução do crime¹⁸.

Como tal, o ilícito criminal seria praticado na mesma pelo autor material, não havendo uma situação de dependência face à atuação do cúmplice. Por outras palavras, é de

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), *op. cit.*, p. 971.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), *op. cit.*, p. 969.

¹⁵ “[...] com o objetivo de salvaguardar as condições de execução do facto típico por terceiro, as suas tarefas, recortadas e consideradas isoladamente, apresentam não assumir uma geometria ilícita, mas, considerando uma perspetiva conjuntural da ação ilícita e típica vislumbra-se que o seu contributo não é neutro ou indiferente para o resultado.” TAVARES, Hugo de Matos (2015) - Entre coautoria e cumplicidade : contributos para a análise do «vigia» do facto criminoso na jurisprudência portuguesa. In BELEZA, Teresa Pizarro, coord. ; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, coord. - *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social*. Coimbra : Almedina, p. 293.

¹⁶ SILVA, Germano Marques da (2018) – *Direito Penal Português. Teoria do Crime*, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 348.

¹⁷ SILVA, Germano Marques da (2018), *op. cit.*, pp. 357 e 358.

¹⁸ SILVA, Germano Marques da (2018), *op. cit.*, p. 372.

afirmar que o crime seria realizado na mesma, embora diverso certamente em circunstâncias, modo, tempo e lugar¹⁹. O que temos é uma participação secundária, fruto do menor grau de gravidade objetiva²⁰.

O cúmplice tem uma atenuação especial da pena, beneficiando de uma dupla atenuação no caso de o autor material ficar apenas no estado da tentativa (conjugação dos artigos 23.º, n.º 2 e 27.º, n.º 2 do CP português).

2.1.2. A CUMPLICIDADE NA ORDEM JURÍDICA ESPANHOLA

No ordenamento jurídico espanhol, a jurisprudência e a doutrina tem entendido que para que se identifiquem os requisitos inerentes ao cúmplice é essencial que sejam assentes as bases e os pressupostos gerais que fundamentam a punibilidade do mesmo. Uma vez que, só sabendo o que fundamenta a punibilidade do participante é que conseguiremos compreender e estipular os limites inerentes à cumplicidade.

Nos termos do artigo 29.º do Código Penal espanhol é mencionado que para que seja evidenciada uma situação de cumplicidade é necessário que se verifique a cooperação para a execução do facto com atos anteriores ou simultâneos.

A lei espanhola procura fazer a distinção entre o cúmplice que coopera na execução do ato ou atos anteriores ou simultâneos, do autor que também pratica atos de cooperação na execução com ato sem o qual não teria sido praticada, este último conhecido por cooperador necessário, nos termos do artigo 28.º, alínea b) do Código Penal espanhol - v.g. se só houver uma pistola no mundo e o A peça ao B para que lhe empreste a sua pistola para cometer um homicídio, então o B, que tem a pistola e a empresta ao A, é tido também como autor e não como cúmplice.

Na cooperação necessária os atos do cúmplice são por si só constitutivos de cumplicidade, mas devido à sua especial relevância veem-se punidos a título de autoria. E cúmplice é todo aquele que pratique atos anteriores ou simultâneos que não seja tido como autor, uma vez que a lei espanhola não considera o autor cúmplice, mas sim, todos os que “sem ser autores” cooperam na execução do facto, mas não a título de autoria.

¹⁹ SILVA, Germano Marques da (2018), *op. cit.*, p.372. Correia, Eduardo (1988) - *Direito Criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Livraria Almedina. Vol. 2., p. 251.

²⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de (1992), *op. cit.*, p. 491.

A conduta do cúmplice traduz-se no auxílio mediante atos ditos simultâneos e anteriores, jamais posteriores.

De forma breve, os requisitos para existir cumplicidade nos termos da lei penal espanhola são justamente a cooperação para o facto com atos anteriores ou simultâneos, tem de verificar-se uma cooperação que tem sempre de ser vista como acessória, o que significa que o crime pode ocorrer sem a presença do cúmplice, mas nunca pode ocorrer sem a presença do autor ou do cooperador necessário. O contributo do cúmplice não é necessário para que se produza o resultado que, neste caso, é a consumação do crime. Logo, a cumplicidade pressupõe não um contributo principal, contudo caracterizado como acessório, tido como não essencial, como um acordo de vontades entre o cúmplice e o autor do facto.

Para o direito penal espanhol a cumplicidade consiste num tipo de participação secundária e não condicionada, não tem de existir necessariamente o conhecimento concreto pelo cúmplice de todo o plano criminoso, tão pouco há qualquer tipo de subordinação do primeiro perante o autor. Não tendo de possuir um conhecimento total sobre o crime, auxilia mediante uma contribuição refletida em atos que facilitam a execução. Os atos prestados pelo cúmplice não são indispensáveis, uma vez que este não controla a prática do facto, pois quem possui o controlo é o autor material.

Robles Planas salienta que, quanto à tensão entre a fundamentação autónoma e derivada do ilícito do participante, deverá ser entendido que no ilícito do participante, o fundamento da punição deste, tem de ser compreendido como um ilícito autónomo e não derivado²¹.

O cúmplice terá de ver preenchidos os pressupostos inerentes à sua consagração legal, entre os quais, o *pactum scaeleris* ou *societas scaeleris* (um acordo prévio estabelecido ou que ocorre por adesão), o conhecimento e cognoscibilidade da ilicitude da conduta acordada (a designada consciência *saceleris*), a contribuição de próprio esforço para o alcance de um compromisso comum, assim como deve estar presente o *animus adiuuandi*²².

²¹ PLANAS, Ricardo Robles (2003) – *La participación en el delito. Fundamento y limites*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 220 e ss.

²² *Vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Espanha (STS), 12-03-2012, Proc. N.º 268/2012, relator Julian Artemio Sanchez Melgar, consultado a 13-01-2022: “Según la jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse la cooperación necesaria prevista en el art. 28 b) CP de 1995 , cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non),

O artigo 29.º do Código Penal espanhol é claro ao não expressar o modo, meios, forma e momento em que tal cooperação deve ocorrer de maneira a preencher a tipicidade. O que nos leva a ter de concluir que, qualquer contributo prestado, seja de foro psíquico ou físico à prática de um crime por outrem cumpre o pressuposto legal.

Qualquer conduta de cooperação ou de prestação de ajuda causal para o resultado deve ser considerada como cumplicidade punível.

Quanto à necessidade de recorrer à teoria da imputação objetiva, esta foi defendida por parte da doutrina. Recordemos Santiago Mir Puig que identificou que somente se atingiria a realização completa do tipo objetivo nos casos de autoria face ao crime que exige a produção de um resultado, quando verificada a existência de causalidade, de uma determinada relação de risco e da relação de autoria. Acontece, que este entendimento foi revertido para o âmbito da cumplicidade, onde autores como Robles Planas vieram defender a necessidade de inclusão da integração da teoria da imputação objetiva da conduta quanto ao cúmplice.

Robles Planas expressou a aceitação da integração da teoria da imputação objetiva em dois níveis. Um primeiro nível, em que se estabelece uma necessária relação de perigo que o comportamento deve possuir para que seja jurídico penalmente relevante. E, um segundo nível, no qual deve haver a análise para se saber se a conduta contém os pressupostos necessários para ser considerada de autoria. Deve o cúmplice verificar o

cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas, caracterizadoras de la cooperación necesaria, exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. Con todo, hoy se mantiene que ni el cómplice ni el cooperador necesario tienen el dominio funcional del hecho, al pertenecer éste al ejecutor material, y por retirada de su encargo, al inductor, por lo que la relevancia de su participación en el caso concreto, es la mejor teoría que puede explicar sus diferencias dogmáticas, sin perjuicio de ser muy útil, en algunos supuestos, como el ahora enjuiciado, también la teoría de los bienes escasos. Dicho con otras palabras, el partícipe accesorio, de uno u otro carácter, nunca domina el hecho, al producirse su aportación generalmente con antelación a su ejecución.”

“De acordo com a jurisprudência desta Câmara, deve apreciar-se a cooperação necessária prevista no art. 28 b) CP de 1995, quando se colabora com o executor direto prestando uma conduta sem a qual o crime não teria sido cometido (teoria da *conditio sine qua non*), quando se colabora mediante a contribuição de algo que não é fácil de obter de outra forma (teoria dos bens escassos), ou quando o que colabora pode impedir a comissão do crime retirando a sua colaboração (teoria do domínio do facto), e a cumplicidade será apreciada quando as circunstâncias supracitadas não ocorram, caracterizadoras da cooperação necessária, exista uma participação accidental, não condicionante e de carácter secundário. No entanto, hoje em dia, considera-se que nem o cúmplice nem o colaborador necessário têm o domínio funcional do facto, uma vez que este último pertence ao executor material e, por retirada da sua comissão, ao instigador, pelo que a relevância da sua participação no caso concreto é a melhor teoria que pode explicar as suas diferenças dogmáticas, sem prejuízo de a teoria dos bens escassos ser muito útil também em alguns casos, como o que agora se julga. Por outras palavras, o participante acessório, de uma ou outra espécie, nunca domina o facto, pois a sua contribuição é geralmente anterior à sua execução.” (Tradução nossa).

primeiro nível, como refere o autor espanhol, “o cúmplice tem uma posição especial pelo risco”²³.

2.1.3. A CUMPLICIDADE NA ORDEM JURÍDICA ALEMÃ

Nos termos da ordem jurídica alemã a cumplicidade é vista como uma ampliação da punibilidade a formas de conduta que não devem ficar impunes mesmo não se encontrando abrangidas pelos tipos legais previstos na parte especial do Código Penal alemão (StGB). Onde é verificado um auxílio doloso a outrem no facto ilícito doloso, há um favorecimento ao facto alheio²⁴.

É defendida a teoria da participação no delito, assim sendo, também no direito alemão a contribuição do participante somente surge como um contributo para a realização do ilícito que comete o autor²⁵. Como tal, quem realiza a conduta típica é o autor, o cúmplice somente presta um auxílio à mesma, não é detentor do domínio factual do facto.

As teorias da participação na culpabilidade e a teoria da pura causalidade são abandonadas. Isto é, o contributo do cúmplice não se interliga à culpa do autor, nem o contributo do cúmplice é tido como meramente causal face à conduta do autor. O que o cúmplice viola é a proibição legal imposta pela disposição §27 StGB, disposição essa que o que proíbe é o auxílio a outrem à prática de dada conduta criminosa. Como menciona Günter Stratenwerth “[...] el contenido de ilícito de la participación se determina primariamente por el ilícito del hecho al que ella se presta”²⁶.

Vigora o princípio da acessoriedade limitada, para que o cúmplice seja punido é necessário que se verifique, no caso concreto, um facto típico e ilícito praticado pelo autor do crime, há uma dependência da comprovação desses pressupostos para que possa ser indiciada a análise criminal do cúmplice.

²³ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 221.

²⁴ STRATENWERTH, Günter (2005) – *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, p. 346. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996), *op. cit.*, p. 744.

²⁵ STRATENWERTH, Günter (2005), *op. cit.*, p. 348.

²⁶ STRATENWERTH, Günter (2005), *op. cit.*, p. 348.

“[...] o conteúdo ilícito da participação é determinado, em primeiro lugar, pela ilicitude do facto a que se presta.” (Tradução nossa).

A cumplicidade pressupõe a existência de uma vinculação entre o facto praticado pelo autor principal e a conduta levada à cabo pelo cúmplice²⁷.

O facto tem de ter sido praticado a título doloso, tendo o cúmplice que atuar de forma igualmente dolosa, o dolo tem de ser duplo (deve atuar com dolo em relação ao auxílio e com dolo na direção do auxílio em relação ao facto praticado pelo agente). A cumplicidade a título negligente não é punível, nesses casos no máximo é o agente punido como autor negligente²⁸.

Tem de se verificar um contributo real por parte do cúmplice ao facto típico praticado pelo autor, o que pode consistir quer numa intervenção psíquica quer externa.

Nos termos da disposição §27 do StGB é mencionado que é tido como cúmplice aquele que ajudar outrem à prática intencional de um ato ilícito, não referindo os meios em que tal favorecimento deverá ocorrer, o que acaba por incluir qualquer favorecimento alheio. O mesmo sucede com o espaço temporal da cumplicidade, que se encontra amplamente delimitado, onde esta é possível não só até à consumação formal do facto principal como a sua admissibilidade chega até à sua realização material, já a tentativa de cumplicidade não é punível. O facto auxiliado deve ser consumado pelo autor material ou deve verificar-se uma tentativa punível²⁹.

Deve haver causalidade, devendo o cúmplice igualmente possibilitar o aumento do risco para o bem jurídico, a cumplicidade é considerada como uma forma mediata ao favorecimento causal do facto principal³⁰.

A jurisprudência segue a doutrina no que respeita aos seus elementos³¹.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996), *op. cit.*, p. 744.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996), *op. cit.*, p. 748.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996), *op. cit.*, p. 745.

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996), *op. cit.*, p. 747.

³¹ Como se pode ver pelas seguintes decisões: Vide Acórdão BGH 1 StR 14/96, 18-04-1996 (LG Stuttgart), relator Rocco Beck, consultado a 15-03-2022: "Beihilfe zum Betrug kann schon begehen, wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel [...] willentlich an die Hand gibt und damit bewußt das Risiko erhöht, daß durch den Einsatz gerade dieses Mittels eine mittels Täuschung gegen fremdes Vermögen gerichtete Haupttat verübt wird. Opfer, Tatzeit oder nähere Details der konkreten Begehungsweise müssen dem Gehilfen nicht bekannt sein."

"A cumplicidade na fraude já pode ser cometida por qualquer pessoa que forneça voluntariamente ao autor do crime um meio decisivo para cometer a infração [...] e que, assim, aumente conscientemente o risco de que, utilizando esse mesmo meio, seja cometida uma infração principal dirigida contra o património de outrem através de engano. O cúmplice não tem de conhecer a vítima, o momento da infração ou outros pormenores sobre a forma específica de cometer a infração." (Tradução nossa).

Vide Acórdão BGH 1 StR 245/16, 22-09-2016 (LG Hamburgo), relatores Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner, consultado a 17-03-2022: "Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe (§ 27 StGB) setzt auf subjektiver Seite einen doppelten Gehilfenvorsatz voraus. Dieser muss die Unterstützungshandlung umfassen und sich auf

3. A PROBLEMÁTICA DAS CONDUTAS VALORATIVAMENTE NEUTRAS: COLOCAÇÃO E LOCALIZAÇÃO DO PROBLEMA

A ampla interação social e o desenvolvimento crescente das relações interpessoais levam a que surjam novos desafios aos quais o direito penal deve procurar responder.

A questão em causa, referente às designadas condutas valorativamente neutras, existe já há algum tempo e, destacam-se, sobretudo, as praticadas ao nível das relações socioeconómicas. Relações essas que, por sua vez, ocorrem há várias décadas, levantando algumas questões inerentes às próprias, que serão objeto deste estudo, e que não têm tido o devido destaque nos diversos ordenamentos jurídicos, dos mais variados Estados. Estes últimos não buscam abordar tais situações tão correntes, permanecendo as mesmas numa zona cinzenta a aguardar soluções concretas.

Sabido é que compete ao direito acompanhar toda a evolução que se dá na sociedade, o direito existe para tal, não devendo ser esquecidos tópicos como estes. Nas ações neutras estão em causa, muitas das vezes, condutas que, do ponto de vista causal acabam por favorecer a prática de um ilícito criminal apesar do seu carácter meramente rotineiro.

Assim, a problemática em análise surge quando, no exercício de uma atividade lícita usualmente de foro económico-social, profissional, acaba por ocorrer uma contribuição material para a prática de um crime por parte de outrem. E a questão levanta-se, visto que devem ser analisados quer o lado externo, objetivo, dessa conduta praticada por aquele que presta a contribuição, quer o lado interno, subjetivo, dessa mesma conduta.

A relevância para o direito penal aparece, a partir do momento em que há a potencialidade de um ilícito e, a verdade, é que nas situações de condutas neutras surge a dúvida de compreender quando há realmente um lado ilícito que leva a tal necessidade de intervenção ou não, visto que, a existir deve esta ocorrer.

As ações neutras, resultantes maioritariamente de relacionamentos sociais, fazem com que pareça a forte incógnita a respeito da sua necessidade de punição. Como menciona

die Vollendung einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat richten, wobei es genügt, dass der Gehilfe erkennt und billigend in Kauf nimmt, dass sich sein Beitrag als unterstützender Bestandteil in einer Straftat manifestieren wird.”

“A responsabilidade penal por cumplicidade (artigo 27.º do Código Penal) exige, do lado subjetivo, a dupla intenção de ajudar. Este deve incluir o ato de apoio e centrar-se na consumação de uma infração principal ilícita intencionalmente cometida, sendo suficiente que o cúmplice reconheça e aceite que a sua contribuição como componente coadjuvante se manifestará em infração penal.” (Tradução nossa).

Paula Brener são diversas as condutas que possibilitam ou favorecem factos ilícitos, contudo não são *per se* inequivocamente criminosas. Existem ações ubíquas que, embora aproveitadas por um terceiro no seu plano criminoso, não ultrapassam, aprioristicamente, a esfera da normalidade, isto é, a neutralidade³².

Todavia para compreendermos se deve existir ou não uma atuação por parte da lei penal temos de partir em busca do fenómeno em estudo, desde logo, tentar definir o que é uma conduta neutra e, de seguida, procurar estudar se nesta está presente algum aspeto que revele a necessidade de atenção e atuação por parte do aplicador do direito.

É de realçar, desde já, que a nossa questão não se encontra resolvida pela jurisprudência dos mais diversos ordenamentos jurídicos. Os tribunais, em regra, não se debruçam sobre o assunto e, mesmo a doutrina apenas em alguns países, tem tentado assumir algum papel na identificação e tomada de posição para a solução da problemática, todavia sem qualquer resposta sólida e definitiva.

Aquilo que se tem verificado é que, dada a semelhança de uma conduta neutra face a uma conduta de participação, o caminho que poderá ser seguido e, aquele que o tem vindo a ser, é o de procurar identificar com maior rigor quando é que estamos face a uma hipótese de cumplicidade, observando no teor das condutas neutras qual ou quais os aspetos determinantes que possibilitam indicar que aquela mesma contribuição deve ou não deve ficar impune como participação criminal. Por outras palavras, procurar compreender quando é que uma conduta perde o seu carácter neutro, passando a constituir uma conduta de cumplicidade. Para isso é entendido que se deve recorrer justamente aos respetivos limites e fundamento subjacentes à participação criminosa, justificando novamente a nossa opção de uma abordagem inicial geral dos mesmos para o devido enquadramento.

A discussão a respeito das condutas valorativamente neutras inicia-se, logo à partida, a respeito da sua concreta localização. O saber em qual dos pressupostos da teoria do crime deverá a mesma ser devidamente suscitada. Onde encontramos entendimentos dispersos a este propósito.

Por um lado, há quem considere que a questão reverte a uma teoria extensiva às situações de cumplicidade, outros entendem que esta deve ser colocada anteriormente

³² BRENER, Paula (2021) – *Ações neutras e limites da intervenção punível, Sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 27 e 28.

ao nível da ilicitude e ainda há quem entenda que se trata de uma discussão inerente à tipicidade. Quanto à última, usualmente surge o saber se se localiza no tipo objetivo ou no tipo subjetivo.

Num extremo, encontramos a teoria extensiva que defende que a cumplicidade existe quando se dá o auxílio à prática de um crime alheio, conseqüentemente não existe qualquer razão para que se procure restringir a punição como cumplicidade nos casos de condutas neutras, visto que é precisamente esse mesmo auxílio no facto de terceiro que ocorre. Os defensores deste entendimento acreditam que a não punição de condutas neutras levaria a uma não aplicação correta da norma legal que pune os comportamentos de cumplicidade, o que geraria a atribuição de um privilégio inexplicável para o âmbito dos negócios quotidianos, levando ao aparecimento de um “mercado” destinado ao fornecimento de condutas de favorecimento de crimes³³. Isto é, o não seguir esta teoria extensiva originaria lacunas na punição de uma dada atividade e abrir-se-iam brechas para a realização de condutas criminosas nessa mesma área de atuação.

Assim, esta doutrina aceita que as condutas neutras são puníveis enquanto exista causalidade, dolo e incremento do risco de produção do crime. No limite, dever-se-á recorrer à determinação da medida concreta da pena para o devido realce e tratamento das especificidades das condutas quotidianas.

Esta perspetiva indicada surge motivada por razões subjacentes às interpretações literal e sistemática dos correspondentes artigos que abarcam a cumplicidade. Nos diversos ordenamentos jurídicos as mesmas não estabelecem a forma e o modo de auxílio que deve ser prestado pelo cúmplice para que haja cumplicidade. E, qualquer conduta que cumpra as exigências legalmente previstas será tida como cumplicidade, onde para esta parte da doutrina, se incluem também as condutas neutras visto tratar-se de condutas onde se verifica um favorecimento à prática ilícita por outrem. Logo, estas espécies de condutas devem ser devidamente puníveis, uma vez que o contrário levaria a que estivéssemos a abrir a oportunidade àqueles que procuram auxílio para o crime, de se socorrerem a estes comportamentos para efeitos antijurídicos. A neutralidade do

³³ HILLENKAMP, Thomas (2023) – 32 *Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Vahlen, pp. 235 e ss. BECKEMPER, Katharina (2001) – *Straflose Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge*. München: Jura, pp. 163 e ss. ROBLES PLANAS, Ricardo (2008) – Las “conductas neutrales” em derecho penal: la discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 16, n. 70, pp. 193 e 194.

comportamento somente revela no momento da determinação da pena, como factor atenuante da mesma³⁴.

Contudo, esta teoria extensiva, atualmente, acaba por não ser tão aceite, pois o que é aceite pela maioria é que é na ilicitude típica penal de um facto que deve ser abordada a questão das ações neutras³⁵. E, para que a ação neutra seja considerada na ilicitude típica é necessário que o facto contenha um risco objetivo relevante que atente contra bens jurídicos. A pura causalidade não é fundamento por si só. Para o grande bloco de autores é preciso que se verifique a ilicitude penal de um facto para esta poder ser afirmada, a qual, por sua vez, só existe mediante um risco objetivo para os bens jurídicos fundamentais. Daí que, seja defendida a teoria do risco. Nos termos da qual o aumento do risco para o bem jurídico deve ser tido como factor determinante para distinguir e aceitar se uma dada conduta é de cumplicidade ou não, pois nem toda a conduta de auxílio aumenta as possibilidades de consumação do crime. Na cumplicidade deve existir um risco tipicamente relevante, por isso é que o mero recurso à determinação da concreta medida da pena não deve servir para resolver a relevância ou não de dada ação neutra, uma vez que pode e deve ser de antemão analisado.

Há ainda quem considere que o problema das condutas neutras deve ser resolvido no âmbito da ilicitude³⁶. Como sabemos, para grande parte da doutrina, a aferição da ilicitude faz-se pela fórmula negativa, devendo então as condutas neutras ser tidas como causa de exclusão desta. Se aquele comportamento se encontrar devidamente justificado, pela circunstância de pela parte do agente que pratica uma conduta neutra se verificar o cumprimento de normas setoriais que regulam a respetiva profissão deste, a conduta não perde a sua neutralidade. Observemos designadamente o artigo 20.º, n.º 1 CP do ordenamento jurídico penal espanhol, onde o exercício de um direito procedente de um ofício ou cargo previsto legalmente confere uma causa de

³⁴ Como menciona Thomas Hillenkamp: "Um der Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit willen sind Geschäfte auch des täglichen Lebens vom Beihilfetatbestand erfasst. Ihrer „Sozialadäquanz“, ihrem geringen Schuldgehalt oder sonst bagatellarischen Charakter ist entweder bei der Strafzumessung oder durch eine großzügige Einstellungspraxis Rechnung zu tragen. Dass auch der Gesetzgeber nicht an einen Rückschnitt schon des Tatbestandes denkt, zeigt die Geschichte des §261 StGB."

"Por uma questão de uniformidade e segurança jurídica, as transações na vida quotidiana são também abrangidas pela definição de auxílio. A sua "adequação social", o seu baixo nível de culpa ou o seu carácter trivial devem ser tidos em conta quer na sentença quer através de uma generosa prática de contratação [...]". (Tradução nossa). HILLENKAMP, Thomas (2023) – 32 *Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Vahlen, p. 236.

³⁵ *Infra* página 43 e ss. do presente estudo.

³⁶ PHILIPPOWSKI, Rüdiger (1983) – *Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften*. En Kholmann [ed.], *Strafverfolgung und strafverteidigung im Steuerstrafrecht*. Köln: Verlag, pp. 130 e ss. AMELUNG, Knut (1999) – *Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*. Baden-Baden: En Festschrift für Gerald Grünwald, p. 26 e ss.

justificação. Este cumprimento de funções de caráter profissional justifica o comportamento do agente, ficando o desvalor indiciado pelo tipo anulado. A mesma não se encontra refletida quer no ordenamento jurídico alemão quer no ordenamento jurídico português³⁷. Porém, há quem entenda, nomeadamente Robles Planas, que a violação de uma norma extrapenal de âmbito profissional não comporta necessariamente a desaprovação penal da conduta, tão pouco o cumprimento da mesma exclui automaticamente a sua ilicitude penal.

Concluimos, então, quanto ao momento da análise das ações neutras que a maioria da doutrina defende que o problema que temos por solucionar se resolve no âmbito da tipicidade, como anteriormente já se referiu. A regra usual é a de que podendo ser a questão resolvida em dado pressuposto prévio da teoria do crime deverá sê-lo, e esta consegue ser resolvida recorrendo à tipicidade, o que veremos com maior pormenor adiante. A lógica do esquema da análise criminal deve ser respeitada. Devendo, em passo posterior, ser feita ainda a devida distinção entre aqueles que defendem que a questão deve ser solucionada no tipo objetivo, daqueles que entendem que a questão deve ser sanada no tipo subjetivo.

3.1. CONCEITO DE CONDUTA NEUTRA

Como foi possível reter, os comportamentos ditos quotidianos desenlaçam vários problemas intrínsecos, entre os quais a sua específica definição.

Várias são as propostas apresentadas por autores, todavia ainda não foi encontrado qualquer conceito estático e universal que permita efetivamente concretizar dada conduta como neutra. Apenas é verificável que, as várias possibilidades de concretização enunciadas culminam em determinados aspetos o que, no máximo, permite uma aproximação àquilo que poderá ser aceite como uma ação neutra.

Neste ponto, iremos evidenciar conceitos formulados por alguns daqueles que se dedicaram a procurar uma definição, contudo mantendo ciente que apenas se trata de conceitos vastos e amplos, pois esta carece de um maior estudo científico para a sua correspondente formulação e solidificação.

³⁷ Luís Greco recorda Amelung, este último autor que a respeito do problema da consultoria jurídica o apresentou no seio da ilicitude. GRECO, Luís (2004) – *Cumplicidade através de ações neutras, A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 114.

Advertimos para autores como José Tavares Lobato que considera determinada contribuição como neutra quando a sua reprovação penal não é manifestamente exteriorizada ao ilícito alheio. Segundo o qual, o ser não manifesta traduz-se na circunstância de a conduta de auxílio ou determinação a um facto típico e ilícito alheio não ter a razão da sua punição claramente demonstrada, pois há factores que *ab initio* acabam por amparar legalmente a participação criminal realizada por meio de um comportamento quotidiano. O que existe é uma mera ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, que é usada para a prática de um ilícito criminal por terceiro³⁸.

Já Luís Greco define as condutas neutras através de um conceito restritivo, dando uso a uma definição aberta e imprecisa. No seu entender estão em causa condutas que se traduzem em contribuições a dado facto ilícito alheio que à primeira vista aparentam ser completamente normais. Explicita o penalista que tais comportamentos são tudo aquilo que num primeiro contacto meramente superficial aparentam ser irrelevantes para a intervenção do direito penal por acatarem um aspeto inofensivo, inocente, dotado daquela “aura angelical” do que é socialmente adequado. O que faz com que o autor inclua também no conceito os casos de dúvida. As ações neutras resumem-se a todas as contribuições a facto alheio não manifestamente puníveis. Definição vantajosa por impossibilidade de abertura a um pré-julgamento do fenómeno que se está a definir por ser um conceito descritivo, vedando qualquer carácter *ad hoc* e não atendível à sistemática da teoria geral³⁹.

Para Paula Brener as ações neutras são comportamentos que, numa perspetiva causal, possibilitam ou favorecem um crime e que resultante do seu carácter quotidiano, ubíquo ou inerente às relações sociais, colocam-se em uma zona gris quanto à definição da sua punibilidade⁴⁰. A autora brasileira entende que aquilo que a doutrina procurou convencionar como comportamentos quotidianos nada mais é do que, o correspondente a um dado grupo de casos compostos por determinados comportamentos que fomentam ou favorecem a concretização de um crime por parte de um terceiro autor responsável. Comportamentos estes com carácter socialmente disponível que pecam na apresentação de margens pouco estabelecidas a respeito da sua correspondente punição. A penalista

³⁸ LOBATO, José Danilo Tavares (2014) – Ações Neutras e Teoria do Abuso de Direito: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo. V. 22, n. 111, p. 115.

³⁹ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 110 e ss.

⁴⁰ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 27.

defende que a cogitação de uma conduta neutra como proibida levaria à adoção de uma categoria penal caracterizada já preliminarmente por uma *contraditio in terminus*, deve ser colmatado o risco de se tratarem como neutros certos comportamentos que podem ser e não ser penalmente relevantes⁴¹.

João Rassi considera que as condutas neutras devem ser entendidas como ações rotineiras próprias do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que são utilizadas para a correspondente prática de dada infração penal alheia⁴².

Lana Gorostiza expressa que as ações neutras por ocorrerem no âmbito profissional acabam por aparentar tratar-se, principalmente, de um problema de delimitação de alguns supostos limites que, por se desenrolarem como contribuição no âmbito da atividade quotidiana, habitual, laboral, suscitam dúvidas sobre a sua classificação no caso concreto como cooperação, auxílio, suscetível de punibilidade⁴³.

De acordo com Guillermo Yacobucci as condutas neutras, embora sejam empiricamente apresentadas como uma contribuição causal para a prática do facto criminoso por outrem, tem a potencialidade, do ponto de vista normativo, de ser irrelevantes⁴⁴.

Não obstante, para Blanco Cordero as condutas neutras são condutas realizadas sem a finalidade mediata de favorecer um crime alheio, embora o possam reconhecer como efeito secundário da sua atuação, dirigida aos seus próprios interesses, que contribuam para dado ato ilícito praticado por outrem, faltando-lhes o designado “sentido indubitavelmente criminoso”⁴⁵.

Winfried Hassemer entende que as ações neutras são aquelas que da perspetiva de um observador imparcial não apresentam qualquer tendência objetiva para o ilícito, mesmo que possam acabar por receber essa tendência por meio de informações adicionais, especialmente sobre o lado interno daquele que presta ajuda⁴⁶.

⁴¹ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 36.

⁴² RASSI, João Daniel (2012) – *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. São Paulo: Faculdade de direito da UPS, p. 27.

⁴³ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (2002) - *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana»: contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*. Granada: Comares, p.56.

⁴⁴ YACOBUCI, Guillermo Jorge (2019) - Intervención en el delito y conducta neutral. In BOSE, Martin ; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich [et.al.]. *Festschrift für Urs Kindhauser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, pp. 615 e 627, p. 615. BRENER, Paula (2021), *op. cit.* p. 38.

⁴⁵ BLANCO CORDEIRO, Isidoro (2008) – *Límites de la participación delictiva: las acciones neutras y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, p. 3.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried (1995) – *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, Teil I, *Wistra*, p. 42.

Na perspetiva de Marcus Wohlleben o que se tem são condutas em que quem as executa as poderia realizar em frente de todos os que se encontram na situação do autor, visto que a sua conduta em si prossegue fins próprios juridicamente não desaprováveis que são independentes do facto e do próprio autor⁴⁷.

Menciona Francisco Aguilar que os comportamentos ditos neutros são apenas os que surgem como insuspeitos, inócuos e levam à impunidade da conduta. Entende o autor português que condutas neutras não são condutas em si impunes consideradas atípicas, que uma conduta em si neutra não existe, dado que se a conduta fosse realmente neutra a discussão seria a entrega da faca que por si é um comportamento neutro e não necessitaria de intervenção do ordenamento jurídico-penal. O penalista expressa que, em concreto, a definição de uma ação como neutra é reservada somente aos comportamentos considerados por impuníveis pela sua não violação da disposição legal⁴⁸.

Para Robles Planas devemos ter presente que as definições respeitantes às ações quotidianas, à semelhança dos respetivos exemplos acerca destas, usualmente apresentam dois elementos dominantes, um de carácter objetivo e outro de carácter subjetivo. Objetivamente estão em causa condutas que são executadas de modo adequado a dado padrão, função ou estereótipo. Enquanto subjetivamente verifica-se, por parte daquele que pratica a conduta, o conhecimento da sua idoneidade para direta ou indiretamente levar à produção de um resultado criminoso. Acresce o autor que para se esclarecer o concreto significado da execução de um comportamento conforme a uma função, padrão ou estereótipo social deve verificar-se uma conduta inócua, lícita em si mesma considerada. Ou seja, devemos estar face a uma conduta que cria um estado que seja compatível com a lei penal (v.g. a venda de um objeto de lícito comércio, o cumprimento das funções diretivas de determinada relação laboral), em que nenhuma das ações praticadas possam ser tidas como lesivas do ordenamento jurídico do ponto de vista externo. Segundo a perspetiva axiológica de Robles Planas traduzem-se em

⁴⁷ WOHLLEBEN, Marcus (1996) - *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München: Beck, p. 4.

⁴⁸ Menciona o autor português que para a doutrina, as condutas neutras são: «[...] construções ou ficções de comportamentos que, por abstracção alquimisticamente descontextualizadora dos ontologicamente reais comportamentos em face da situação de vida em que os mesmos se integrem, surgem *a priori* e *ab initio* como insuspeitos ou inócuos». Que a procura de uma definição que imediatamente fundamentasse o resultado desejado da impunidade da ação (económica) não existe, sendo que o que está em causa é saber se alguns comportamentos, derivados da sua natureza económica, profissional e/ou do seu carácter comum, do dia a dia, deverão ser considerados atípicos ou justificados perante uma efetiva aferição da categoria da cumplicidade (plasticamente) conformadora do facto. Isto é, a cumplicidade física e a cumplicidade psíquica. AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2014) – *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 808.

comportamentos que não são inequivocamente criminosos, de outra forma, resumem-se a condutas que acabam por facilitar ou favorecer de modo consciente um crime alheio através de contribuições adequadas quer da perspetiva social quer profissional, tidas como *standard*, em conformidade com o correspondente desempenho de atividades usuais da vida rotineira⁴⁹.

Claus Roxin entende que não existem condutas neutras propriamente ditas. Para o autor alemão tudo fica dependente da finalidade da ação, uma ação cuja finalidade se demonstra criminosa constitui cumplicidade. Contrariamente, uma ação cuja finalidade se demonstra não criminosa, não pode constituir cumplicidade. Daí que o penalista defenda que participar num crime nunca pode ser considerado um comportamento neutro dada a finalidade da ação, o seu sentido criminoso constitui uma ação de cumplicidade. A conduta neutra é aquela que não gera qualquer espécie de contribuição para a ocorrência de um crime alheio. Exemplifica o autor que, o explicar o funcionamento de dada arma de fogo consiste numa conduta neutra se a esta explicação se seguir a prática de um desporto num dado clube de tiro. Por seu turno, será considerada cumplicidade se com isto se auxiliar o autor material a fazer uma ligação com a vítima. Assim, para Claus Roxin as condutas em estudo não são condutas neutras, pois embora exercidas no âmbito profissional auxiliam num facto criminoso de terceiro, são na verdade condutas de cumplicidade as quais podem ou não ser puníveis, neutras em si só aquelas que não constituem qualquer tipo de contribuição ao crime de outrem⁵⁰.

A dificuldade de um conceito concreto e o recurso apenas a características semelhantes para a construção de uma identidade comum de uma conduta valorativamente neutra constitui, logo de entrada, um dos grandes cenários polémicos de introdução e aceitação destes comportamentos. É de concluir que a imprecisão e obscuridade de definição levantam espontaneamente um obstáculo a considerar. Algo que não se encontra devidamente estanque na sua definição com dificuldade pode ser submetido a qualquer análise jurídico-penal⁵¹.

⁴⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰ ROXIN, Claus (2003) - *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck, p.206.

⁵¹ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 110.

3.2. AS CONDUTAS VALORATIVAMENTE NEUTRAS COMO CAUSAÇÃO INDIRETA DO RESULTADO

É preciso ter em conta que estes comportamentos considerados pela doutrina como neutros são cada vez mais comuns e os próprios meios tecnológicos os evidenciaram fortemente.

Não nos reportamos apenas às situações puramente mercantis de transações de mão em mão, os próprios desafios originados do amplo impulso tecnológico determinam que transações virtuais possam, aos dias correntes, ser possuidoras de caráter rotineiro mas com o conhecimento de que com o objeto transacionado será cometido um ilícito criminal. As vendas tecnológicas resultaram e resultam num *boom*, não devendo ser esquecido que o problema se interliga, até, ao nível das contratações de âmbito oculto, anónimo, que daí maioritariamente resultam. Assim, o desenvolvimento comercial e o seu alastrar até foros tecnológicos justifica uma maior necessidade e abordagem da presente temática.

Já os casos clássicos de comportamentos quotidianos, são: o exemplo do taxista que transporta alguém que sabe que irá praticar um crime no lugar para onde o transporta⁵², a prestação de consultoria jurídica cuja pessoa a quem esta é prestada se aproveitará desta para a realização de um crime, a venda de um pão por um padeiro a alguém que o usará para envenenar a mulher⁵³, a venda de um comprimido com efeitos abortivos a uma grávida, a compra de um carro por uma pessoa a um comerciante profissional sabendo-se que não há pagamento do imposto comercial geral⁵⁴, a venda de bebidas alcoólicas e alimentos a terceiro que gere um bordel de forma proibida⁵⁵, situações de pagamento de uma dívida, a venda de uma chave de fendas que o comprador utilizará para forçar a entrada numa habitação alheia com o intuito de praticar um roubo⁵⁶ ou mesmo o empregado de uma instituição bancária que sabe que dado cliente realiza operações de branqueamento de capitais (onde há um especial dever de cautela).

Aqui chegados, torna-se relevante ter presente que a problemática dos comportamentos neutros surge sobretudo no âmbito da denominada causação indireta do resultado, em

⁵² JAKOBS, Günther (1996) – *La imputación objetiva en Derecho penal*, Traducción Cancio Meilá, Manuel y Suárez González, Carlos. Bonn: Ad-Hoc, p. 107.

⁵³ JAKOBS, Günther (1996), *op. cit.*, p.107.

⁵⁴ WOHLLEBEN, Marcus (1996), *op. cit.*, p. 9.

⁵⁵ *Vide* RGST, 1906, vol. 39, p. 44, caso que surgiu na jurisprudência alemã.

⁵⁶ WEIGEND, Thomas (1998) – *Grenzen strafbarer Beihilfe*. Baden-Baden: Festschrift für Haruo Nishihara, p. 199.

prol da causação direta do resultado. Significando a primeira, causação indireta do resultado mediante condutas neutras, que a questão deve ser discutível no campo da participação criminosa, mais concretamente no âmbito da cumplicidade. Porém, há quem apele à sua análise no domínio da autoria, causação direta do resultado mediante condutas neutras.

No campo da teoria da causação indireta do resultado mediante condutas neutras, a questão consiste em observar a responsabilidade do interveniente que pratica um comportamento quotidiano, em regra, tendo por base, a realização da sua contribuição na fase prévia ao início da tentativa, ao facilitar através do seu comportamento a prática de um crime por terceiro. Para Robles Planas tal faz com que, do ponto de vista externo, objetivo, estejam em causa condutas que são executadas segundo um rol, padrão, estereótipo, traduzindo-se em ações tidas por inócuas e intercambiáveis. Como menciona o autor, estas características externas surgem fortemente acentuadas pela circunstância de, entre a conduta e a produção do resultado se interpor um segundo sujeito que é quem transporta, transforma ou direciona a contribuição até ao crime⁵⁷.

Enquanto, na ótica interna, subjetiva, a causação indireta do resultado mediante um comportamento rotineiro, pressupõe o conhecimento do uso posterior, criminoso, que será feito pelo terceiro face a essa contribuição. Como refere o penalista espanhol traduzem-se em hipóteses em que o prestador da contribuição conhece os fins prosseguidos pelo autor, existindo uma perfeita representação de que a contribuição, aumentará, no mínimo, as possibilidades de comissão do crime⁵⁸.

Partindo destes pressupostos inerentes às condutas valorativamente neutras, Robles Planas entende que o plano objetivo, externo (refletirem-se em condutas estereotipadas), e o plano subjetivo, interno (o conhecimento da sua potencialização

⁵⁷ Como menciona Robles Planas: “Esta circunstancia pone de manifiesto una particularidade essencial de estos supuestos: la presencia de un segundo sujeto autorresponsable, de cuya decisión, en última instancia, dependerá la realización del peligro. Tal circunstancia deberá ser tenida especialmente en cuenta a la hora de decidir sobre la prohibición penal de la conducta del primer sujeto. Por lo demás, la nota de la intercambiabilidad se manifiesta con especial claridad: el causante mediato que obra en una situación estereotipada hubiera ejecutado su conducta exactamente de la misma forma com independencia del sujeto que se beneficiara de la aportación.”

“Esta circunstância manifesta uma particularidade essencial destes pressupostos: a presença de um sujeito autorresponsável, cuja decisão, em última instância, dependerá a realização do perigo. Tal circunstância deverá ser tida especialmente em conta na hora de decidir sobre a proibição penal da conduta do primeiro sujeito. Além do mais, a nota da intercambiabilidade manifesta-se com especial claridade: o causante mediato que age numa situação estereotipada haveria executado a sua conduta exatamente da mesma forma com independência do sujeito que beneficiará da contribuição.” (Tradução nossa). ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, pp. 39 e 40.

⁵⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 40.

para a produção do resultado), leva a que não apareçam obstáculos à constituição de grupos de casos em que se verifiquem condutas neutras que diretamente causem o resultado (causação direta do resultado). O autor apresenta como exemplo, o cenário do trabalhador de uma indústria cuja sua função se traduz unicamente na abertura das comportas que permitem o envio de resíduos ao rio, sem estar no âmbito das suas competências a verificação da correspondente composição dos resíduos (função inerente a outro trabalhador). De onde resulta, que se houver por parte do trabalhador o conhecimento de que os resíduos em causa possuem produtos tóxicos, poluentes que afetam normas legislativas ambientais, se abrir as comportas, fará com que toda a aparência externa que lhe confere licitude seja conjugada com a influência interna da ilicitude, originando uma conduta neutra de causação direta do resultado. O mesmo acontece no caso de um caçador, com licença de caça, e ornitólogo, que numa dada área reservada dispara sobre uma ave que sabe constituir uma espécie em vias de perigo de extinção⁵⁹.

No núcleo da causação indireta do resultado mediante condutas neutras encontramos novamente um apoio à necessidade de aferição dos limites inerentes à própria cumplicidade. E é este núcleo o tema central do nosso estudo.

⁵⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, pp. 40 e 41.

4. AS CONDUTAS NEUTRAS E AS CONDUTAS DE CUMPLICIDADE: A EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA QUANTO AO PROBLEMA

Ao longo dos tempos a questão em observação tem levado ao aparecimento de vários entendimentos a respeito da sua respetiva resolução, como anteriormente indicado.

Em Portugal os estudos revelam-se escassos, encontrando-se os principais desenvolvimentos ou procura de soluções na doutrina alemã, espanhola e, mesmo na doutrina brasileira e suíça começam a evidenciar-se vozes acerca do assunto.

Acontece que os estudiosos tendem a conferir um tratamento restritivo à punibilidade da intervenção que possibilite ou facilite um facto criminoso alheio, executado por um agente autorresponsável, quando a contribuição seja possuidora de neutralidade⁶⁰.

E, entre as perspetivas consideradas por inicialmente adotadas, como solução para a problemática das condutas valorativamente neutras, destacam-se as que invocam o princípio da insignificância, o princípio da confiança, a teoria da adequação social e o princípio da proibição de regresso⁶¹.

4.1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, tal como o nome sugere, pressupõe uma irrelevância em si inerente. É o princípio geral de interpretação, ao abrigo do qual a tipicidade ver-se-ia afastada nas hipóteses em que a conduta fosse suscetível de preencher dado tipo legal, no entanto esta não apresenta a mínima importância material de ataque a um bem jurídico fundamental. Concretizando, no foro formal, aplica-se quando estamos face a uma conduta que se consubstancia na tipicidade, porém verifica-se uma ausência de intensidade ou capacidade de lesão do bem jurídico, sendo esta última praticamente inexistente ou muito diminuta.

No ordenamento jurídico português o princípio da insignificância resulta do princípio da necessidade da pena e é o princípio segundo o qual, há determinadas situações em que apesar do tipo ilícito e culposo conseguir ser afirmado, aquilo que existe é em si uma lesão insignificante para o bem jurídico. Há nessas situações uma negação da dignidade penal, da sua suscetibilidade de punibilidade, não são merecedoras de pena.

⁶⁰ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ *Infra* página 53 e ss. do presente estudo.

Sucedo que a pouca precisão inerente ao princípio da insignificância e a sua inaplicabilidade em aglomerados casos abalou fortemente a sua aceitação.

O forte desvalor inerente aos comportamentos neutros não consegue ser reivindicado somente apelando a este princípio geral de interpretação. Não sendo de esquecer a sua difícil aplicação a crimes de maior gravidade, dolosos, onde são colocados em perigo bens jurídicos da maior relevância, como o bem jurídico fundamental vida⁶².

4.2. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Outro princípio geral de interpretação inicialmente invocado no âmbito das condutas neutras que ainda surge em determinadas perspectivas modernas é o princípio da confiança.

Princípio que parte da premissa de que toda a pessoa pode confiar que os outros não cometerão factos puníveis dolosos, que não se tem de contar que alguém irá praticar um facto criminoso⁶³. Pelo contrário, deve partir-se da ideia de que terceiros irão adotar condutas ao abrigo das normas, caso contrário estar-se-ia a fomentar uma sociedade de desconfiança, refletindo-se numa forte instabilidade social.

Falamos de um princípio com grande influência em termos do risco não proibido no âmbito da imputação objetiva, possuidor de limites próprios que inicialmente surgiu inerente a deveres de cuidado no tráfego.

A manutenção deste mesmo princípio no campo das condutas valorativamente neutras, consequentemente se refletiria na exclusão da responsabilidade criminal de um número bastante elevado de hipóteses. Contudo, os comportamentos neutros que geram cumplicidade implicam a presença de conhecimentos especiais, o saber ou a forte suspeita de que terceiro irá praticar um ilícito criminal, é necessário que existam indícios concretos no sentido de que outrem há de comportar-se ilicitamente, constituindo estes últimos casos uma limitação a este princípio de interpretação⁶⁴.

⁶² GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, pp. 31 e 32.

⁶³ ROXIN, Claus (1997) – Observaciones sobre la prohibición de regreso. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. V.3, n.6, p. 29 e ss.

⁶⁴ BRENER, Paula, *op. cit.*, pp. 29 e 30.

4.3. DAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS NO ÂMBITO DO TIPO

O afunilamento da busca da resolução face à questão das condutas valorativamente neutras tem surgido no núcleo da tipicidade. Onde encontramos posições que alcançam a resposta da relevância dessas condutas no âmbito do tipo objetivo e outras no âmbito do tipo subjetivo.

Quanto ao tipo objetivo há uma incidência da potencial solução no campo da imputação objetiva, entendida pela maioria com referência à teoria do risco. Enquanto no tipo subjetivo a resposta encontra-se essencialmente face aos conhecimentos especiais do agente.

Encontrando-se até quem sustente a conjugação clara entre evidências objetivas e subjetivas.

As que podem ser denominadas de perspectivas objetivas são aquelas que fazem depender a existência de um risco tipicamente desaprovado de cooperação ou auxílio do lado objetivo, externo, do agente que contribui materialmente para que a conduta neutra passe a ser relevante criminalmente. Onde os conhecimentos individuais especiais não são, em regra, atendíveis, embora jamais totalmente ignorados, possibilitando a correspondente punição.

Segue-se, assim, em primeiro lugar, a apresentação de algumas posições ditas objetivas, embora muitas das vezes incluam uma vertente igualmente subjetiva, quer de modo mais direto ou indireto.

As ditas posições objetivas que indiretamente são subjetivas são aquelas que apelam ao lado objetivo e, apesar de aparentemente tentarem negar o lado subjetivo, acabam por acatá-lo. Já as ditas posições objetivas que de modo direto também são subjetivas são as adotadas por determinados autores que apelam expressamente a posições mistas.

Vamos começar por desenvolver as várias posições objetivas que implicitamente não deixam de ser também subjetivas, que designamos como teorias objetivas indiretamente subjetivas.

4.3.1. TEORIAS OBJETIVAS INDIRETAMENTE SUBJETIVAS (TEORIAS OBJETIVAS)

Entre as teorias objetivas ou teorias objetivas indiretamente subjetivas destacamos autores como Heribert Schumann, Winfried Hassemer, Günther Jakobs, Luís Greco, Paula Brener e João Rassi.

Para a coerente análise das suas perspectivas serão intercalados outros autores que igualmente se posicionaram quanto ao assunto e faz sentido que sejam invocadas as suas concepções, não só por algumas terem servido de base às perspectivas dos autores enunciados atrás, como, pelo facto de outras surgirem por influência destas, mas sobretudo pelo destaque que tiveram para o esclarecimento jurídico-científico deste tema. Será assim igualmente dado destaque a Hans Welzel, Reinhard Frank e Feijoo Sánchez.

4.3.1.1. HERIBERT SCHUMANN

Heribert Schumann não dedica qualquer estudo específico à temática das condutas neutras, até porque a preocupação central do autor incide na identificação do alcance do denominado princípio da autorresponsabilidade, uma vez que o seu estudo, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, do ano de 1986, reverte à análise do desvalor da conduta penal e do princípio da autorresponsabilidade.

Relembrando o princípio da autorresponsabilidade, como o princípio mediante o qual, cada um deve ser devidamente responsável pelas próprias ações e não pelas ações praticadas pelos outros, tal faz com que o fundamento da punição do participante não possa ser encontrado na responsabilidade pelo resultado do autor.

Heribert Schumann busca modos de confronto do princípio indicado, que rege o seu entendimento penal, com as mais diversas questões, entre as quais as interligadas à participação criminosa. Com esse intuito, a fim de se compreender como devem ou não ser punidas as condutas objeto do nosso trabalho para o autor alemão, é necessário percebermos como é feita a identificação da participação segundo este.

Ora, o penalista apresentando uma ideia muito própria de forma a encontrar um equilíbrio entre aquilo que é o princípio da autorresponsabilidade e a fundamentação e limites da punição do cúmplice, acreditando que tanto o fundamento como os limites do

ilícito da participação se encontram por recurso ao princípio da autorresponsabilidade, atende ao critério da solidarização no ilícito alheio⁶⁵.

Concretizando, este encontra a razão do seu entendimento na noção welziana de "desvalor do ato" (*aktunwert*) enquanto elemento de lesividade social que toda a ação criminosa contém⁶⁶. Onde o desvalor do ato surge precisamente da solidarização que se verifica para com o crime do autor imediato, resultando do compartilhamento do facto com outrem, de onde provém um reconhecimento da tomada de posição em prol do ilícito criminal⁶⁷.

Para este, a mera contribuição co causal (dolosa) só por si não é suficiente sendo essencial a verificação da solidarização com o ilícito alheio.

A expressão clara de apoio ao facto alheio deve ser determinante para se aceitar a punição daquele que presta uma contribuição de foro material, devendo o contributo para o crime apresentar uma dimensão que constitua o núcleo do ilícito. Deve a manifestação de compartilhar o facto alheio ser objetiva e não meramente subjetiva para a identificação da solidariedade. Assim, para que o cúmplice seja punido é essencial que se encontre na conduta do participante um particular desvalor da ação que acabe por aparecer como um desvalor socialmente insuportável para a comunidade jurídica⁶⁸.

Segundo o penalista, a lesividade social de um comportamento vai para além da verificação de uma lesão ou colocação em perigo abstrato ou concreto do bem jurídico, visto que, uma conduta deve ser tida também como lesiva a partir do instante em que comporta um desprezo aos valores fundamentais do sentido jurídico, conformando um perigo desde o ponto de vista psicológico-social para a vigência do direito, para a segurança jurídica e paz social, e é adequada para gerar justamente o desvalor social insuportável para a própria comunidade⁶⁹.

Heribert Schumann para explicitar a sua teoria da solidarização com o ilícito alheio, apresenta critérios explicativos, entre os quais, o critério da proximidade com o facto que faz a distinção entre aquilo que é um contributo no momento da preparação, do contributo prestado no momento da tentativa, a distância temporalmente considerável

⁶⁵ SCHUMANN, Heribert (1986) - *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: University of Tübingen, p. 44.

⁶⁶ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 50.

⁶⁷ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 57.

⁶⁸ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 49.

⁶⁹ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 49.

com o facto, não deve ser tida como suscetível de qualquer solidariedade; o critério da adaptação da atividade profissional ao plano criminoso; e, o critério da violação das normas legais da respetiva área de atividade profissional⁷⁰.

Já no âmbito das condutas neutras, consideradas pelo penalista como ações de carácter profissional e rotineiro, a regra é a de que se não há quaisquer manifestações de solidarização face ao facto alheio, não existe qualquer significado expressivo de solidarização, então não há lugar à cumplicidade⁷¹. – v.g. no caso daquele que vende o pão que servirá para envenenar outrem ou da compra de um machado ou chave de fendas em que o vendedor conhece o seu próprio uso para a prática de um crime, este não deve ser punido a título de cumplicidade, quer pelo facto de não concorrer ao ilícito da participação, quer pelo §27 StGB que exige para a imputação do resultado que o participante a partir do seu contributo adira ao ilícito alheio⁷².

No caso de se verificar a circunstância do autor material revelar a sua intenção criminosa ou daquele que presta a contribuição descobrir o correspondente plano criminoso do autor material, não deve tal circunstância ser decisiva para a presença de cumplicidade. No máximo, o conhecimento pode relevar nas hipóteses em que ao ser feita uma ponderação de juízo, se verificar o critério da proximidade em relação ao facto, onde haverá lugar a cumplicidade se com a conduta supostamente neutra se verificar uma solidarização objetiva elevada⁷³. Assim, uma contribuição que segue uma rotina profissional, e nesse sentido é uma contribuição neutra, usualmente não manifesta qualquer solidarização com o facto principal.

São várias as críticas apontadas à teoria exposta.

Luís Greco aponta para o problema do fundamento da punição da participação, considerando-o mal fundamentado. Menciona o autor brasileiro que o direito penal de um Estado de Direito não está legitimado a punir alguém pelo simples facto de ter essa pessoa manifestado a sua solidariedade para com um ilícito alheio⁷⁴. Há anomalias na construção da tese de Schumann ligadas à ideia de solidarização⁷⁵.

⁷⁰ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 57.

⁷¹ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 64.

⁷² SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 60 e ss.

⁷³ SCHUMANN, Heribert (1986), *op. cit.*, p. 69.

⁷⁴ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 47 e ss.

⁷⁵ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 48.

Contudo, a principal objeção apontada consiste na circunstância de as concretizações da ideia pouco rigorosa do penalista alemão apresentarem uma intolerável dose de aleatoriedade⁷⁶. A própria solução de exclusão quase que global da punibilidade das condutas neutras parece uma solução um tanto simplista, pois o que acaba por fazer é puramente deslocar o problema, na proporção em que este será não mais o problema de definir quando uma conduta neutra é impunível, mas sim definir o que é uma conduta neutra, o que de modo algum se pode considerar claro⁷⁷.

Robles Planas critica o facto de Heribert Schumann utilizar o critério da solidarização com o ilícito alheio por recurso a um duplo significado, como fundamento da punição do participante e como critério de imputação objetiva, o que leva a que a doutrina faça interpretações incorretas quanto à sua postura⁷⁸. O autor espanhol refere que a teoria de Schumann acaba por possuir uma grande capacidade para explicar a imputação quando já afirmada a contribuição de terceiro, porém deixa em aberto a questão relativa às condições sob as quais uma pequena contribuição chega a ser perigosa, quando a contribuição passa o limiar da neutralidade ou da inocuidade⁷⁹.

4.3.1.2. HANS WELZEL

A teoria da adequação social surge com Hans Welzel no seu estudo *Studien zum System des Strafrecht*, em 1939. Onde o autor procurou afirmar que devem permanecer fora do conceito de ilícito todas as condutas que se movam funcionalmente dentro da ordem historicamente constituída, denominando tais condutas como “ações socialmente adequadas”.

Falamos de condutas integradas na própria organização da vida em comunidade em dado momento histórico⁸⁰. Desta forma, o que se verifica é um conceito normativo assente na ética social, uma vez que o autor alemão afirma que estão em causa condutas que se movem dentro da ordem “ético-social” historicamente estabelecida da vida em sociedade, mesmo quando enquadráveis em dado tipo legal. Segundo o penalista, tidos como aceites socialmente por serem de carácter adequado são apenas os negócios que se mantêm no marco da atuação em conformidade com a ordem

⁷⁶ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 50.

⁷⁷ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 50.

⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 201.

⁷⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 104.

⁸⁰ WELZEL, Hans (1975) – *Studien zum System des Strafrechts*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlim/New York: DeGruyter, p. 141.

jurídica, mesmo quando destes resultem determinados prejuízos⁸¹. Onde se enquadram as condutas neutras.

Para Hans Welzel a adequação social é o “significado social” de um comportamento, de um dado comportamento não estar proibido, o que igualmente faz com que esse comportamento não seja suscetível de constituir qualquer ilícito penal, visto que o próprio ilícito penal somente se consagra a partir do instante em que se verifica uma transposição da fronteira da adequação social⁸². Torna-se patente a natureza social e simultaneamente histórica do direito penal, manifestando-se as formas de comportamento que se separam gravemente da ordenação histórica da vida em sociedade.

Esta teoria surge mediante duas considerações. Por um lado, considerando a crítica que o autor alemão formula quanto à conceção “naturalista-causal” da ação e do bem jurídico e, por outro lado, devido aos tipos jurídico-penais que, na sua perspetiva, correspondem a “tipificações de comportamentos antijurídicos”⁸³.

Num ponto inicial a teoria apresentada tinha por base a verificação da exclusão do tipo. Qualquer conduta funcionalmente integrada no âmbito quotidiano de dada sociedade seria enquadrada no conceito de adequação social e como tal insuscetível de responsabilidade penal, mesmo que constituísse um tipo legal de crime previsto pela lei penal.

Aconteceu que as insuficiências desta mesma tese se começaram a verificar, prontamente, quando o próprio Hans Welzel a esta foi fazendo alterações no decurso do tempo. Várias foram as razões dogmáticas que levaram o autor a ir alterando a sua perspetiva, inicialmente procurava enquadrar a problemática no âmbito da tipicidade, como indicado, porém não tardou em trocar a sua localização para o âmbito da ilicitude (como causa de justificação, mudança que surgiu ao seu conceito original de tipo por força da sua teoria dos designados “tipos abertos”) e, posteriormente, retomou a localizar o problema no âmbito da tipicidade.

Salientamos também outras transformações que surgiram entre estas, designadamente quanto à sua conceção no sentido de procurar considerar a adequação social uma

⁸¹ WELZEL, Hans, *op. cit.*, p. 55.

⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel (1993) – *La teoría de la adecuación social en Welzel*. Madrid: Universidade Autónoma de Madrid, s.n. pp. 698 e 699.

⁸³ CANCIO MEILÁ, Manuel (1993), *op. cit.*, pp. 699 e 700.

causa de justificação consuetudinária ou a alteração fruto da mudança da regra da ilicitude da disposição §240 StBG (que concebia como caso de aplicação de direito positivo a ideia de adequação social)⁸⁴. Tais reformulações originaram a mudança dos próprios exemplos apresentados pelo autor alemão para concretizar a sua teoria da adequação social.

Já alguns autores, como o autor austríaco Roeder, compreendem que a adequação social constitui uma causa de exclusão da culpa e muitos a entendem como causa de exclusão da ilicitude. O que nos leva a recordar Maria da Conceição Valdágua, penalista que defende que aceitar a adequação social como causa de justificação somente faria sentido para a doutrina do sistema clássico apologista do tipo valorativamente neutro, não para quem defende o tipo como um certo sentido de ilicitude típica incorporante de elementos da ilicitude típica de certo delito, o que justifica a sua localização como princípio interpretativo do tipo. Lembra a penalista portuguesa que os casos inerentes à teoria da adequação social consistem em casos que podem ser resolvidos através da teoria da imputação objetiva (atividades perigosas que são toleradas e consideradas perfeitamente lícitas, v.g., explorar minas) ou através da interpretação dos respetivos tipos orientada no sentido da identificação do bem jurídico e no de excluir o tipo legal nas hipóteses em que o bem jurídico não é efetivamente lesado⁸⁵.

É de recordar Rueda Martín, autora espanhola que apresenta uma aceitação do critério de Welzel, que entende que para apurar a determinação da adequação social de uma conduta estamos face a uma questão eminentemente valorativa, onde devem estar em jogo um leque de considerações, entre as quais a utilidade da conduta em virtude da qual estes tipos de riscos são tolerados. Desta forma, a autora atende ao uso do critério apresentado pelo estudioso alemão numa versão mais tipicamente welziana para solucionar as condutas tidas como neutras, retomando a ideia de que a adequação social é o juízo mediante o qual se procede a uma valorização do comportamento, constituindo um critério valorativo externo no âmbito da interpretação do sentido dos tipos⁸⁶.

⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel (1993), *op. cit.*, p. 701.

⁸⁵ VALDÁGUA, Maria da Conceição (2000) – *Direito Penal, Parte Geral. Sinopse da teoria geral do facto punível*. Lisboa, s.n. Texto facultado pela docente nas aulas de Direito Penal, p. 238 e ss.

⁸⁶ RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2003) – *Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas. Derecho penal contemporáneo*. In Revista derecho penal n.3, p. 99 e ss.

A doutrina atual não aceita a teoria da adequação social, apenas a esta remete como princípio interpretativo.

O abandono da teoria da adequação social interliga-se ao seu caráter impreciso, torna-se difícil o estabelecimento do que é adequado ou não, até porque outras teorias demonstram-se muito mais credíveis para a resolução da questão das condutas neutras (como a teoria do risco, imputação objetiva). Como menciona Manuel Cancio Meliá «[...] la adecuación social es “la falsilla de los tipos jurídico-penales: es el estado “normal” de libertad de actuación social que se encuentra en la base de los tipos y que éstos presuponen (tácitamente)”, queda reducida a un “principio general en materia de interpretación”»⁸⁷.

É também referido que o erro fundamental da teoria da adequação social é não deixar claro se se trata de uma descrição ou de uma prescrição, ou seja, se a mesma deve ser entendida em sentido sociológico-descritivo (referindo-se àquilo que é socialmente adequado, ao que se faz realmente em dada sociedade) ou em sentido ético-normativo (o que, em dada sociedade, se considera como correto fazer). Só entendida em sentido normativo será possível, pois a aceitação de um sentido descritivo levaria a que se aceitassem certas práticas habituais que são por si absolutamente não aceitáveis e desaprováveis. Todavia, o sentido normativo torna a teoria da adequação vaga porque leva a que seja necessário que exista um dado parâmetro para a descoberta do que é tido por correto em dada sociedade⁸⁸.

4.3.1.3. WINFRIED HASSEMER

Na perspetiva de Winfried Hassemer as condutas valorativamente neutras devem ser observadas no núcleo objetivo do tipo. A colocação da questão das condutas neutras no âmbito do tipo subjetivo levaria a que o direito penal deixasse de ser efetivamente um direito penal do facto, passando a consagrar-se um direito penal com base no lado interno do agente, o lado subjetivo, correspondente ao conhecimento e respetiva

⁸⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel (1993), *op. cit.*, p. 702.

«[...] a adequação social é “a falsificação dos tipos jurídico-penais: é o estado “normal de liberdade de atuação social que se encontra na base do tipo a que estes pressupõem (tacitamente)”, fica reduzida a um “princípio geral em matéria de interpretação”». (Tradução nossa).

⁸⁸ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 23

vontade, quando a questão pode e deve ser tratada num patamar anterior, no tipo objetivo⁸⁹.

Winfried Hassemer parte na defesa da teoria da adequação profissional, que surge das raízes da teoria da adequação social, esta última vista como um diamante em bruto que bem trabalhado ajudaria a uma resposta para as condutas quotidianas⁹⁰. Evidenciando que a teoria da adequação social peca por ser vaga e demasiado aberta, o penalista propõe como solução uma necessidade de restrição do seu concreto núcleo. Isto é, colocar a questão apenas no sentido de englobar os grupos sociais aos quais o direito presta reconhecimento das suas próprias normas, e com esta estrutura apresenta a sua teoria da adequação profissional, não englobando todos os grupos sociais como um todo, a sociedade como algo uno⁹¹.

A teoria da adequação profissional tem por finalidade o fazer notar tais normas presentes nos vários grupos profissionais, defendendo a essencialidade de complemento entre as normas jurídico-penais e as primeiras, tendo em conta a atividade praticada por dado grupo profissional juridicamente aceite e reconhecido pela ordem jurídica. Nestes moldes, o penalista alemão procura a concretização do que se deve ao certo compreender por “conduta socialmente adequada” no marco do favorecimento de dado crime praticado por terceiro⁹².

As normas profissionais não apresentam qualquer contradição ao ordenamento jurídico penal, estas complementam-no, tornando-o concreto, daí que a sua normatividade deva ser e seja aceite. Para Winfried Hassemer o que for considerado profissionalmente adequado não poderá ser ao mesmo tempo proibido e vice-versa, assim ao se saber o que é profissionalmente adequado permite também que se obtenha a restrição do ilícito penal.

Na tese do autor devem ser notados indícios para que dada conduta seja caracterizada como proibida, sobretudo nos casos em que o ordenamento jurídico reconhece as normas de dado grupo⁹³. Estes indícios são separados pelo autor. Por um lado, este invoca que haja incompatibilidade de dada conduta com as regras de interpretação tradicionais e/ou com as diretrizes jurisprudenciais. E, por outro, defende que deve

⁸⁹ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 43.

⁹⁰ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 46.

⁹¹ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 43.

⁹² HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 81.

⁹³ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 85.

atender-se ao grupo objeto de análise, nomeadamente aos respetivos comportamentos duvidosos⁹⁴.

Em regra, estão em causa comportamentos profissionais socialmente aceites e regulados por normas que não carecem de se subtrair a qualquer análise penal pois completam, concretizam as normas penais em dados campos sociais sem discordar com a proibição penal⁹⁵.

O reconhecimento destas condutas pelo direito faz com que não seja decretada qualquer responsabilidade criminal às mesmas, por isso as condutas neutras que derivam da prática de normas de dado grupo social ou profissional às quais o ordenamento jurídico presta reconhecimento, não podem originar qualquer ato de participação criminosa. Deve cada adequação profissional ser sujeita ao exame da sua contrariedade face ao direito⁹⁶.

Como realça Robles Planas a respeito da perspetiva descrita, para Winfried Hassemer, partir do socialmente adequado é sempre em referência a um âmbito concreto, posto isto não seria correto falar em adequação social das condutas neutras em geral, devendo fazer-se apenas em relação a condutas que se refiram a situações específicas ou a setores determinados, onde existam regras que precisam o que deve entender-se por conduta adequada nessa situação ou setor. Posto que, na hipótese das ações neutras se trata fundamentalmente de atividades profissionais, o decisivo é compreender se uma dada conduta se adequa ou não às normas que regulam a profissão. Falamos de regras que são observadas como um fenómeno normativo. A partir das normas específicas de cada setor traçam-se perfis da adequação profissional, já que o conteúdo dessas normas determina o que rege tal âmbito como quotidiano, profissionais, o que rege como “neutral”⁹⁷.

Winfried Hassemer entende que as condutas neutras derivadas de uma atuação em conformidade com as regras profissionais são condutas neutras socialmente aceites e não reprováveis, mesmo que haja o conhecimento por parte de quem as pratica de que outrem usará o seu contributo para a comissão de algum crime. Segundo o autor se a pessoa age em conformidade com as regras profissionais que são aceites pelo direito

⁹⁴ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 86.

⁹⁵ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 85.

⁹⁶ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 86.

⁹⁷ HASSEMER, Winfried (1995), *op. cit.*, p. 82.

justamente porque o complementam, estas não preenchem qualquer tipicidade, pelo contrário. No fundo, a conduta daquele que age em contexto regido por este tipo de regras não pode ser punido a título de cumplicidade. A cumplicidade somente poderá ser eventualmente aceite, nos casos em que se verificar em si um desrespeito pelas próprias regras profissionais.

Em suma, atividades profissionais que tenham normas que são aceites pelo direito beneficiam da presunção de que as condutas de quem age regido por elas age em conformidade com o ordenamento jurídico penal. Todavia, a mesma ideia pode ser afastada mediante a comprovação dos indícios de que tal não se verifica. O autor alemão entende que as normas profissionais prescritivas podem ser afastadas por indícios como o método de interpretação da lei e precedentes dos tribunais penais.

São apresentadas críticas à teoria de Winfried Hassemer.

É mencionada a circunstância da teoria da adequação profissional parecer tentada a sucumbir-se a uma falácia naturalista, a extrair o dever ser do ser, pois coloca de parte aquelas situações em que se verificam crimes de corrupção a funcionários da justiça em que é praxe, como refere Luís Greco, “pagar o cafezinho, nomeadamente para o processo ir a conclusão ou para a outra parte evitar que a outra no processo tenha acesso aos autos”⁹⁸. Se a ação é praticada pela generalidade dos membros de uma profissão reconhecida pelo direito esta não é típica, o que resulta naturalmente numa falácia naturalista.

É igualmente de questionar a indeterminação da teoria que torna duvidosa a sua capacidade de rendimento para a resolução de diversos casos, sendo também criticável o próprio método de se procurar concretizar um conceito por recurso a indícios, uma vez que pouco adianta propor uma série de indícios, se a relação entre estes permanece obscura, tal gera um arbítrio judicial⁹⁹.

4.3.1.4. REINHARD FRANK

O princípio da proibição de regresso é o princípio que pressupõe que a intervenção culposa sobre a realização dolosa de um terceiro autorresponsável leva a uma insusceptibilidade de punição por parte do sujeito que pratica a intervenção culposa, por

⁹⁸ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 53.

⁹⁹ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 54.

força da interrupção do nexo causal. Não há uma mesma cadeia causal, o nexo de causalidade é quebrado, originando cadeias distintas, o que leva a uma isenção da pena face ao primeiro sujeito. O surgimento da segunda conduta pelo terceiro assim o determina.

É Reinhard Frank que nos apresenta a original teoria da proibição de regresso, nesta ideia de existência de uma conduta culposa à qual se segue outra conduta e, sendo esta última de caráter culposo a primeira passa a ser insuscetível de responsabilidade penal, uma vez que a última conduta interrompe o nexo causal da primeira, iniciando uma nova causalidade¹⁰⁰. Ao ser caracterizada como livre, a conduta culpável influencia a causalidade da primeira. Falamos de uma teoria estreitamente interligada à causalidade¹⁰¹.

É entendido pelo penalista que, verificando-se situações de cumplicidade ou instigação estar-se-á perante exceções legais ao princípio da proibição de regresso, fazendo com que a ação livre por parte de terceiro não determine uma nova cadeia causal¹⁰².

O princípio da proibição de regresso surge para responder às hipóteses que não consubstanciem as circunstâncias legalmente previstas (instigação e cumplicidade). O que sucede é que no caso em que se verifique a existência de cumplicidade, a conduta culpável (livre) não coloca em causa o nexo causal, não o quebra. Assim, o criador de dado *vorbedingungen* somente pode ser punido a título de participação quando verificamos os respetivos pressupostos da cumplicidade¹⁰³.

Atualmente, não há defensores desta perspetiva embrionária da proibição de regresso, nem mesmo quanto a comportamentos neutros, desde logo, porque ou se afere que realmente a causalidade está presente ou não se afere, não devendo ser levantada a interrupção do nexo causal nestas circunstâncias, gerando até uma incompatibilidade para com a teoria da *conditio sine qua non* (ou teoria da equivalência das condições) como menciona Claus Roxin.

¹⁰⁰ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 25.

¹⁰¹ FRANK, Reinhard (1931) - *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*. Tübingen: Mohr, p. 14.

¹⁰² GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 24.

¹⁰³ FRANK, Reinhard (1931), *op. cit.*, p. 14 e ss.

Além disso, no âmbito da proibição de regresso, o que está em causa é um agir culposamente e não doloso (o dolo é o elemento inerente aos casos de cumplicidade)¹⁰⁴.

Há uma não possibilidade de compatibilidade para com a discussão das condutas neutras serem puramente neutras ou potencialmente condutas de cumplicidade.

E, mesmo as novas teorias da proibição de regresso que vieram a aparecer, em destaque a de Günther Jakobs, que vem refletir a questão da intervenção de terceiro a nível da imputação objetiva e não da causalidade, levantam dificuldades na conciliação com a problemática em análise¹⁰⁵.

4.3.1.5. GÜNTHER JAKOBS

Günther Jakobs apresenta, no âmbito do princípio da proibição de regresso, a formulação que parte da ideia de que a questão deve ser corretamente enquadrada no âmbito da imputação objetiva.

O autor alemão defende uma proibição de regresso em que já não é a causalidade, a interrupção do nexos causal, mas, sim, a imputação objetiva que deve ser atendível. Conforme a sua perspetiva, a proibição de regresso está, em certos comportamentos, que objetivamente realizam o tipo penal mesmo que possuam um carácter quotidiano¹⁰⁶.

Para Günther Jakobs deve ser feito um paralelismo face aos crimes omissivos. Recordando que tal como acontece num crime cometido a título de omissão, em que não é suficiente a própria evitabilidade do resultado para que possa existir uma imputação do ilícito criminal, pois é determinante atender à capacidade de o agente o evitar, também o deve suceder nas hipóteses em que há uma prática ativa do crime. Isto na proporção em que a causalidade é encarada por evitável devendo, inclusive, ter-se em conta a responsabilidade pela respetiva consequência¹⁰⁷.

O penalista fala num "sentido de realização do tipo" identificando que é possível ocorrer um distanciamento das consequências daquele que origina um dado curso causal no âmbito da proibição de regresso. Tal acontece, nas situações em que o comportamento, no momento da sua execução, não se encontra efetivamente dependente, em absoluto,

¹⁰⁴ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 26 e ss.

¹⁰⁵ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, pp. 26 e 27.

¹⁰⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro (2008), *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther (1996), *op. cit.*, p. 697.

de que exista uma continuação da ação por parte do autor material¹⁰⁸. De acordo com este, a teoria da proibição de regresso pode ser aplicável quer a casos em que a atuação é praticada a título doloso quer negligente.

É de recordar que para o autor alemão a questão passa pela caracterização de uma certa conduta como participação ou não, dependendo da respetiva imputação objetiva, passa pelo saber se o risco criado ou aumentado pelo agente é ou não é permitido. É precisamente o risco permitido ou não permitido que determinará a imputação a título de cumplicidade. Se o risco em causa for não permitido, deve a participação ser imputada, por sua vez, se o risco em causa for permitido não deve a participação ser imputada. É o que permite saber quais as condutas de favorecimento que ficam isentas de qualquer imputação objetiva e as que não ficam.

No seu entendimento o risco ser permitido ou não, encontra-se dependente da existência ou inexistência de um sentido ou finalidade autónoma na própria contribuição que é prestada. Considera excluída qualquer intervenção penal perante aquele que presta o seu contributo de auxílio quando se verifica que a conduta deste, no instante da sua prática, não depende da continuação da correspondente conduta típica do autor material. Enquanto já deverá existir intervenção, por parte da lei penal, quando aquele que presta o seu contributo define a sua própria atuação como parte de um plano criminoso, motiva-se pelo plano criminoso do autor imediato.

No fundo, é feita referência ao “sentido criminoso”, onde a imputação a título de cumplicidade deve ver-se excluída face àquele que presta o seu contributo sempre que a sua conduta surja objetivamente com sentido além do posterior facto do autor. Isto é, se for verificado outro sentido à conduta daquele que presta a sua contribuição sem o posterior facto do autor, deve a conduta do primeiro ficar impune. A não existência apenas de um “sentido criminoso” por parte da conduta de quem presta a contribuição, por outras palavras, a verificação de outros sentidos constitui um impedimento à imputação a título de participação. É a interpretação exclusivamente criminosa que permite, em primeira linha, a averiguação do “sentido criminoso”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther (1996), *op. cit.*, p. 697.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther (1997) – *La prohibición de regreso en el delito de resultado, Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión, Estudios de derecho penal*. Madrid: UA Ediciones, p. 260 e ss.

Assim, Günther Jakobs foi mais além face à perspetiva original da proibição de regresso, com esta perspetiva ligada à ideia da configuração do contributo de forma a adaptar-se a dado contexto de carácter criminoso, onde o autor procura evidenciar ademais existir responsabilidade criminal por parte daquele que presta a sua contribuição, quando quem presta o seu contributo adota o seu comportamento ao plano de outrem, plano esse que não pode estar motivado como plano não criminoso. Passando este critério da adaptação da conduta daquele que contribui ao contexto criminoso a destacar-se.

O mesmo autor identifica que no cenário das condutas neutras não se verifica qualquer sentido da prática conjunta da respetiva conduta, algo intrínseco a uma situação de participação em sentido estrito¹¹⁰. Logo, um comportamento que seja do ponto de vista normativo aceite e que não verifique qualquer sentido de prática conjunta da respetiva conduta mediante uma atuação conjunta, não deve ser aceite como participação criminosa, uma vez que nessas situações se observa uma distância face à conduta criminosa do autor material por parte daquele que presta a sua correspondente contribuição. Não há qualquer adaptação da conduta de quem contribui no âmbito quotidiano ao plano do autor material. Pelo contrário, se o mesmo se comprovar, aí haverá lugar a responsabilidade criminal, devendo aquele que contribui ser punido como participante¹¹¹.

O penalista salienta que ninguém pode reclamar para si algo como próprio ainda que o único motivo por ele levado a cabo, pela sua conduta, seja essa reclamação se não existe qualquer razão objetiva que o sustente. Acaba por ser indiferente que a única motivação possível daquele que contribui seja o auxílio ao crime alheio enquanto não existir qualquer manifestação que possua um significado social suficiente para que possa operar a imputação.

A perspetiva de Günther Jakobs tem por base o seu entendimento a respeito da própria finalidade do direito penal.

O autor alemão acredita que o direito penal tem em vista a identidade normativa da sociedade. Explicitando, o direito penal tem por fim garantir a vigência de determinadas normas que são consideradas como imprescindíveis para dada sociedade, a proteção

¹¹⁰ JAKOBS, Günther (1993) – *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch. Berlin: De Gruyter, p. 698.

¹¹¹ JAKOBS, Günther (1977) – Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 89, n. 1 (1977), p. 27.

da vigência do ordenamento jurídico (lesão de dever), deve verificar-se uma reafirmação da vigência do ordenamento jurídico contra a potencial lesão¹¹². Estas normas constituem cada indivíduo num determinado papel social.

Sempre que o indivíduo atuar ao encontro do seu papel social não deve o direito penal intervir, em contrapartida se o indivíduo atuar já fora do âmbito do seu papel, da norma que sobre si se projeta, deve a lei penal reagir face a esta ultrapassagem de fronteira¹¹³.

Uma não adaptação ao comportamento criminoso e o limitar-se a atuar segundo o que é exetável, no âmbito do exercício da sua profissão aceite pela sociedade, gera o cumprimento do seu papel social, todavia se se verifica uma adaptação ao comportamento criminoso do autor material, aí aquele que contribui já se encontra fora do seu papel social, como tal deve ser criminalmente responsabilizado. O que leva a concluir que, em regra, os conhecimentos especiais daquele que presta a contribuição quotidiana, não possuem qualquer relevância, não geram imputação, o que importa é o cumprimento do papel social, o saber demonstra-se irrelevante.

Contudo, podem os conhecimentos especiais ser tidos em conta, constituindo uma exceção à própria teoria de Günther Jakobs.

Os conhecimentos especiais importam nas situações em que se verifica uma forte proximidade entre a conduta daquele que contribui mediante uma suposta conduta neutra e o crime praticado pelo autor imediato, onde se observa que o crime acaba por se originar da própria proximidade das circunstâncias do facto. Logo, há a possibilidade de, em situações limite, o papel social não ser suficiente só por si de garantir a impunidade daquele que presta a sua contribuição de relance neutra, pois uma vez verificadas as condições de quebra dos respetivos papéis sociais por parte daquele que procura a contribuição (v.g. aquele que tem o papel de comprador da faca passa a ter igualmente o papel de assassino, numa circunstância de forte proximidade entre a conduta supostamente neutra (praticada pelo vendedor de facas) e o facto praticado pelo primeiro)), aquele que presta a sua contribuição tida por neutra deixa de ter um

¹¹² Entendimento baseado em Niklas Luhmann, para quem o direito tem por função a estabilização das expetativas normativas, limitando a potencialidade de atuações, deve verificar-se uma estabilização da norma face aos factos gerando proteção a quem possui determinada expetativa de que a norma em causa será devidamente cumprida. LUHMANN, Niklas (2009) – *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, p. 101 e ss.

¹¹³ JAKOBS, Günther (1995) – Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 107, n. 4 (1995), p. 843.

conhecimento meramente excepcional (v.g. não se trata só de um saber excepcional de que aquele a quem vende a faca lhe dará um dado uso criminoso)¹¹⁴.

É necessário deixar assente que a definição dos papéis sociais deve apresentar-se como clara, pois no limite quando esta não se caracteriza desse modo há lugar a imputação. Haverá uma proibição de regresso à conduta de um sujeito implicado causalmente na prática de um crime quando a sua ação não defrauda expectativas, quando se move de acordo com o respetivo papel social. No caso das condutas neutras, o que usualmente se verifica é um cumprimento do papel social, há uma proibição de regresso.

Face a este entendimento, Robles Planas indica que o penalista alemão não tende a delimitar o risco permitido com base no conhecimento que aquele que presta o seu contributo tenha a respeito do comportamento do futuro autor, mas a respeito dos dados que tem acerca da intenção futura do autor. Acrescenta o autor espanhol que em dados pressupostos o sentido do comportamento pode acabar por depender de determinados elementos que de uma perspetiva naturalística se podem encontrar no lado subjetivo¹¹⁵.

Contrariamente a Günther Jakobs a maioria doutrinária defende que a finalidade do direito penal não se interliga ao cumprimento de papéis sociais, mas à tutela de bens jurídicos fundamentais, à proteção subsidiária de bens jurídicos, só assim a paz social poderá existir. As principais críticas ao penalista alemão vão ao encontro dessa discrepância de entendimento quanto à finalidade do direito penal¹¹⁶.

¹¹⁴ JAKOBS, Günter (2003) - «*Beteiligung*», *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*. Berlim: Dolling, Dieter, p. 566.

¹¹⁵ Indica o próprio que: “[...] no siempre que se tiene conocimiento de algo se debe afirmar automáticamente la existencia de un riesgo objetivo penalmente desvalorado. Más bien, el conocimiento de determinadas circunstancias (y entre ellas el conocimiento de las intenciones futuras del autor) puede ser un dato sin relevancia normativa. Son pues, criterios normativos los que deben decidir acerca de la relevancia de todas las circunstancias del hecho.”

“[...] nem sempre que se tem conhecimento de algo se deve afirmar automaticamente a existência de um risco objetivo penalmente desvalorado. Pelo contrário, o conhecimento de determinadas circunstâncias (entre elas o conhecimento das intenções futuras do autor) pode ser um dado sem relevância normativa. São, pois, critérios normativos os que devem decidir acerca da relevância de todas as circunstâncias do facto.” (Tradução nossa). ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 218.

¹¹⁶ HEFENDEHL, Roland (2010) – Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. V. 18, n. 87 (nov.-dez. 2010) p. 103 e ss. ROXIN, Claus (2003) – *Derecho penal, parte geral I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peñís [et.al]. Madrid: Thomson Civitas, p. 51 e ss. MIR PUIG, Santiago (2005) – *Derecho Penal: parte general 7*. Barcelona: Reppertor, p. 126 e ss.

4.3.1.6. FEIJOO SÁNCHEZ

Na opinião de Feijoo Sánchez as regras da participação expressas na lei penal e o princípio da responsabilidade exclusiva pelas próprias condutas exigem que a conduta daquele que participa no crime de outro, adquira desde o princípio o significado objetivo de cooperação à execução do crime, sem necessidade de ter de se apoiar na conduta praticada pelo autor imediato, de forma a ver fundamentado o desvalor do seu comportamento.

O autor espanhol entende que somente é necessário que o próprio participante configure o mundo já de uma forma criminosa, esgotando o seu sentido objetivo unicamente no favorecimento de um crime alheio. Daí que, se a ação possuir um sentido diverso não deverá ser atendido, sentidos sociais não são abrangidos, só o sentido objetivo criminoso de favorecer a prática de um crime por terceiro leva à desaprovação do direito penal. O “sentido criminoso” é sempre e apenas o de cooperar num crime alheio independentemente de qualquer aspeto subjetivo (a sua intenção, dolo ou falta de cuidado (negligência))¹¹⁷. Isto, dado que o direito penal com a sua finalidade de proteger os bens jurídicos, não pode definir simultaneamente um comportamento como obrigatório/correto e como insuportável para a vida em sociedade.

A respeito da proibição de regresso o penalista menciona que não há dúvidas de que existe uma «proibição de regresso» de responsabilidade jurídico-penal *ad infinitum* criminal quando se favorece o crime antes de o executor ter um plano criminoso ou decidir violar a regra de conduta ou quando, pelo menos, a infração é promovida sem que um terceiro tenha decidido realizar um ato criminoso¹¹⁸. Assim, em dadas hipóteses

¹¹⁷ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, pp. 49 e 50.

¹¹⁸ Nas palavras de Feijoo Sánchez: “Creo que no es dudoso que quepa una «prohibición de regreso» de la responsabilidad jurídico-penal *ad infinitum* cuando se favorece el delito antes de que el autor tenga un plan delictivo o decida infringir la norma de conducta o cuando, al menos, se favorece el delito sin que existan datos objetivos en la situación concreta para dudar de que un tercero haya decidido ejecutar un hecho delictivo. De esta manera, em general (sin existir motivos objetivos concretos para el partícipe), la venta, transmisión, enajenación de objetos o materiales de uso cotidiano o domestico no es relevante para el Derecho penal, aunque sean objetos o materiales aptos para matar, lesionar, dañar o realizar cualquier otro hecho delictivo: cuchillos, tijeras, punzones, piedras, bastones, ladrillos, herramientas, materias primas para la fabricación de artículos de limpieza, etc. Sin embargo, ello no tiene nada que ver con que la venta o entrega de ciertos objetos sea «socialmente adecuado» o que no se puede negar que entregar una navaja o una piedra tiene un unívoco sentido de cooperación a un delito.”

“Creio que não há dúvida de que é possível uma “proibição de regresso” da responsabilidade penal *ad infinitum* quando a infração é promovida antes de o agente ter um plano criminoso ou decidir infringir a norma de conduta ou quando, pelo menos, a infração é promovida sem que existam dados objetivos na situação concreta que permitam duvidar que um terceiro tenha decidido cometer um facto criminoso. Assim, em geral (na ausência de motivos objetivos concretos para o participante), não é relevante para o direito penal a venda, transferência, alienação de objetos ou materiais de uso quotidiano ou doméstico, mesmo que se trate de objetos ou materiais aptos a matar, ferir, danificar ou praticar qualquer outro facto criminoso:

não é suscetível de se negar que a entrega de uma ferramenta tem um inequívoco sentido de cooperação num crime alheio, assim como noutros casos, em que o comportamento não seja usual, habitual, não se aplica sem mais a realização de um tipo de participação¹¹⁹.

A seu ver não é de aceitar que a atipicidade da conduta se liga a dada profissão ou atividade com fundamento numa infinita e ilimitada «proibição de regresso» da responsabilidade penal. Como, se opõe à ideia de o tipo objetivo estar ligado ao não cumprimento de papéis sociais. Não pode um dado sociológico como o rol, papel social, servir de condicionante às regras gerais da imputação jurídico-penal, mesmo que seja subsumido a um dado da realidade a ter em atenção para a valoração jurídico-penal da própria conduta¹²⁰. Feijoo Sánchez afirma “El rol social (vendedor de ciertos productos, taxista, etc.) es un elemento de la realidad que nos puede ayudar a interpretar el sentido objetivo de una conducta, pero en absoluto opera como un filtro objetivo o una causa de justificación”¹²¹. Assim, o autor espanhol critica as teorias da adequação profissional de Winfried Hassemer e do cumprimento de papéis sociais de Günther Jakobs.

Na precisão de Feijoo Sánchez só a instigação e as hipóteses em que se verifique posição de garante constituem casos em que, a regra geral, de que não existe participação sem uma relação criminosa no autor, não se verifica¹²².

O penalista refere que a participação mediante influências psíquicas implica que se verifique se tais influências são subsumíveis nas disposições 28.º e 29.º do CP espanhol ou se são penalmente irrelevantes. Para este, não pode haver participação quando a única coisa que se faz é criar uma situação em que o outro, previsivelmente, decide executar um crime. Para que exista participação é necessário que exista sempre uma certa conveniência ou solidariedade para com o facto posterior praticado pelo autor material¹²³.

facas, tesouras, furadores, pedras, paus, tijolos, ferramentas, matérias-primas para o fabrico de artigos de limpeza, etc. No entanto, isto não tem nada a ver com o facto de a venda ou a entrega de certos objetos ser “socialmente adequada” ou de não se poder negar que a entrega de uma faca ou de uma pedra tem um sentido inequívoco de cooperação num crime.” (Tradução nossa). FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, pp. 50 e 51.

¹¹⁹ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 51.

¹²⁰ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 52.

¹²¹ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 51.

“O rol social (vendedor de certos produtos, taxista, etc) é um elemento da realidade que nos pode ajudar a interpretar o sentido objetivo de uma conduta, mas em absoluto opera como um filtro objetivo ou uma causa de justificação” (Tradução nossa).

¹²² FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 52 e p. 63 e ss.

¹²³ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 56.

Enquanto nas situações de favorecimento do crime posterior ao começo da tentativa ou do início da execução do facto típico, quando o autor material começou ao menos o estado da tentativa, começou a realização do tipo legal ou há realizado com o crime que lhe serve para cometer outro, todo o favorecimento da conduta de contribuição adquire o sentido objetivo de cooperação ou cumplicidade. – v.g. alguém chega a uma drogaria arrastando outro de forma violenta e com golpes, afirmando que quer comprar uma faca. Neste exemplo, a entrega da faca perde todo o sentido que não seja o de facilitar a prática do crime¹²⁴.

O penalista aborda também os designados casos limite ou duvidosos. Que se refletem nos casos em que o autor material decide cometer um crime, está na fase dos atos preparatórios e existem dados objetivos que o demonstram. Ora, nestas situações, onde se desenrolam em diversos casos condutas neutras, deve ter-se um cuidado especial na aplicação dos limites objetivos da participação criminosa, da relevância penal do favorecimento.

Nas situações em que o próprio autor menciona que quer comprar uma faca para matar a mulher, e o comprador recebeu essa informação ou acaba por perceber certos dados que lhe indicam que a sua conduta pode ser utilizada num sentido criminoso, o fundamento da relevância penal deste favorecimento tem de ser devidamente observado¹²⁵.

A seu entender torna-se crucial observar as considerações do caso ao evito de desvalorizações penais distintas perante situações valorativamente equivalentes, onde

¹²⁴ Refere o autor: “[...] cuanto más objetivada y cercana este la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esa infracción.”

“Quanto mais objetiva e próxima for a realização do tipo, mais difícil será para aqueles que o favorecem distanciar-se jurídico-criminalmente da prática do facto típico principal. A preexistência da infração de uma norma penal altera o sentido ou o sentido normativo das condutas que podem favorecer as consequências dessa infração.” (Tradução nossa). FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 58.

¹²⁵ Recorda o penalista que: “[...] El mero conocimiento de que alguien va a realizar un delito utilizando una actuación propia más la existencia de una relación de causalidad no parece razón suficiente para fundamentar un plus de injusto con respecto al art.450 C.P. La cuestión central es: ¿Hasta dónde es incumbencia de un ciudadano «ponerle obstáculos» a una persona resuelta a realizar un delito?”

“O mero conhecimento de que alguém vai realizar um crime utilizando uma atuação própria mais a existência de uma relação de causalidade não parece razão suficiente para fundamentar um *plus* de injusto com respeito ao artigo 450 C.P. A questão central é: Até onde incumbe a um cidadão «colocar limites» a uma pessoa disposta a realizar um crime?” (Tradução nossa). Nos termos do artigo 450.º, n.º 1 do CP espanhol “Quem, podendo fazê-lo com a sua intervenção imediata e sem risco pessoal ou de terceiros, não impedir a prática e um crime que afete pessoas na sua vida, integridade ou saúde, liberdade ou liberdade sexual, será punido (...)”. FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 59.

não há qualquer dado relevante do ponto normativo que fundamente um desvalor distinto mais além da relação naturalística de causalidade¹²⁶.

Para este um direito que respeita a liberdade de atuação é aquele que se pronuncia a favor da atipicidade ou a favor da menor penalidade do crime de omissão simples quando a conduta tem também um sentido socialmente adequado¹²⁷.

Desta forma, evidencia o autor espanhol que para se conseguir alcançar um fundamento da participação criminal que respeite os princípios irrenunciáveis do direito (designadamente o princípio de que ninguém pode ser responsável por um ilícito alheio) é preciso defender um conceito restritivo de autor assim como um conceito restritivo de participação. Sustenta que as regras da participação são regras que acabam por extrair responsabilidade criminal, correndo-se o risco, no caso de tais regras não serem sujeitas a uma interpretação restritiva, de chegar ao limite de considerar que todos podem acabar por ser participantes em qualquer ilícito criminal. E, tal como as teorias subjetivas ou causais devem ser rejeitadas para delimitar a autoria da participação, também devem ser rejeitadas para delimitar os favorecimentos causais das participações típicas. É preciso estabelecer-se limites gerais que sejam válidos para todos os tipos.

Indica que a impunidade é mais evidente quando aquele que favorece o crime cumpre com as suas obrigações legais, cumpre as normas que regulam dada atividade. Assim, as normas que regulam o âmbito social donde se desenvolve a atividade favorecedora podem representar um critério de auxílio à questão, gerando a não punição daquele que pratica uma conduta no âmbito quotidiano. Contudo, haverá relevância penal do mesmo comportamento como participação em um crime se a conduta adquirir qualquer grau de

¹²⁶ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 59.

¹²⁷ Menciona Feijoo Sánchez que: “[...] Además, desde un punto de vista del fundamento de los deberes infringidos, la tipicidad de la conducta en estos supuestos en los que están en peligro bienes jurídicos muy importantes no estarla más bien en lo que el sujeto emprende, sino en no tener un grado mínimo de solidaridad para modificar una actuación en beneficio de la víctima ya que se sabe o se tienen indicios de que alguien está dispuesto a realizar un delito. Sin duda, el Derecho penal le exige a una persona en esa situación, una variación de su conducta, pero establece dicha obligación através del art.450 C.P. y no de otros tipos penales. ¿Por qué no querer variar la organización de los asuntos propios para impedir que outro realice un delito se há de entender como cooperar a la realización de dicho delito?”

“Por outro lado, do ponto de vista do fundamento dos deveres violados, a criminalidade do comportamento nestes casos em que estão em risco bens jurídicos muito importantes não reside naquilo que o sujeito se compromete, mas sim em não ter um mínimo de solidariedade para modificar uma ação em benefício da vítima, uma vez que se sabe ou há indícios de que alguém está disposto a cometer um crime. O direito penal exige, sem dúvida, que uma pessoa em tal situação mude o seu comportamento, mas estabelece esta obrigação através do art. 450º C.P. e não através de outros tipos penais. Por que não querer mudar a organização dos próprios assuntos para evitar que outra pessoa cometa um crime deve ser entendido como cooperar na prática de tal crime?” (Tradução nossa). FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, pp. 60 e 61.

solidariedade com a futura conduta do autor material, só nestes casos haverá cumplicidade¹²⁸. – v.g. a hipótese do serralheiro que aconselha ao cliente qual é a melhor navalha para participar numa determinada briga ou o taxista que recolhe os assaltantes em dado ponto convencionado de antemão.

Estes últimos, refletem hipóteses em que os comportamentos só podem ser interpretados como estando vinculados, há uma associação para com as realizações do tipo de tal forma que se há de ver o risco típico ou a realização do tipo como fruto de uma organização coletiva, na que está incluído o comportamento daquele que exerce uma conduta supostamente neutra¹²⁹.

Conclui Feijoo Sánchez que quando começa a tentativa a base é a de que o favorecimento será tido como cooperação no crime de terceiros. E, que a grande dificuldade está, sim, nestes casos em que existe um contributo de favorecimento que ocorre após a tomada da decisão criminosa, mas antes da tentativa se iniciar. Neste aspeto, há uma aproximação com a teoria de Schumann, deve verificar-se um grau de solidarização com o futuro comportamento do autor material, gerando cumplicidade. Aí as condutas ditas neutras perdem o seu carácter neutro e passam a ser tidas como condutas de cumplicidade.

Face a esta tese são apontados reparos.

Robles Planas refere que ao se aceitar que a relevância jurídico-penal do comportamento como participação é considerado indubitável enquanto a conduta adquire qualquer grau de solidariedade com a futura conduta do autor, expressa, recordando a mesma crítica que faz a Schumann, que a referência à solidariedade deve ser entendida como uma questão sobre o sentido objetivo da conduta e não necessariamente como dado contato psíquico ocorrente entre participante e autor.

4.3.1.7. LUÍS GRECO

Luís Greco acredita que a resposta à questão das condutas neutras, condutas não manifestamente puníveis, encontra-se concretamente no tipo objetivo.

¹²⁸ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, p. 62.

¹²⁹ FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018), *op. cit.*, pp. 62 e 63.

Por consequência dos progressos resultantes da teoria da imputação objetiva entendeu o autor que foi retirado do tipo subjetivo uma panóplia de questões, por não lhes conferir qualquer resolução satisfatória e adequada, transportando-os para um outro patamar, para o tipo objetivo. Invoca o próprio que, prova de que a questão dos comportamentos neutros deve ser resolvida no núcleo do lado objetivo do tipo, é a circunstância de os defensores da localização do problema no lado subjetivo, assentes em critérios subjetivos do tipo, reconhecerem e recorrerem igualmente ao lado objetivo¹³⁰.

Uma vez mais, o risco de colocar o problema no tipo subjetivo traduz-se no cair num direito penal de ânimo, tendo por base o lado interno do agente, quando a proibição ou não proibição de uma conduta deve interligar-se a factores externos, que sejam objetivamente verificáveis para que confirmem que o agente ultrapassou ou não ultrapassou os correspondentes limites da sua esfera de liberdade. Competindo ao tipo objetivo a fixação dos respetivos limites externos do permitido e do não permitido¹³¹.

Luís Greco identifica que a questão em estudo se conecta com a imputação objetiva consistindo num problema que se situa no segundo elemento da teoria do risco, “risco juridicamente proibido”¹³².

Para o penalista a identificação de saber se estamos perante um risco permitido ou proibido pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade (no sentido de que seja permitida a prática de uma dada conduta perigosa) e o interesse de proteção de bens jurídicos (no sentido de que sejam não permitidas as condutas perigosas). Ponderação esta que deve ser feita por recurso a critérios como a figura do homem prudente e o princípio da confiança. Pretende que seja delimitado se, uma dada conduta já em si tida como perigosa, é ou não permitida em nome do interesse geral de liberdade ou se a conduta perigosa, o risco que existe, deve ser tido como proibido em nome do interesse de proteção dos bens jurídicos¹³³.

A questão não é nem face ao primeiro pressuposto da teoria do risco, “criação ou aumento de um risco”, nem face à “materialização no resultado”, este último não sendo admissível para a justificação do problema visto que, a desaprovação jurídica do risco é uma componente do desvalor da ação e não uma componente de desvalor do

¹³⁰ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 115.

¹³¹ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 116 e ss.

¹³² GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 119.

¹³³ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 120 e ss.

resultado. Os comportamentos neutros interligam-se ao desvalor da ação e não ao campo do desvalor do resultado (campo da materialização do risco)¹³⁴.

Luís Greco acredita que o primeiro passo para a resolução das condutas valorativamente neutras resulta no fundamento do risco permitido e só depois estabelece um critério para a resolução das mesmas. Encontrando o fundamento encontra-se o correspondente critério de resolução, onde o raciocínio quanto ao porquê de não proibir certas ações servirá de diretriz político-criminal para interpretar restritivamente o tipo objetivo da cumplicidade excluindo a proibição de determinadas condutas. É essencial a construção de um conceito de risco permitido para o tipo objetivo da cumplicidade, o que requer o saber a sua função político-criminal¹³⁵.

A perspetiva do penalista brasileiro para o fundamento da prática de condutas neutras constituírem um risco juridicamente desaprovado na proibição, baseia-se na ideia que surge com Wolfgang Frisch, embora este apenas recorra a esta ideia como ponto secundário para o fundamento do seu critério de “sentido criminoso”, critério esse correspondente à idoneidade. A idoneidade é o caminho a ser seguido para o fundamento, é uma componente do princípio da proporcionalidade.

A norma do artigo 29.º da lei penal brasileira declara punível “quem, de qualquer modo, concorrer para o crime [...]”. Todavia, onde faltar uma decisão do legislador face a problemas sobre os quais este não se manifestou, por nem sequer neles ter pensado, sustenta Luís Greco que tem de se recorrer ao princípio da proporcionalidade e a outros princípios constitucionais e jurídico-penais em busca de orientação¹³⁶.

No caso das condutas neutras, estes são casos limite nos quais o legislador não pensou, como tal cumpre decidir se estes se encontram enquadrados pela norma sancionatória do artigo 29.º do Código Penal brasileiro. O princípio da proporcionalidade ajudará em sede de interpretação destas normas, devendo ser aplicável ao problema das contribuições não manifestamente puníveis¹³⁷. As condutas neutras precisamente por serem neutras tornam, certas vezes, inidónea a proibição de modo que, podemos esperar do princípio da idoneidade a chave para solucionar o problema.

¹³⁴ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 121 e ss.

¹³⁵ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 122.

¹³⁶ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 137 e ss.

¹³⁷ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 138.

Idónea deve ser a proibição (a ordem para que não se pratique determinada conduta) e uma proibição pode dizer-se idónea se a não prática da conduta proibida servir de meio para alcançar determinado fim, neste caso a proteção do bem jurídico em concreto e não em abstrato¹³⁸. Logo, não é necessário que a não prática da conduta não permitida salve o bem jurídico, basta que ela melhore de alguma maneira a situação do bem jurídico. “Melhorar” no sentido do critério proposto pressupõe uma melhora relevante: menos do que salvar, mas mais do que modificar”¹³⁹.

Na perspetiva do penalista, em geral, quanto mais ubíqua for a contribuição, quanto maior for a facilidade na obtenção de um substituto não iniciado que se proponha a realizá-la, tanto menos idónea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico. Por sua vez, quanto mais difícil seja obter a contribuição noutra lugar ou sem despertar a desconfiança de um terceiro, tanto mais idónea será a proibição para proteger o bem jurídico.

Conhecido o fundamento (a idoneidade) encontramos o critério da não punição das condutas não manifestamente puníveis (a melhora relevante da situação do bem jurídico concreto).

São apresentadas críticas à teoria apresentada.

É referido que a teoria proposta carece de aplicabilidade nas situações de análise de mercados mais complexos, de criminalidade económica, em que estão em causa bens e serviços não tão disponíveis como o fornecimento de um pão por parte de um padeiro que será utilizado para envenenar outrem¹⁴⁰. Pois, nos mercados mais complexos os bens e serviços devido ao seu grau de especialização não são tão disponíveis e a relação contratual que vincula as partes contratantes é diferente. Nestes mercados há a extensão da proibição a título de participação de forma a atingir os sujeitos que desenrolam as suas atividades sem objetivamente se vincularem a qualquer plano criminoso (v.g. uma *startup*).

¹³⁸ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 140 e ss.

¹³⁹ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 142.

¹⁴⁰ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 124 e ss.

4.3.1.8. PAULA BRENER

De acordo com Paula Brener os pressupostos necessários para a configuração típica da cumplicidade consistem na verificação da idoneidade da norma proibitiva e na presença do “sentido criminoso” do comportamento.

Em breves traços aquilo que a autora propõe é atender ao problema dos comportamentos neutros recorrendo ao tipo objetivo, mais concretamente tendo por base o elemento objetivo, imputação objetiva. Para tal, evidencia a mesma que, a participação punível deve ter em conta o critério negativo do risco permitido e o critério positivo do risco proibido.

Concretizando, a determinação do desvalor da ação depende da verificação do critério da idoneidade atendendo ao princípio jurídico penal da proteção de bens jurídicos fundamentais. Recorrendo à formulação de Luís Greco, a mesma refere que se aceita somente considerar idóneas as proibições que proporcionam uma significativa melhora para a condição do bem jurídico. Para cumprir o requisito da idoneidade deve o aplicador do direito perguntar-se se, caso o agente não tivesse realizado a sua contribuição haveria uma melhora relevante para a situação do bem jurídico? A resposta afirmativa a tal interrogação gera a idoneidade da proibição da conduta.

Ficam excluídas as proibições consideradas inócuas que apenas conduzem a uma alteração do curso principal não acarretando qualquer atraso para o autor material. A autora especifica a formulação ainda recorrendo a outra interrogação, teria a contribuição só possibilitado um leve desvio pelo autor que, sem maiores dificuldades ou atrasos, encontraria um substituto disponível? A resposta afirmativa a esta segunda afirmação levaria a que a proibição do comportamento se revelasse inócua, afastando a tipicidade mediante a aplicação da eficácia limitadora do princípio da proteção dos bens jurídicos fundamentais¹⁴¹.

Assim, nem todo o comportamento cuja proibição proporciona uma melhora significativa para as condições do bem jurídico é considerado proibido. Tornando-se necessário observar o tipo legal da participação, leia-se cumplicidade, retirando o fundamento

¹⁴¹ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 188.

deontológico e os respetivos limites normativos que geram a punibilidade daquele que intervém num crime¹⁴².

Em termos legais, a punição do participante deriva da existência de uma norma, ao abrigo do princípio da legalidade, que responsabiliza penalmente aquele que contribuir para dado ilícito alheio (artigo 29.º CP brasileiro) e delimitando o tipo penal restringe a sua aplicabilidade tornando pouco satisfatória uma lógica puramente causal para a punição do participante (determinando a punição não do comportamento de causar, mas do comportamento de concorrer para o ilícito alheio).

Para existir cumplicidade deve haver um ajuste, uma determinação de auxílio.

Quanto à relação de “sentido criminoso” esta ocorre nas hipóteses em que o comportamento daquele que pratica uma conduta apresenta unicamente utilidade criminosa conectando-se à realização do tipo penal.

Por utilidade criminosa entende-se a ausência de uma utilidade legítima proporcionada pelo comportamento. Nestes moldes, no campo do risco proibido (critério do risco proibido) encontra-se a compreensão do sentido criminoso. Sentido esse que deve ser inerente a uma determinada utilidade, utilidade essa unicamente criminosa, não podendo concertar qualquer outra. Frisa a penalista que a aceitação da localização do “sentido criminoso” no âmbito do risco proibido, toma como horizonte objetivo as utilidades proporcionadas pela contribuição do cúmplice¹⁴³.

Se o aumento do risco criado pelo sujeito criar para o autor material uma utilidade para a operacionalização criminosa no caso concreto, então o risco é desaprovado e haverá cumplicidade. Por sua vez, se a conduta praticada pelo sujeito de aumento do risco criar uma utilidade legítima na hipótese em apreço não há qualquer desvalor do risco, mesmo que a utilidade incrementada sofra um desvio para o autor material. Situação esta última em que a utilidade é legítima sendo o próprio autor material quem desvia a utilidade do risco para o empregar criminalmente.

¹⁴² BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, pp. 187 e 188.

¹⁴³ Salienta a autora que: “[...] um aporte quotidiano que represente utilidades objetivamente legais, dentro de um espaço de risco permitido, independente dos conhecimentos especiais ou do dolo do agente, não pode ser objeto de responsabilização penal, pois não atende aos requisitos mínimos da tipicidade objetiva. Dessa forma, o critério da utilidade busca cumprir a função de conferir segurança à aplicação do tipo penal da participação, fazendo-se valer como norma de garantia na medida em que fixa um *standard* normativo para a responsabilização da participação.” BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p.188.

A fim de aferir o “sentido inequivocamente criminoso” deve o aplicador do direito questionar se a contribuição se integrou ao facto principal numa relação com sentido criminoso de auxílio. A resposta afirmativa conclui o “sentido criminoso”. Concretiza a autora que deve o aplicador do direito procurar responder à questão: a contribuição prestada supria um *déficit* do autor apresentando exclusiva utilidade criminosa, temos um comportamento que apenas representa uma utilidade criminosa? A afirmação a esta interrogação gera a existência de um “sentido criminoso”. Apresentando um “sentido inequivocamente criminoso”, sustenta a autora que o comportamento se conforma à proibição apresentada na disposição legal.

A afirmação das questões referentes à idoneidade e ao “sentido inequivocamente criminoso” pelo aplicador do direito, revelam a presença de cumplicidade punível. Só se a conduta apresentar um sentido legítimo, mesmo que desviado pelo autor material é que existirá uma conduta considerada como valorativamente neutra, a conduta arbitrária do autor material de converter a contribuição de utilidade legítima em criminosa não permite sustentar a presença de cumplicidade punível.

Paula Brener defende que, este critério da utilidade como parâmetro de atribuição de responsabilidade especificamente nos casos de participação, buscando conferir maior substância ao “sentido criminoso” da cumplicidade, deverá ser observado também em algumas hipóteses de autoria (autoria de crimes de auxílio, como crimes de favorecimento pessoal e real) e instigação.

A autora ainda refere que na situação em que se verifique uma contribuição por omissão, o “sentido criminoso” vê-se conformado com a violação de deveres especiais quando configurada a posição de garante.

Face à sua tese é objetivável o ter por base um critério linguístico, que é inadequado para a resolução da questão das condutas valorativamente neutras, sendo sustentado segundo Paula Brener "que a filosofia analítica renúncia à busca de essências e se limita à análise da linguagem, entendendo a esta como uma convenção contingente (não necessária) que atribui sentido às palavras e aos conceitos expressos por estas".¹⁴⁴

¹⁴⁴ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, pp. 193 e 194.

4.3.1.9. JOÃO RASSI

João Rassi aceita que o debate relativo às condutas neutras opera a nível da aplicação da teoria da imputação objetiva. Que a discussão da imputação destes comportamentos quotidianos encontra-se diretamente ligada a um dever de solidariedade.

O autor menciona que somente as ações que criam ou incrementam o risco de um resultado podem ser proibidas, todavia nem todas que o fazem na realidade o podem. Dado que, há ações que, embora se traduzam no desenvolvimento de uma atividade perigosa, são na verdade consideradas úteis do ponto de vista social e, conseqüentemente, devem ser aceites e toleradas pela sociedade.

Daí que, constituindo o comportamento valorativamente neutro um incremento do risco permitido para o facto do autor, deve ser não só questionado quando é que esse comportamento ultrapassa o risco permitido passando a merecer atenção jurídico penal, quando é que existe um desvalor da conduta daquele que pratica uma conduta quotidiana, mas sobretudo, compreender por que perguntar se uma conduta neutra ultrapassou o risco permitido, pois o seu carácter neutro apresenta em si um risco permitido.

João Rassi a respeito da última questão invoca o recurso ao designado princípio da solidariedade humana.

Explica o autor que, nas hipóteses de condutas neutras estas encontram-se no limite “para baixo” da participação, devendo a avaliação do ilícito daquele que pratica uma conduta deste carácter ser analisado atendendo à existência ou inexistência de solidariedade. A solidariedade é o essencial para a delimitação dos comportamentos quotidianos¹⁴⁵.

Por solidariedade, ressalva que está em causa, não a solidariedade em termos subjetivos (v.g. ligada à generosidade ou ao agir cristão) mas a solidariedade como um conceito objetivo.

¹⁴⁵ RASSI, João Daniel (2012) - *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. São Paulo: Faculdade de direito da UPS, p.146.

Ao encontro de um conceito objetivo de solidariedade o autor procurou recordar as concepções dos sociólogos Èmile Durkheim e Anthony Giddens, abarcar os fundamentos da responsabilização da participação.

Começa por relembrar Èmile Durkheim, que veio evidenciar que a solidariedade é vista como a integração dos diferentes membros do corpo social, como facto social independente da vontade humana, que garante um maior ou menor grau de coesão social, como função estrutural objetiva variando consoante a escala de efetividade¹⁴⁶.

Recorda as modalidades de solidariedade identificadas pelo sociólogo francês, mecânica e orgânica, díspares em função do teor da diferenciação alcançada pela sociedade, desde logo, derivada da divisão de trabalho¹⁴⁷. E, salienta o entendimento do sociólogo, segundo o qual quanto mais se desenvolve a divisão de trabalho mais integrada estará a sociedade e, por consequência, mais tenderá para uma sociedade orgânica.

Durkheim previu que quando alcançado aquilo que se veio a verificar na contemporaneidade, uma sociedade possuidora de um elevado grau de diferenciação, verificar-se-ia um nível inédito de integração e coesão, na medida em que o direito penal deveria caminhar no sentido oposto ao incremento da integração social resultante do domínio da solidariedade orgânica. Porém, o que decerto se veio a verificar foi antes uma expansão das condutas geradoras de riscos e uma resposta igualmente expansiva do direito penal e não uma superação progressiva do mesmo.

Posta esta lacuna na perspectiva de Èmile Durkheim, João Rassi invoca Anthony Giddens que identifica que uma sociedade mais integrada significa, não uma sociedade integrada como uma sociedade mais harmoniosa, mas sim, uma sociedade com maior proliferação de riscos¹⁴⁸.

Anthony Giddens assenta a sua ideia nos “sistemas abstratos” (ou “sistemas de peritos”) que mais não são do que as redes técnicas e de saber das quais todos nos encontramos

¹⁴⁶ RASSI, João Daniel (2012), *op. cit.*, p. 146 e ss.

¹⁴⁷ A solidariedade mecânica é aquela que harmoniza os pormenores da conexão entre o indivíduo e o coletivo, sendo a semelhança entre os indivíduos que origina o vínculo social, onde a divisão social do trabalho é inexistente ou muito diminuta. O direito é repressivo em prol da manutenção da coesão social, as condutas ilícitas atentam contra a consciência coletiva devendo ser sancionadas para reforço da consciência coletiva. A solidariedade orgânica é aquela em que a diferença entre os indivíduos faz com que o vínculo social exista, há divisão do trabalho, predomina a consciência individual, cada indivíduo é detentor de uma esfera própria de atuação. O direito é restitutivo ou cooperativo, a sanção serve sobretudo para que o indivíduo fique apto ao retorno à vida em sociedade.

¹⁴⁸ RASSI, João Daniel (2012), *op. cit.*, pp. 147.

dependentes (v.g. sistemas de informação, instituições bancárias), que são operadas por profissionais e que se encontram muitas das vezes situadas em local geograficamente disperso dos ocupados pelos respetivos usuários. O que, conseqüentemente, faz com que estes sistemas por serem operados por sujeitos devidamente especializados se revelem extremamente obscuros, de difícil controlo e monitoramento, levando a que determinadas contingências, ocorrências imprevistas ou mesmo acidentes, possam originar problemas na condução destes sistemas, algo que os próprios profissionais não desejam que seja publicamente exposto. Esta forma como a sociedade se encontra organizada possibilita que qualquer pessoa seja afetada por alguma conduta ilícita praticada por estes profissionais. Podem estar em causa atividades lesivas de ampla escala fruto da atuação destes peritos¹⁴⁹.

Fica implícito, segundo João Rassi, que as condutas lesivas praticadas por estes profissionais permanecem igualmente ocultas levando à questão dos comportamentos rotineiros.

A organização social contemporânea assenta em sociedades extremamente complexas, não só caracterizadas pela divisão de trabalho como na ampla especialização que faz com que a realização de dadas tarefas ocorra com maior perícia. O que, por sua vez, leva a situações de complicado controlo, havendo uma interação especializada praticada exclusivamente por dados profissionais que impede uma concreta identificação e gera uma maior obstrução, fazendo com que dados atos ilícitos possam ocorrer.

O exposto faz com que seja essencial que cada um compreenda a sua própria perícia. Perícia essa que se reflete como opaca para o controlo dos restantes, o que leva ao fomento e desencadeamento de uma forte relação de confiança e solidariedade entre os sujeitos. A integração da sociedade ocorre, devendo cada qual estar nesta inserido e possuir um dever de solidariedade, atuando no âmbito da sua perícia ao evito de resultados potencialmente lesivos. Só assim a integração social acontece.

¹⁴⁹ Os designados “sistemas abstratos” são redes técnicas e de saber das quais todos nos encontramos dependentes (v.g. bancos, sistemas de informação diversos, provedores de internet), caracterizados por serem operados por profissionais (ou “peritos”) e, por estarem situados em espaços geograficamente dispersos dos ocupados pelos seus usuários. Anthony Giddens veio explicar que, da organização corrente da sociedade todos estamos dependentes da ação idónea destes sujeitos, profissionais, o que faz com que possamos ser reflexamente afetados por alguma ação ilícita por estes praticada. Gerando as atividades lesivas praticadas por alguns deles resultados lesivos de ampla escala.

Assim, o fenómeno do estreitamento dos vínculos sociais é o que fundamenta a criação de um vínculo jurídico-penal positivo, ou seja, o aparecimento de um “dever de solidariedade”¹⁵⁰. O vínculo jurídico-penal de integração social surge, há um dever de solidariedade que existe. Onde, a anterior invocação das concepções de Émile Durkheim e de Anthony Giddens ajudam a que sejam compreendidas as consequências penais do fenómeno contemporâneo do estreitamento dos vínculos sociais, que resulta do aumento em potência da integração dos atores sociais em escala mundial.

Menciona João Rassi que deve o Estado tutelar penalmente o dever de solidariedade, impor uma ação “solidária” (sem prescindir de uma previsão legal expressa, dependente do preenchimento de dados requisitos e condições)¹⁵¹.

Salienta que toda a análise sociológica dos fundamentos objetivos da solidariedade que leva ao estreitamento dos vínculos sociais corresponde a um fenómeno inerente à nova organização social em plano mundial, não indicando em momento nenhum que tal fenómeno pode ser refreado pelo direito penal em todas as suas consequências negativas. Como tal, não deve tal fenómeno servir como premissa e/ou justificativa absoluta para a disseminação de uma cultura punitiva entre os cidadãos.

Invocando Figueiredo Dias, recorda o mencionado por este: o número de omissões jurídico-penalmente relevantes terá tendência para aumentar, em número e em significado, no seio da “sociedade de riscos”, com o intuito de salientar a necessidade de diferenciação entre aquilo que é um dever de solidariedade daquilo que será um dever de vigilância, não deve o primeiro ser transformado no segundo. Isto é, numa punição generalizada do omitente. A transposição para a esfera jurídica penal de tal vínculo jurídico, deve afastar-se de qualquer ideia de dever de vigilância e de conformação com qualquer cultura de controlo.

¹⁵⁰ RASSI, João Daniel (2012), *op. cit.*, p. 148.

¹⁵¹ Entende o penalista que se positivado de forma a não englobar um leque de autores demasiado extensa (v.g. o cidadão comum usuário do “sistema abstrato” ou outros peritos que não estão envolvidos de modo direto ou indireto nas condutas lesivas), a tutela penal do dever de solidariedade não implicará qualquer movimento expansivo desmedido do direito penal. Não devem as mudanças sociais e tecnológicas decorrentes dos últimos séculos e atuais incidir diretamente no alcance da ação humana e nos riscos engendrados por esta, de forma que o próprio direito penal deve necessariamente passar por uma reconfiguração ainda que isso não se resuma a uma expansão irrestrita da sua abrangência e menos ainda ao acarretamento puro e simples do seu carácter repressor. Daí que este fenómeno do estreitamento dos vínculos sociais seja fundamental à criação destes deveres de solidariedade.

João Rassi entende que o principal critério para a tutela penal de determinadas ações neutras surge da afirmação de Figueiredo Dias “toda a manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico”¹⁵².

Em suma, o critério do dever de solidariedade somente é aplicável quando houver expressão legislativa nesse sentido.

O autor acredita que o critério normativo a ser utilizado é o da violação do dever de solidariedade, disposto legalmente nos crimes omissivos no Código Penal brasileiro. E, como no caso de condutas neutras o que existe é uma contribuição ao facto do autor, incrementando o risco do seu resultado, faz com que defenda a aplicabilidade do n.º 2, do artigo 13.º do CP brasileiro como critério normativo para se avaliar se o incremento do risco ultrapassou os limites do permitido, podendo tornar a conduta, em princípio, considerada neutra afinal como punível¹⁵³.

A teoria exposta é passível de contornos.

Paula Brener indica que a teoria do dever de solidariedade, na sua aplicabilidade, enfrenta dificuldades face à opção do legislador de adotar uma norma extensiva positivada na disposição do artigo 29.º do CP brasileiro, que expressa a atribuição de responsabilidade aos sujeitos que concorrem para o crime independentemente da sua posição de garante¹⁵⁴.

4.3.1.10. THOMAS WEIGEND

Thomas Weigend recorre a um critério quantitativo para procurar responder às hipóteses das condutas valorativamente neutras. Entende estas condutas como potenciais exceções de punição, onde está em causa uma necessidade político-criminal de limitação do núcleo da cumplicidade punível face aos comportamentos que facilitam a

¹⁵² Figueiredo Dias *apud* RASSI, João Daniel (2012), *op. cit.*, p. 149.

¹⁵³ Mediante uma interpretação sistemática da lei brasileira, o penalista optou pelo disposto no artigo 13.º, n.º 2 do CP brasileiro, visto que, a seu ver, trata de hipóteses em que o legislador entendeu como necessária a tutela da solidariedade humana, tida por objetiva. Como tal, o artigo 13.º, n.º 2 do CP brasileiro é aplicável não como norma de extensão, mas sim, como critério normativo, que permite a avaliação da permissibilidade do risco para que, a partir da constatação de uma ilicitude, com base no juízo de proibição, seja possível no âmbito do artigo 29.º do CP brasileiro (funcionando este, sim, como norma de extensão) imputar à conduta neutra do interveniente o crime praticado pelo autor. Com respeito ao princípio da legalidade, é neutra toda a conduta que não represente uma violação de dado dever de garante. RASSI, João Daniel (2012), *op. cit.*, p. 151.

¹⁵⁴ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 90 e ss.

execução do crime de uma forma “extraordinária”, indo além do usual no âmbito do marco dos contratos sociais.

A ausência de satisfatórios critérios qualitativos leva à necessidade de apoio a um critério quantitativo.

Propõe o autor alemão que deve ser deduzida uma solução diretamente da própria estrutura da cumplicidade. Há que lembrar que, para este, a cumplicidade suscetível de intervenção da lei penal é aquela que possui como exigência, o designado “efeito favorecedor do facto principal”.

O efeito favorecedor da cumplicidade é caracterizado por possuir uma base sólida e contornos flexíveis, benéfico para uma separação quantitativa de um âmbito de impunidade dentro do núcleo das ações de favorecimento do facto principal. Por outras palavras, este elemento permite que seja feita uma distinção, em termos quantitativos, daquilo que pode ser punido ou não como facto de favorecimento, dentro dos comportamentos de facilitação do facto principal alheio.

Segundo esta tese, a eficácia da contribuição material prestada está dependente da maior ou menor ofensa inerente à ação principal praticada pelo autor material. A eficácia da contribuição material deve ser maior quanto mais diminuta se revelar a ofensa da conduta principal a fim de existir lugar à punibilidade.

Refere Thomas Weigend “[...] cuanto más se pretenda descriminalizar las contribuciones «inocuas» mayor medida de favorecimiento o eficiencia se podrá exigir a la contribución para castigarla”¹⁵⁵. Tal pensamento possibilita uma solução política criminalmente razoável da questão, pois exige, nomeadamente uma contribuição essencial para o ato principal além das geralmente disponíveis, gerando a descriminalização dos comportamentos que aumentam um pouco o risco de lesão do bem jurídico, não o fazendo de modo realmente quantificável.

Em detrimento da sua argumentação o autor indica que esta perspetiva pode também desencadear certas desvantagens, designadamente a distinção quantitativa pode levar a uma falta de punibilidade e vinculação intersubjetiva das suas soluções. Porém,

¹⁵⁵ WEIGEND, Thomas (2002) - Los límites de la complicitad punible. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10, p. 206.

[...] quanto mais se pretenda descriminalizar as contribuições «inócuas», maior medida de favorecimento ou eficiência se poderá exigir à contribuição para puni-la.” (Tradução nossa).

contorna esta mesma desvantagem mencionando que, quando se renuncia a prestação de dispor de um critério vinculante para determinar as contribuições à realização de um crime que não de ficar impunes, pode discutir-se mais abertamente e atender em maior medida a todas as circunstâncias do caso concreto sobre a necessidade de punição de tais comportamentos.

São apresentadas dificuldades à teoria de Weigend.

É salientado o facto de a teoria proposta representar um problema na sua própria aplicabilidade ao nível da teoria do crime. Isto é, a utilização de um critério quantitativo como critério de imputação dificilmente funciona, pois o que usualmente se pretende saber, mediante o uso de um critério de imputação, é se a conduta é suscetível de punição ou não, o limite entre a punição e a liberdade, algo que um critério quantitativo deixa incerto. Um critério quantitativo faz com que os limites constitutivos da punibilidade sejam incertos. O critério apresentado limita-se a oferecer os critérios de maior ou menor punição e não os limites de quando se deve identificar dado comportamento como punível. Consequentemente, faz com que não se consiga solucionar a problemática das condutas valorativamente neutras¹⁵⁶.

Além disto, utilizando o aplicador do direito, ao caso concreto, esta teoria, esta levanta questões, como a necessidade de saber quem detém a legitimidade para determinar a maior ou menor necessidade de criminalizar dada questão, onde a perspetiva parece dirigir-se antes ao legislador e não ao aplicador do direito.

É acrescentada a falta de definição da própria fórmula, que correlaciona a eficácia da contribuição do cúmplice à ofensa gerada pelo ato principal. Esta correlação varia consoante o caso e acaba por gerar uma definição aberta a termos subjetivos, uma vez que se atribui ao aplicador a decisão político-criminal em torno da pretensão de punibilidade das condutas¹⁵⁷.

¹⁵⁶ WEIGEND, Thomas (2002), *op. cit.*, p. 206.

¹⁵⁷ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 86.

4.3.1.11. ROBLES PLANAS

Robles Planas entende que a questão das condutas neutras se trata de um problema que deve ser analisado dentro da questão mais ampla dos limites da intervenção penal no crime.

Não devem as ações valorativamente neutras ser consideradas como um grupo de casos isolado possuidor de determinados privilégios especiais. Trata-se de um problema que deve ser resolvido no âmbito do tipo objetivo, dado que razões pragmáticas o sugerem¹⁵⁸.

Não é inequivocamente criminoso aquele que promove de forma consciente um crime mediante dada contribuição dentro dos padrões sociais e profissionais adequados ou mediante negócios normais da vida quotidiana.

O autor espanhol realça que a questão das condutas neutras deve ter em conta que há dois tipos de interação que podem ocorrer. Por um lado, há as chamadas formas de interações verticais, tidas como aquelas em que a responsabilidade pode decorrer designadamente da organização hierárquica das competências ou mesmo da repartição de funções nas empresas ou administração pública. Por outro lado, há as interações horizontais, tidas como aquelas que ocorrem quando a associação de sujeitos se dá ao mesmo nível hierárquico no seio da esfera de repartição laboral.

Tal distinção entre interações, verticais e horizontais, aparece a propósito de crimes económicos, tornando-se essencial compreender como se devem valorar os comportamentos que se movem na fronteira entre o socialmente adequado e a participação criminosa. Os primeiros, derivados de dada interação vertical, revelam acontecer de forma mais frequente, pois refletem-se no núcleo das competências destacadas a um sujeito e face a orientações profissionalmente adequadas, mais especificamente, nos casos, em que o sujeito atua de acordo com o seu seio de competências no âmbito de uma estrutura organizada, chegando a conhecer de modo alheio a tal as intenções criminosas de terceiro que visa praticar um crime¹⁵⁹.

Como resposta à resolução da questão, inicialmente, Robles Planas invocou a ideia de Wolfgang Frisch referente ao princípio da idoneidade, identificando o lado objetivo da

¹⁵⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 209.

¹⁵⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, pp. 27 a 30.

conduta do participante como critério da desaprovação jurídico penal, que permite a orientação dos sujeitos que entram em contato com o facto sem considerar os conhecimentos individuais, o que possibilita e garante a vigência, idónea, da proibição¹⁶⁰. Afirmando que são, sobretudo, razões sistemáticas que levam a que a questão seja localizada no tipo objetivo.

Partindo desta ideia, diz o penalista que a questão relativa à relevância penal dos comportamentos rotineiros de intervenção no crime, cai de pleno dentro do âmbito da liberdade geral de atuação.

Caindo em pleno no âmbito da liberdade geral de atuação, decorre que se trata de uma questão a ser resolvida no quadro da relevância do risco, do ponto de vista objetivo, que estas condutas geram para os interesses ou bens penalmente protegidos¹⁶¹. Onde os conhecimentos do agente poderão relevar apenas quando em momento anterior se comprovou a correspondente presunção de um risco objetivamente desaprovado¹⁶².

O autor refere que qualquer lado subjetivo deve sempre subordinar-se a uma análise prévia do lado objetivo da conduta. O que leva a que as teorias subjetivas sejam criticáveis, desde logo, pelo seu erro metodológico de inverter a análise correta e a fundamentar o problema da tipicidade subjetiva sem que anteriormente se tenha fundamentado o perigo objetivo da conduta¹⁶³. A aceitação de que o perigo apenas surge mediante o conhecimento do sujeito entra em direta contradição com o princípio *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁶⁴.

Entende Robles Planas que a conduta também não perde o seu significado criminoso porque ao sujeito lhe falta a intenção de favorecer o crime alheio e, tão pouco, o recebe pelo mero facto de o querer favorecer.

O “sentido criminoso”, de um dado objetivo, que se adquire da configuração externa de um comportamento, não perde o seu “sentido criminoso” por ausência de vontade por parte daquele que a realiza. Tal como, se a conduta não revela um “sentido criminoso”

¹⁶⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 209.

¹⁶¹ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 210.

¹⁶² ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 279.

¹⁶³ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 210.

¹⁶⁴ Princípio segundo o qual, o que o sujeito conhece, pensa ou deseja fica no seu âmbito privado sempre que não exista uma manifestação externa que além disso seja objetivamente perigosa, pois se não se quer punir pelo mero saber dever-se-á fundamentar muito cuidadosamente por que razão passam a ser objetivamente perigosas as condutas quando o cliente informa que irá praticar um crime. A intenção e o desejo não se podem punir enquanto não se traduzam numa configuração externa objetivamente desaprovada por si mesma. ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 211.

isso não afeta o assim apurado no lado objetivo da conduta por muito imorais ou desapreciáveis que sejam as finalidades do sujeito. O que leva a concluir que o conhecimento e o querer uma conduta não a converte automaticamente numa conduta de caráter perigoso¹⁶⁵.

Todavia, o penalista clarifica que, embora o lado subjetivo não deva ser o ponto fulcral da questão, este não deve ser totalmente ignorado, uma vez que algumas finalidades, conhecimentos e representações individuais por parte do sujeito acabam por traduzir um ponto essencial na própria representação social a respeito do significado dos factos. Dado que, em determinados casos o causar representando ou tendo conhecimento de dado acontecimento lesivo pode constituir um risco permitido¹⁶⁶.

Contudo, ainda contra as perspetivas subjetivas, menciona a circunstância de estas confundirem o âmbito interno do externo quando procuram expressar que, quando o sujeito atua com conhecimento, tal já não constitui um ato neutro ou irrelevante para o direito penal. Por recurso, novamente, ao princípio *cogitationis poenam nemo patitur*, o autor relembra que este não abrange apenas a não exclusão da punição das situações que somente ocorrem no âmbito específico do sujeito, indo muito além desta não punição do lado interno que não causa quaisquer alterações físicas no mundo exterior. Incluindo que o direito penal reconhece ao indivíduo um âmbito privado ao qual este se subtrai na totalidade, a correspondente relevância normativa das respetivas manifestações (físicas ou psíquicas).

Robles Planas aceita que no caso das condutas neutras de favorecimento, o mero saber, conhecer, se move dentro do campo das *cogitationis*, porém que se deve também admitir que o atuar com conhecimento não excede, só por si, o âmbito privado. Este concretiza que se, pelo contrário, é traçada a respetiva fronteira do privado no mero

¹⁶⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 211.

¹⁶⁶ Indica Robles Planas que: “[...] El significado de los actos no debe regirse ni por el significado otorgado por el próprio sujeto ni por el significado que intersubjetivamente creemos que el sujeto otorgó a sus actos, sino esencialmente por aquello que desde el punto de vista social (intersubjetivo) es significativo por sí mismo. Y significativas por sí mismas sólo son las exteriorizaciones normativamente desvaloradas. Si ello es así, tan sólo alguna clase de conocimientos y no todos pueden ser relevantes para la imputación objetiva, en concreto, aquellos conocimientos normativamente vinculados a exteriorizaciones desaprobadas.”

“O significado dos atos não deve ser regido nem pelo significado dado pelo próprio sujeito nem pelo significado que intersubjetivamente acreditamos que o sujeito deu aos seus atos, mas essencialmente por aquilo que do ponto de vista social (intersubjetivo) é significativo em si mesmo. E só as exteriorizações normativamente desvalorizadas são significativas em si mesmas. Se assim é, só alguns conhecimentos, e não todos, podem ser relevantes para a imputação objetiva, nomeadamente, os conhecimentos normativamente ligados a exteriorizações desaprovadas.” (Tradução nossa). ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, pp. 211 e 212.

dado naturalístico da externalização de um conhecimento, então não haveria por que deixar impunes a maioria dos atos preparatórios cometidos isoladamente. Pois, se o direito penal tivesse por missão controlar o lado subjetivo dos cidadãos, tal levaria a que bastasse qualquer desculpa para justificar a análise dos correspondentes motivos que levam os cidadãos a agir de dada forma¹⁶⁷. Acrescenta que no direito penal de um Estado de liberdade o que está em causa é o controlo do externo¹⁶⁸.

Deste modo, em busca de um equilíbrio entre aquilo que é a teoria da imputação objetiva, teoria do risco, e a teoria da intervenção no crime, menciona que esta é a finalidade interligada à problemática conexas à possibilidade de existir cumplicidade pela prática de dada conduta tida supostamente como neutra.

O mesmo relembra que só o estabelecimento dos limites mínimos de intervenção punível no crime, permite estabelecer os respetivos limites e critérios a seguir em qualquer forma de participação num facto criminoso. Só as condutas que revelem significado penalmente relevante devem ser sujeitas a responsabilidade jurídico penal. Como mencionado, o núcleo central da questão está em saber se as condutas em causa geram um risco penalmente desaprovado, no âmbito do tipo, o saber se estamos ou não face a comportamentos que geram um risco penalmente desaprovado. Contudo, ainda não foi estabelecido qualquer conteúdo objetivo mínimo para a sua correspondente identificação.

Robles Planas identifica critérios de imputação.

Refere que no caso de não verificação de uma situação de posição de garante ou de adaptação da conduta a uma situação criminosa (quando o comportamento daquele que presta o seu contributo deve ser interpretado como uma adaptação específica ao facto posterior) não é admissível participação criminosa. Logo, fora destes critérios é irrelevante que aquele que favorece um facto criminoso alheio, o faça. Tal é justificado com base na liberdade de atuação, uma vez que a sua limitação somente é legitimada nas circunstâncias mencionadas, não se justificando em outras que um sujeito que não é responsável pela existência do risco que ameaça dado bem jurídico-penal e que não havendo a presença de qualquer terceiro disposto e decidido a praticar o crime, acabe por ser punido à luz do ordenamento jurídico.

¹⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 212.

¹⁶⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 213.

A respeito dos conhecimentos especiais o autor espanhol menciona que há uma distinção a ser feita entre conhecimentos relevantes e conhecimentos irrelevantes na desaprovação da conduta. Caso o agente saiba algo que outrem desconhece, não fica sempre incumbido no dever jurídico de o ter em conta e omitir a sua conduta, pois nem todos os aspetos da realidade conhecida são considerados relevantes para o correspondente juízo de desaprovação da conduta¹⁶⁹.

Dado o exposto, na sua perspetiva não se trata de desenvolver critérios dispersos de imputação para os ditos casos de cumplicidade mediante condutas neutras, mas trata-se de delinear a fronteira do que pode ser objetivamente imputável como cumplicidade atendendo às hipóteses de condutas neutras. Deve-se analisar se se verificam os requisitos suficientes para se afirmar que a conduta neutra é uma conduta perigosa, se se afirma a perigosidade da ação. Os critérios já existentes devem ver-se aplicados. À semelhança do que sucede nas hipóteses de autoria, na participação deve partir-se para a verificação da concorrência dos elementos que fundamentam a consequente perigosidade do comportamento¹⁷⁰.

Face à construção de Robles Planas realçam-se desaprovações.

Francisco Aguilar considera que a tese apresentada constitui uma manipulação abusiva da ideia de ajustamento ao plano criminoso de Günther Jakobs ou mesmo da ideia apresentada por Wolfgang Frisch de prestação em função do plano criminoso¹⁷¹.

4.3.2. TEORIAS OBJETIVAS DIRETAMENTE SUBJETIVAS (TEORIAS HÍBRIDAS)

As teorias híbridas ou teorias objetivas diretamente subjetivas, surgem da aceitação direta pelos seus defensores de que para a chegada a um consenso a respeito das

¹⁶⁹ Menciona o autor que: “Naturalmente esta cuestión no puede ser respondida mediante fórmulas generales, sino que deberán analizarse para cada ámbito los deberes de activación de los conocimientos que integran las correspondientes posiciones jurídicas. Una teoría general tan sólo puede ressaltar que los concretos deberes se determinan teniendo en cuenta la existencia de espacios de libertad general de actuación, espacios en los que en la mayoría de las ocasiones el próprio ordenamento jurídico ya ha tomado una decisión (mediante regulaciones jurídicas y prejurdicas o estándares de conducta reconocidos) acerca de cuál es el ámbito de relevância.”

“Naturalmente, esta questão não pode ser respondida através de fórmulas gerais, mas os deveres de ativação dos conhecimentos que constituem as posições jurídicas correspondentes devem ser analisados para cada domínio. Uma teoria geral não pode deixar de sublinhar que os deveres específicos são determinados tendo em conta a existência de âmbitos de liberdade geral de ação, âmbitos em que, na maior parte dos casos, o próprio ordenamento jurídico já se pronunciou (através de normas jurídicas e legais ou de normas de conduta reconhecidas) sobre qual o âmbito relevante.” (Tradução nossa). ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, pp. 216 e 217.

¹⁷⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, pp. 44 e 45.

¹⁷¹ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2014), *op. cit.*, p. 466 e ss.

ações rotineiras é preciso aceitar que estão em causa factores externos e internos cumulativamente. Entre os autores que aceitam esta interferência direta de dados objetivos e subjetivos, encontramos Wolfgang Frisch e Claus Roxin.

4.3.2.1. WOLFGANG FRISCH

Para Wolfgang Frisch, de modo geral, qualquer conduta é suscetível de se refletir na lesão de bens jurídicos fundamentais. Qualquer comportamento pode produzir elementos que atentem contra bens jurídicos.

Contudo, não se podem proibir comportamentos apenas com esse dado, pois a liberdade não pode ser limitada dessa forma. Daí que, para que se possa imputar objetivamente, proibir dada conduta, o penalista considera que devem estar presentes dados pressupostos. Por um lado, é necessário que se faça uma análise da racionalidade e aceitação da limitação à liberdade por meio de uma proibição. E, por outro, devem estar em causa desaprovações a criações de riscos especiais de produção de lesões tidas como típicas. Logo, a imputação objetiva e a admissibilidade da restrição da liberdade ficam dependentes de uma proibição necessária, idónea e adequada e da comprovação de dado risco especial como pressuposto da desaprovação penal.

A análise da racionalidade e aceitação de uma limitação à liberdade mediante a proibição de dado comportamento carece de ser legítima em termos constitucionais. Como tal, o penalista defende que se recorra ao princípio da proporcionalidade e aos respetivos corolários. Identifica que a proibição em análise deve revelar-se como necessária, idónea e adequada face aos princípios de direito e capaz de evitar lesões aos bens jurídicos fundamentais ou mesmo cursos causais que a tais lesões levem.

Só a criação ou aumento de riscos especiais suscetíveis de lesar bens jurídicos devem ser tidos por desaprovados, apenas os riscos de perigo concreto.

Dado o exposto, a respeito do entendimento de Wolfgang Frisch quanto à imputação de dado comportamento, é de realçar, a propósito do nosso estudo, o campo da participação. A propósito das condutas que favorecem o comportamento de terceiro, o autor entende que a sua configuração típica está dependente da verificação de um “sentido inequivocamente criminoso”.

Na perspetiva do autor o “sentido criminoso” deve ser aferido objetivamente, por um critério objetivo, tendo em conta o comportamento do sujeito que presta a contribuição.

As condutas que possuem um “sentido criminoso” são apenas aquelas cuja única finalidade que as origina é o auxiliar, possibilitar ou facilitar o comportamento criminoso de terceiro.

Fala-se de um “sentido criminoso” independente do elemento subjetivo, este último insuscetível por si só de sustentar relevância do ponto de vista jurídico penal. Por outras palavras, qualquer proibição de condutas que prescindia de “sentido criminoso” não deve ocorrer, mesmo que o elemento subjetivo esteja presente, pois se não houver relação de sentido criminoso, se o “sentido criminoso” não se verificar, a conduta não pode ser proibida, porque o risco é tido como permitido. A referência ao “sentido inequivocamente criminoso” é o que gera um risco juridicamente proibido, o contrário, a ausência desse sentido, reflete-se sempre num risco juridicamente permitido. A relação de “sentido criminoso” existente liga-se à distribuição jurídica de liberdade e não com o elemento subjetivo. Refere Wolfgang Frisch “Las malas intenciones, deseos, esperanzas o creencias pueden hacer que la conducta sea inmoral, pero dejan intacta la distribución jurídica de la libertad”¹⁷².

O penalista fundamenta a sua posição de “sentido criminoso” identificando que a proibição de ações que não possuam tal sentido não se manifestaria num meio idóneo para garantir a proteção dos bens jurídicos, pois o autor material facilmente atingiria o seu objetivo de conseguir uma contribuição dada a sua fungibilidade, bastava adquirir a contribuição junto de alguém sem conhecimento do seu plano criminoso.

Contudo, acrescenta o autor que, há situações em que não é aplicável o critério do “sentido inequivocamente criminoso”, mas, embora tal não ocorra, a conduta deve ser punida por representar a violação de um dever de garante que não foi cumprido ou mesmo um dever geral de solidariedade.

As condutas neutras, os negócios normais da vida quotidiana, são condutas que não são dotadas de qualquer “sentido criminoso”, atípicas, são insuscetíveis de o possuírem, constituindo, em regra, condutas não puníveis, não originando participação criminosa.

Porém, embora as condutas valorativamente neutras não possuam “sentido criminoso” e, como tal, refletem-se como insuscetíveis de punição, há exceções em que mesmo

¹⁷² FRISCH, Wolfgang (2004) – Comportamiento típico e imputación del resultado. Tradução Joaquín Cuello Contretas e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, p. 277.

“As más intenções, desejos, esperanças ou crenças podem fazer com que a conduta seja imoral, mas deixam intacta a distribuição jurídica da liberdade.” (Tradução nossa).

não possuindo esse “sentido criminoso” podem ser puníveis. Exceções essas quando estão em causa normas gerais de solidariedade, como a omissão de auxílio ou deveres de garante¹⁷³.

O autor alemão atende à ideia de estado de necessidade, aplicando o mesmo raciocínio em casos de omissão de auxílio fruto da suscetibilidade de punição no momento da prática de uma conduta neutra. Concretizando, nas hipóteses em que alguém estiver numa situação grave e eminente de perigo, aquele que contribui mediante a prática de uma ação quotidiana é jurídico penalmente obrigado a prestar auxílio quando tal seja possível, sem risco pessoal, sem colocar em causa os próprios bens jurídicos fundamentais. Logo, o não cumprimento deste dever de solidariedade deve levar a um incumprimento penal, pois além de não agir, igualmente acaba por, de forma ativa, contribuir para que outro lese dado bem jurídico, não só não melhora como piora, conseqüentemente deve ser punido.

Concluindo, Wolfgang Frisch identifica que os critérios atendíveis para haver participação no crime, são o “sentido criminoso” ou a existência de dado dever especial (posição de garante) ou norma geral de solidariedade. Neste último grupo de casos podem incluir-se as condutas neutras para que sejam puníveis, caso contrário não o podem, pois não comportam qualquer “sentido criminoso”.

Face a esta tese são apresentadas críticas.

É destacado quanto à ideia apresentada de “sentido criminoso”, que dificilmente se poderá concretizar um comportamento como possuidor de um “sentido inequivocamente criminoso” nos moldes apresentados, que o autor alemão peca na sua imprecisão¹⁷⁴.

4.3.2.2. CLAUS ROXIN

Claus Roxin entende que a dúvida face aos limites da participação criminosa se encontra interligada à existência ou não de um risco não permitido. Se o risco for permitido não há imputação, se o risco for não permitido há imputação.

Deve ter-se presente, quando é que o risco é permitido com o intuito de excluir dessa permissão todas as circunstâncias que nesta não se englobam. E, quanto às condutas

¹⁷³ FRISCH, Wolfgang (2004), *op. cit.*, p. 305 e ss.

¹⁷⁴ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 112. GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 79.

valorativamente neutras questiona-se o aumento (causal e doloso) do risco representar uma necessidade de punição a título de cumplicidade, por constituir em si não uma conduta neutra propriamente dita, mas, sim, uma conduta de cumplicidade¹⁷⁵.

No seu entendimento, o risco será permitido consoante o nível de conhecimento do participante face ao plano criminoso do autor material. Existindo conhecimento por parte daquele que presta o seu contributo para a realização do facto ilícito, o risco já não será permitido, deixa de o ser e passa a ser não permitido, existindo imputação. Estamos dentro do âmbito da desaprovação jurídica do risco no núcleo da cumplicidade.

Salientamos, novamente, que o penalista defende que não há em si comportamentos neutros na cumplicidade, dado que quando aquele que presta o seu contributo conhece o plano criminoso, a conduta perde o seu carácter “neutro” de negócio do quotidiano, transformando-se num ataque ao bem jurídico. Claus Roxin entende que não há condutas neutras *per se*, sendo a natureza da conduta determinada pelo propósito que esta serve¹⁷⁶.

Este procura fazer a distinção das situações em que há efetivamente conhecimento por parte daquele que presta o seu contributo, de que o terceiro a quem o presta irá cometer um facto criminoso, das situações em que somente existe uma mera dúvida face à posterior execução do crime¹⁷⁷.

Quanto à primeira situação, em que o participante tem conhecimento, é determinante que a conduta daquele que presta o seu contributo seja dotada de “sentido criminoso”, deve existir uma relação de “sentido criminoso” (*deliktischen sinnbezug*).

Há que distinguir duas situações em que se pode verificar esse “sentido criminoso”.

Por um lado, quando a conduta principal tem em si natureza criminosa (v.g. o participante sabe que a pessoa a quem vende dado instrumento irá com ele praticar um tipo legal, independentemente das declarações partirem do próprio comprador ou de informação proveniente de terceiros). Onde, caso o autor material utilize o objeto fruto da contribuição para outros fins não criminosos, tal não alterará o “sentido criminoso”, a relação de “sentido criminoso”, pois a atuação é um comportamento exclusivamente

¹⁷⁵ ROXIN, Claus (2003) - *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H.Beck, p. 206.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus (2003), *op. cit.*, p. 210 e ss.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus (2003), *op. cit.*, p. 207.

criminoso (v.g. a prática de um homicídio com um machado que é vendido ao autor) tendo sido auxiliado em relação ao risco¹⁷⁸.

E, há igualmente “sentido criminoso”, quando a conduta principal, mesmo que legal, constitui para o executor a única utilidade, propósito (como é do conhecimento daquele que fornece o contributo material) de praticar um tipo legal (v.g. o participante sabe que a pessoa a quem presta determinado serviço bancário lícito, o pretende com a utilidade de praticar o crime de evasão fiscal, exemplo dado por Claus Roxin quanto à transferência anónima de capitais para o Luxemburgo)¹⁷⁹.

Em contrapartida, não haverá lugar a “sentido criminoso” nos casos em que a contribuição se refere a uma conduta legal que por si só é útil e significativa para o executor, mas que é empregue tendo por base uma decisão autónoma para a prática de um crime.

O “sentido inequivocamente criminoso” defendido por Roxin encontra ligação com a própria conduta do autor do crime.

Já se o participante somente está em dúvida, suspeita da eventual possibilidade de que aquele a quem presta o seu contributo praticará um facto criminoso, não haverá lugar a imputação¹⁸⁰.

A mera dúvida não é suficiente para imputar objetivamente, pois ao abrigo do princípio da confiança, deve esperar-se que os outros atuem em conformidade com o legalmente imposto, caso contrário haveria o fomento da desconfiança, o que seria insustentável.

Contudo, há uma exceção, casos em que o próprio princípio da confiança não pode vingar, que são aquelas situações em que aquele que presta o seu contributo está perante alguém “reconhecivelmente inclinado a praticar o facto (*erkennbare tatgeneigtheit*)” (v.g. havendo uma briga de rua, alguém se dirige a comprar uma faca que certamente será utilizada na briga). Mediante elementos probatórios consistentes e concretos de que dado facto criminoso será praticado por outrem, precisamente por este ser reconhecido como alguém reconhecivelmente inclinado à prática do crime haverá imputação, elementos puramente subjetivos não são de aceitar.

¹⁷⁸ ROXIN, Claus (2003), *op. cit.*, p. 208.

¹⁷⁹ ROXIN, Claus (2003), *op. cit.*, p. 208 e ss.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus (2003), *op. cit.*, p. 214 e ss.

Dado o exposto, Claus Roxin distingue as situações em que há o conhecimento da decisão criminosa do executor, mediante conhecimento ou fundada suspeita, por parte daquele que presta a sua contribuição, dos casos em que há uma mera suspeita das suas correspondentes intenções criminosas. Assim como, igualmente, reconhece que, na prática, dificilmente há o conhecimento de que o plano criminoso irá ocorrer e, por força do princípio da confiança, com dificuldade se obtém a punibilidade a título de cumplicidade daquele que somente suspeita do plano criminoso¹⁸¹.

Inicialmente, o penalista procurou evidenciar a distinção destas situações de condutas neutras, consoante a existência de dolo direto ou dolo eventual¹⁸². Atualmente, como mencionado, entende que a questão pode ser previamente solucionada observando o âmbito da imputação objetiva a nível do risco juridicamente permitido ou não permitido, atendendo ao “sentido criminoso”.

São apresentadas críticas a esta teoria defendida por Claus Roxin.

Luís Greco evidencia deficiências a respeito da fundamentação e respetiva distinção entre conhecimento seguro e mera suspeita¹⁸³.

Assim, como Francisco Aguilar critica o facto destas soluções interligadas ao quadro da desaprovação jurídica do risco, no âmbito da cumplicidade, pressuporem automaticamente nas construções do penalista alemão, um aumento do risco juridicamente relevante para o bem jurídico, não procurando interrogar-se sobre a efetiva legitimidade de uma semelhante aferição, ao que o autor português adiciona o facto de ficar por explicar o recurso às diferentes categorias de dolo para partir destas como crivos de desaprovação jurídica do risco. Pois, embora tenha havido uma não menção a dolo direto e dolo eventual, por parte de Claus Roxin, nos manuais mais recentes, Francisco Aguilar acredita que tal não se reverte a uma alteração de posição, mas sim a uma forma de procurar isentar-se a possíveis críticas. Este último evidencia que o que há é um “zigzague sistemático”, onde Claus Roxin se refugia no tipo objetivo e retorna posteriormente ao tipo subjetivo consoante a modalidade de dolo¹⁸⁴.

¹⁸¹ ROXIN, Claus (2003), *op. cit.*, p. 215 e ss.

¹⁸² ROXIN, Claus (1995) – *Was ist Beihilfe?*, Kühne, *Festschrift für Miyazawa*. Baden-Baden: Nomos, p. 512 e ss.

¹⁸³ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, pp. 85 e ss.

¹⁸⁴ Francisco Aguilar refere que: “[...] à luz da questão da aferição do desvalor da conduta mesmo nas hipóteses tradicionais da teoria da imputação objetiva no âmbito global de um sistema supostamente destinado a evitar o ataque a bens jurídicos, necessários à preservação da vida em sociedade, por parte de terceiros. Razões atinentes pois tanto ao crivo da igualdade como da realização da finalidade do Direito

Verificando-se claramente uma oscilação entre aferições abstrata e concreta da desaprovação do risco.

A propósito do recurso à aplicação do princípio da confiança em constelações dolosas, nos casos de dolo eventual, o autor português questiona, criticando novamente a posição roxiniana, a sua aplicabilidade, invocando Figueiredo Dias quanto a saber se, será razoável afirmar-se que o agente ainda pode confiar numa não continuação criminosa dolosa alheia, ali onde, por definição, ainda conta com essa mesma continuação.

Menciona Robles Planas que está em causa uma posição “aparentemente objetiva”. Nas palavras de Robles Planas “[...] adoptar la solución de la teoría de la imputación objetiva, que el riesgo permitido se sobrepasa sempre que el cómplice tiene un conocimiento (especial) acerca del hecho del autor es tan sólo adoptar una perspectiva aparentemente objetiva, en la que, después de desechar los criterios subjetivos, éstos se vuelven a colar “por la puerta de atrás” con un ropaje objetivo”¹⁸⁵. Além disso, entende que face à construção do penalista alemão a ideia de participar num crime nunca pode ser considerada como um comportamento neutro dado a finalidade da ação, não se torna válida para a avaliação subsequente de saber se estamos perante a criação ou aumento de um risco tipicamente relevante de participação criminosa.

4.3.3. TEORIAS SUBJETIVAS INDIRETAMENTE OBJETIVAS (TEORIAS SUBJETIVAS)

As perspetivas subjetivas indiretamente objetivas são as que fazem depender a existência de um risco tipicamente desaprovado de cooperação ou auxílio do lado subjetivo, interno, do agente que contribui materialmente.

Ao fazer depender essa existência do lado interno, significa que deverá atender-se às características subjetivas, designadamente ao dolo, à finalidade, à convicção de

penal militam contra a criação de regras próprias para a cumplicidade por comportamentos ditos neutros.” AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 524.

¹⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), *op. cit.*, p. 217.

“[...] adotar a solução da teoria da imputação objetiva, de que o risco permitido é ultrapassado sempre que o cúmplice tem conhecimento (especial) sobre o ato do agente, é apenas adotar uma perspetiva aparentemente objetiva, em que, depois de descartados os critérios subjetivos, estes voltam à “porta de trás” com um traje objetivo.” (Tradução nossa).

segurança sobre a comissão do facto futuro, no fundo, à relevância dos conhecimentos especiais para determinar o surgimento do risco tipicamente desaprovado de auxílio¹⁸⁶.

Existindo uma dependência do lado subjetivo, significa que a restrição fundamental feita enverga sobre esse mesmo lado, embora seja de salientar, também neste ponto, que o lado objetivo nunca se encontra inteiramente afastado destas perspetivas subjetivas.

Daí que, se possa levantar a incógnita de saber se se deve ou não outorgar relevância já no tipo objetivo aos conhecimentos especiais que o sujeito possui a respeito da prática futura de um crime, no momento de prestar o seu contributo. O que leva a que se afira que, fruto do próprio significado social de um comportamento não se deve deixar de considerar o conteúdo da vontade de quem o presta. E mais, posto que toda a conduta pode servir para fins criminosos, desde o ponto de vista objetivo, a punição por cumplicidade vai depender do elemento subjetivo.

Aqui chegados, há quem defenda que os comportamentos neutros se projetaram no início do século XIX e século XX com referência à procura da sua resolução com apoio no lado subjetivo, mais concretamente na ideia de dolo eventual. Neste âmbito encontramos autores como August Köhler e Carl Ludwig von Bar.

Carl Ludwig von Bar exclui a responsabilidade daquele que vende dado objeto a outrem, quando este outrem atua com mero dolo eventual. Na hipótese em que alguém vende uma dada pistola a outra pessoa, a responsabilidade criminal perante o homicídio que ocorre, deve ver-se excluída face ao vendedor quando este atue com dolo eventual¹⁸⁷.

Com estes alicerces partimos para a exposição de duas das mais significantes e atuais teorias subjetivas quanto aos comportamentos valorativamente neutros, de Harro Otto e Schild Trappe.

4.3.3.1. HARRO OTTO

Harro Otto defende que o problema das condutas neutras deve ser resolvido no âmbito do tipo subjetivo, por recurso ao lado interno do agente. Menciona que nenhum

¹⁸⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *op. cit.*, pp. 194 e 195.

¹⁸⁷ BAR, Carl Ludwig von (1907) – *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, Band II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*. Berlim: Verlag, p. 693.

comportamento é legalmente tangível se lhe for retirado o respetivo conhecimento e vontade do facto¹⁸⁸.

Na perspetiva do autor a punibilidade ou ausência da mesma a título de participação, daquele que pratica uma conduta neutra, um comportamento tipicamente profissional e regulado, prestando auxílio material a que outrem pratique um facto criminoso, depende da presença ou não do elemento subjetivo do tipo, o dolo, e da correspondente modalidade do mesmo.

Harro Otto faz a questão girar em torno da distinção entre o agente ter atuado com dolo direto ou dolo eventual, devendo com base nestas duas modalidades ser devidamente delineados os limites do dever jurídico de omitir tais comportamentos tidos como especificamente profissionais¹⁸⁹.

Este relembra que o comportamento tipicamente profissional se encontra constitucionalmente garantido, daí que o normal seja que não se rejeite dadas práticas ligadas aos negócios¹⁹⁰. O que justifica que situações de mero dolo eventual não sejam suficientes para gerar responsabilidade criminal.

A mera suspeita não coloca aquele que presta a sua contribuição, em âmbito quotidiano de profissão, a ter de agir ao abrigo do dever jurídico de omitir o seu comportamento, recusando o negócio. A existência da mera dúvida por si só não tem força suficiente para colocar em causa a permissão legalmente atribuída ao exercício de dada atividade. O decisivo em caso de dúvida por parte do agente é a liberdade de exercício da profissão e não o interesse da não prática de eventuais factos criminosos¹⁹¹. A mera suspeita ou a mera representação do crime como consequência necessária para a sua conduta não geram cumplicidade nos casos de condutas neutras, pois revelam situações em que há a inexistência de uma vontade clara de favorecimento.

Apenas o conhecimento e a efetiva intenção criminosa geram responsabilidade criminal a quem pratica uma conduta especificamente profissional. Só o dolo direto pode determinar a punição, todas as restantes modalidades de dolo devem permanecer insuscetíveis de intervenção da lei penal, visto que aí deve o livre exercício da atividade

¹⁸⁸ OTTO, Harro (1998) - "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe". In ESER, A. [et al.] - *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, p. 202.

¹⁸⁹ OTTO, Harro (1998), *op. cit.*, p. 212.

¹⁹⁰ OTTO, Harro (1998), *op. cit.*, p. 212.

¹⁹¹ OTTO, Harro (1998), *op. cit.*, p. 214 e ss.

profissional prevalecer. Logo, a ausência de conhecimento de que o autor material praticará um crime é protegido pela liberdade de exercício da atividade profissional.

Concluindo, o penalista compreende que os comportamentos especificamente profissionais apenas dão lugar a cumplicidade quando praticados com dolo direto, já a ausência de conhecimento da ação principal ou a presença de dolo eventual não geram qualquer responsabilidade de foro criminal.

Relembremos que, mesmo retomando, mais tarde, o seu estudo sobre a temática, Harro Otto, quanto ao âmbito do tema do risco punível dos comportamentos tipicamente profissionais, mencionou que o problema se interliga ao risco relativo à atividade de uma pessoa que seja ativa profissionalmente, o risco de ser incriminado por força de um risco punível pelo seu parceiro negocial. Em virtude de na vida profissional ou comercial, existirem expectativas dos parceiros comerciais que negociam legalmente, sendo desrazoável limitar a profissão ou operações negociais¹⁹².

O autor defende, assim, que carece de lógica considerar como relevante o risco de utilização criminosa da conduta de um terceiro, cuja utilização criminosa não se conheça positivamente, se a situação de perigo, apesar de conhecida pelo legislador, não o levou a proibi-la ou mesmo a regulá-la. Além do mais, punir por um risco não positivamente reconhecido é desrazoável face à liberdade de ocupação profissional¹⁹³.

Considera pouco adequado que a atividade profissional daquele que presta o contributo material, o coloque numa situação de ser punido a título de cumplicidade fruto da mera dúvida, uma vez que o próprio legislador não proibiu tal prática. Mesmo a dúvida face à idoneidade daquele a quem é prestada a contribuição de cometer crimes, não é suficiente¹⁹⁴.

Em suma, a liberdade de profissão legitima a atividade em causa mesmo quando adquira uma natureza criminosa através da prática de uma conduta não lícita por parte do parceiro comercial, salvo se passar a existir conhecimento e intenção criminosa.

O raciocínio de Harro Otto é sujeito a críticas.

¹⁹² GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 344.

¹⁹³ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 345.

¹⁹⁴ OTTO, Harro (2001) – Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. *JuristenZeitung*. V. 56, n.9, p. 444 e ss.

Alguns autores entendem que a teoria sustentada não é suficiente para resolver a questão das condutas valorativamente neutras, criticando a sua articulação¹⁹⁵. Invocando que, o fundamento apresentado acaba por em nada fundamentar ao certo, que o defensor da teoria subjetiva limita-se simplesmente a justificar a intuição de que é necessário diminuir, de algum modo, a punibilidade. Todavia, a forma de tal suceder não é explicitada, permanecendo em aberto.

Luís Greco dirige uma outra crítica ao critério, pois não lhe parece que a diferença valorativa entre as modalidades de dolo, direto e eventual, seja capaz de justificar consequências jurídicas tão diversas (liberdade e punição), que acabam por ser atribuídas à presença de cada uma das modalidades de dolo. Além disso, corre-se o risco de um direito penal de ânimo, sendo duvidoso que a mera diferença na disposição interna existente entre as formas de dolo consubstancie uma tal disparidade de tratamento, adicionando as investigações que colocam cada vez mais em causa a distinção entre as duas modalidades.

4.3.3.2. SCHILD TRAPPE

Schild Trappe busca solucionar a questão das condutas neutras tendo por base a sua teoria da cumplicidade. No seu trabalho *Harmlose Gehilfenschaft? Ein Studie uber Grund und Grezen der Gehilfenschaft*, a autora propõe uma nova versão do instituto da cumplicidade, afastando-se daquele que é o usual entendimento da temática.

A autora suíça, contrariamente à distinção usualmente feita entre cumplicidade física e cumplicidade psíquica, opta por defender que a origem da cumplicidade se encontra no auxílio que alguém presta a outrem, sendo a designada cumplicidade psíquica na área afetiva o denominador comum de toda a cumplicidade, onde se verifica um efeito de foro psíquico sobre o autor¹⁹⁶. Já as conhecidas cumplicidades física e intelectual são tidas enquanto sinais visíveis do ponto de vista externo de uma cumplicidade dolosa e psíquica na área afetiva do autor, como tal também não devem ser ignoradas no âmbito da teoria da autora¹⁹⁷.

¹⁹⁵ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 66 e ss.

¹⁹⁶ TRAPPE, Grace Marie Luise Schild (1995) – *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie uber Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*. Bern: Stämpfl Verlag, p. 96.

¹⁹⁷ TRAPPE, Grase Schild (1995), *op. cit.*, p. 97.

Segundo a penalista a cumplicidade acaba por se refletir numa interferência de foro psíquico doloso, no plano emocional de um (futuro) criminoso, o qual já tomou a decisão de praticar determinado ilícito criminal, contudo ainda não o executou¹⁹⁸.

Defende ter de existir um efeito psíquico doloso sobre o objeto causal, o autor material do crime, a ausência de tal característica impede a existência de cumplicidade. A autora invoca o artigo 25.º do CP suíço.

Além do efeito psíquico exercido sobre o autor material é também preciso que exista consciência por parte deste, da solidarização por parte do cúmplice através da sua contribuição, tendo o autor que aceitar essa solidarização¹⁹⁹.

Neste último ponto a autora suíça aproxima-se do entendimento de Heribert Schumann, ao considerar que o fundamento para a conseqüente punição do cúmplice se reflete na presença de uma solidarização do mesmo com o autor. Como tal, o autor deve ter o conhecimento da contribuição prestada pelo participante, o que faz com que só a existência do conhecimento do auxílio prestado pelo participante gere cumplicidade punível, demonstrando assim a sua solidarização.

Do indicado será igualmente de retirar que somente a verificação de dolo direto permite a respetiva punibilidade a título de cumplicidade na teoria de Schild Trappe, pois o conhecimento do autor e, conseqüente motivação do mesmo somente é possível nesta modalidade de dolo, não podendo a mera tolerância da conduta de um terceiro representar uma situação de cumplicidade, só a solidarização devidamente aceite pelo autor material permite tal punição a título de participação.

No âmbito das condutas quotidianas, o raciocínio da tese da cumplicidade da penalista aplica-se evidenciando uma insusceptibilidade de punição a título de cumplicidade daquele que pratica um negócio usual da atividade profissional. Tal sucede, por um lado, dado que os contributos prestados em âmbito profissional ou negocial correspondem a contributos físicos ou intelectuais e não a um efeito psíquico sobre o autor, assim como a solidarização não é verificável, gerando a aceitação do contrário uma *contradictio in adjecto*²⁰⁰.

¹⁹⁸ TRAPPE, Grase Schild (1995), *op. cit.*, p. 96.

¹⁹⁹ TRAPPE, Grase Schild (1995), *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁰ TRAPPE, Grase Schild (1995), *op. cit.*, p. 187.

São apresentadas críticas à teoria de Schild Trappe.

A circunstância de em momento algum a autora suíça fazer considerações referentes ao Estado de Direito na sua fundamentação, baseando-se apenas em argumentos de autoridade, é de questionar. Tal como o haver um descompasso entre a fundamentação e as considerações garantistas, onde o perigo que o cúmplice cria para o bem jurídico é relevado a um segundo plano, importando muito mais a manifestação de uma determina disposição de ânimo e o facto de que o autor principal o conheça. O que faz com que a razão deste dado subjetivo do autor material decidir sobre a punibilidade, não seja fundamentada de forma convincente, aliás, não o pode ser no direito penal de um Estado de Direito, como tal não pode resolver o problema das condutas neutras²⁰¹.

4.3.4. OUTRAS CONCEÇÕES

Entre as formulações doutrinárias expressas em relação às condutas valorativamente neutras, além da frequente distinção feita face às perspetivas objetivas, perspetivas subjetivas e perspetivas ditas híbridas, encontram-se outras, que embora representem uma minoria, incumbe-nos, a uma parte destas, fazer sucinta referência, pois apresentam outros caminhos de potencial solução. Caminhos esses que não devem ser ignorados e apresentam uma contribuição à busca da resolução do objeto do nosso estudo.

4.3.4.1. FRANCISCO AGUILAR

O autor português apresenta a sua teoria da percepção intersubjetiva da antinormatividade da conduta, cujo requisito a atender é a reconhecibilidade intersubjetiva da perigosidade antinormativa da conduta.

A seu ver, deve existir uma autonomização do primeiro patamar da teoria da imputação objetiva, teoria do risco e, por esse motivo, apresenta a sua teoria do comportamento violador da norma de conduta penal moralmente fundada.

Esta teoria representa uma forma de transição, no plano da conduta, de um direito penal do facto causal, naturalístico, para um direito penal do facto violador da norma de conduta, apelando a comportamentos materialmente violadores desta.

²⁰¹ GRECO, Luís (2004), *op. cit.*, p. 72.

A teoria do comportamento violador da norma de conduta penal, liga-se à questão de imputar o facto à conduta do agente, de imputar o facto à própria conduta típica. O que está em causa é saber se a conduta em análise pode ser considerada como violadora da norma de conduta penal. Por outras palavras, saber se a conduta, no exato momento em que a mesma é praticada, tem a potencialidade ofensiva do tipo de evento previsto na lei como resultado típico. Se uma determinada conduta foi efetivamente, no momento da sua prática, antinormativa, se foi violadora da norma de conduta penal moralmente fundada. – v.g. se a conduta x foi ou não um ato de “matar”.

Tudo isto implica o recuo ao momento em que a dita norma conseguiu nascer e, prospectivamente, projetar-se enquanto tal. Desta forma, Francisco Aguilar defende que deve haver uma rejeição de uma aferição da conduta típica, ainda ditada pelo casualismo naturalístico. O que implica um afastamento do direito penal do facto causal.

Para se saber se se está face a uma conduta materialmente antinormativa, sustenta o penalista, que é necessário aferir o seu carácter antinormativo. E, para isso, tem de se ter em conta que, quem criar ou aumentar um risco jurídico penalmente relevante para o bem jurídico, pratica a conduta que a lei proíbe, ofende o bem jurídico, potencia a causalidade de um determinado tipo de evento (que a intencionalidade expressa pelo texto da norma visa proibir), havendo o apuramento do desvalor da ação²⁰².

Como requisitos indispensáveis à identificação da conduta antinormativa, o autor português indica a aferição *ex ante* e o resultado típico. O que faz com que a teoria defendida pelo autor português se baseie numa aferição *ex ante* e, por a referência de previsão dever ser a do tipo de resultado normativamente indesejado.

A teoria do comportamento violador da norma de conduta moralmente fundada, vem substituir o recurso ao critério do homem médio, do homem prudente estatístico, pelo homem inteligente de carne e osso, a respeito do aumento do risco jurídico-penalmente relevante²⁰³. Surge, então, a teoria da perceção intersubjetiva da perigosidade da conduta, como critério de identificação do risco jurídico-penalmente relevante, indispensável à aferição da norma de conduta no caso, pressuposta pela teoria do comportamento anteriormente violador da norma de conduta²⁰⁴. Onde, é o tipo

²⁰² AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 860.

²⁰³ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 861.

²⁰⁴ O homem inteligente moralmente orientado e construído em mimetização do ser humano, ou seja, do homem de carne e osso, do homem inteligente de carne e osso do sector de atividade do agente ou mesmo do próprio agente. O critério não deve ser o do homem prudente porque os destinatários da norma de

intersubjetivo o único axiologicamente apto para efeitos de aferição materialmente significativa, de um desvalor do comportamento de um (também intersubjetivo) ilícito, no plano da violação de uma norma de determinação necessariamente não dissociada de uma correspondente norma de valoração²⁰⁵.

Em suma, Francisco Aguilar sustenta que o crivo nomológico que deve ser seguido é o da perceção intersubjetiva da perigosidade da conduta, o do risco intersubjetivamente atendível para o bem jurídico, pelo ideal homem inteligente moralmente orientado, pensado a partir do homem de verdade, do homem de carne e osso.

Já quanto ao grau de aumento do risco juridicamente relevante necessário para a perceção intersubjetiva da perigosidade da conduta, quanto ao grau de possibilidade que o risco intersubjetivo deve revelar, para que se possa efetivamente falar num risco juridicamente relevante por intersubjetivamente intuitivamente proporcionado, deve ter-se em conta o carácter possível ou pouco possível do risco para o bem jurídico, que despertará para o significado moral da conduta em causa.

Para se verificar se o risco é possível ou pouco possível, tal dependerá de saber se há elementos suficientes que permitam afirmar um risco intersubjetivamente relevante por verificável, ou seja, que permitam a perceção intersubjetiva do perigo para o bem jurídico, pelo homem inteligente moral, como atributo definidor da conduta em análise²⁰⁶.

De destacar é que está em causa um direito penal do comportamento violador da norma de conduta, como direito penal do comportamento materialmente violador da norma de conduta. No fundo, um direito penal que se preocupa com a primazia da violação material da norma de conduta, de onde resulta a impunidade do agente que mesmo

conduta penal são precisamente membros da comunidade humana, são pessoas de carne e osso. E, as pessoas de carne e osso não orientam a conformidade das suas condutas em função de estatísticas reveladoras de riscos diminutos, muito menos de risco mínimos. A generalidade das pessoas de carne e osso sempre desconhecem os dados estatísticos quanto aos riscos inerentes à maioria das condutas. AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 863 e ss.

²⁰⁵ Nas palavras de Francisco Aguilar: “[...] O recurso à avaliação estatística do risco não pode ser no Direito Penal atendível, porque o crivo de aferição do carácter antinormativo da conduta não deve ser outra coisa senão, verdadeira e axiologicamente, intersubjetivo, termos em que “juridicamente relevante” não deve continuar a ser sinónimo de naturalisticamente relevante: daí o não se poder aceitar o crivo do homem prudente ou mais inteligente “estatístico” da teoria da causalidade adequada importada pela teoria da imputação objetiva. [...] Por isso, no domínio da conduta, não deverá mais falar-se em tipo objetivo, que destarte deverá ser reservado para a categoria, a avaliar a jusante, da causalidade/imputação objetiva, mas antes em tipo intersubjetivo – o único axiologicamente apto para efeitos de aferição materialmente significativa de um desvalor do comportamento de um (também intersubjetivo) ilícito no plano da violação de uma norma de determinação necessariamente não dissociada de uma correspondente norma de valoração [...]” AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 865.

²⁰⁶ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 871 e ss.

desrespeitando formalmente a norma de conduta a observa materialmente. Em contrapartida, há a punição daquele que demanda o desrespeito material da norma através de um seu “cumprimento” formal²⁰⁷.

Quanto aos conhecimentos especiais do agente, entende o penalista que os mesmos condicionam a resposta quanto ao caráter antinormativo da conduta, condicionam a tipicidade intersubjetiva desta. Os mesmos desempenham um papel que poderá revelar-se como determinante no juízo de aferição da relevância jurídica do risco para o bem jurídico. Os conhecimentos especiais sobre a factualidade integram o próprio juízo do tipo intersubjetivo, tendo em conta o caráter incindível do real constituinte do pedaço de vida em juízo²⁰⁸.

A teoria apresentada é aplicável quer na autoria quer na participação.

Quanto à cumplicidade os mesmos critérios são aplicáveis, o que se pretende saber é, se a adoção de determinado comportamento tem o significado de aumentar o perigo (indireto) para o bem jurídico. Se o comportamento do agente é intersubjetivamente, por recurso ao crivo moldado sobre o homem de carne e osso moralmente orientado, tido como perigoso para o bem jurídico, se aumenta o perigo para o bem jurídico²⁰⁹.

A percepção intersubjetiva do comportamento contextualizado do cúmplice como aumento do perigo para o bem jurídico, decompõe-se na percepção intersubjetiva, quanto à respetiva interação social, da possibilidade, do comportamento violador da norma de conduta do autor material integrador do contributo. E, na percepção intersubjetiva do possível significado do próprio comportamento, no seu contexto, como auxílio ao comportamento violador da norma de conduta do autor material.

Concretizando, é preciso que ao tempo do comportamento do cúmplice fosse reconhecido como atendivelmente possível pelo homem inteligente moralmente

²⁰⁷ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 873 e ss.

²⁰⁸ Refere o autor que: “Da nossa posição resulta também, e por maioria de razão, a rejeição de um entendimento compartimentado da análise dos elementos intersubjetivos do facto apenas no tipo intersubjetivo e dos elementos subjetivos do facto apenas do tipo subjetivo. O real [...] é complexo na sua unidade de sentido não devendo ser retalhado, sob pena de, com isso, se impossibilitar a aferição dos juízos antinormativos próprios da aferição da violação da norma de conduta. [...] Assim, os conhecimentos especiais poderão e deverão ser tidos em conta como matéria subjetiva – no caso dos conhecimentos do agente – constitutiva do real no juízo de aferição do tipo intersubjetivo: apenas a leitura que aqui deverá ser feita dos mesmos é que deverá ser intersubjetiva, nos termos da teoria da percepção da perigosidade da conduta aqui defendida, podendo a mesma acabar por ditar a sua irrelevância. É o que deverá suceder nos casos em que os conhecimentos especiais resultem de uma aferição idiosincrática não intersubjetivável do pedaço de vida.” AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, pp. 880 e 881.

²⁰⁹ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 919.

orientado, o dito comportamento do autor material incorporador do contributo do homem de trás. Além disso, deve haver um aumento funcionalmente conexo com a realização do facto principal. Isto é, é preciso saber se o contributo físico ou intelectual conformador do facto principal apresenta, dada a natureza relacional da cumplicidade e da correspondente dependência típica estrutural de cada tipo de cumplicidade e, da correspondente dependência típica estrutural de cada tipo de cumplicidade relativamente ao tipo de autoria correspondente, uma conexão funcional com o específico crime de autoria que esteja em causa (teoria da conexão contextualizadamente funcional ou específica do contributo do cúmplice com a conduta criminosa do autor)²¹⁰.

No campo dos comportamentos neutros, o autor português menciona que se trata de aferir a antinormatividade de comportamentos que surjam por si como descontextualizadamente insuspeitos. Nas situações de condutas quotidianas, designadamente mediante a venda de um bem ou prestação de um serviço, não existe, face ao juízo do homem inteligente moralmente orientado, um risco atendível como possível de o homem de trás realizar com esse contributo um facto criminoso. – v.g. a resposta do homem inteligente do setor de atividade do comum padeiro ou vendedor de produtos de cozinha, não preverá atendivelmente possível a prática de um homicídio pelo cliente, com o pão ou faca de cozinha que lhe é vendido. No máximo, pode prever-se um risco como muito pouco possível. A conduta praticada pelo agente não é intersubjetivamente percebida como uma ação de auxílio a um homicídio alheio, ainda que se venha a verificar com a incorporação do dito objeto (v.g. o pão ou a faca de cozinha)²¹¹.

Para haver cumplicidade o contexto do caso constitui a marca da sua correspondente significação intersubjetiva. O contexto é o que permite saber que o sentido do caso e a própria norma do caso, surgem como expressão da materialidade significativa do mesmo e, a este subjacente, mediante a relevância que permite atribuir quanto à presença de um risco percebido pelo homem de carne e osso orientado, aos pormenores relevantes da concretude material da situação de vida do caso. Deve haver elementos de apoio concretos que apontem para o sentido criminoso da utilização

²¹⁰ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 920.

²¹¹ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 921 e ss.

criminosa do objeto, serviço ou informação prestados. É isto que permite a revelação da significação material, para se concluir pela responsabilidade criminal.

Os elementos de apoio concretos que apontam para o sentido criminoso da utilização criminosa do objeto devem ser elementos intersubjetivamente percebidos. Pois, os elementos intersubjetivos, tem como sentido útil indicar a realidade que envolve a conduta do agente, através do crivo intersubjetivo próprio da doutrina da teoria da conduta antinormativa. A sua importância localiza-se na própria teoria do comportamento violador da conduta como materialmente concreta ontologicamente enriquecedora do seu juízo. Estes elementos são determinantes na percepção pelo homem de carne e osso, orientado da utilização criminosa pelo homem da frente, do bem ou serviço prestado. Para esta contextualização do facto concreto os conhecimentos especiais do agente encontram-se incluídos²¹². Como elementos intersubjetivos, Francisco Aguilar identifica elementos como: a proximidade ao facto ou a adaptação do contributo às necessidades criminosas do agente. Os quais constituem indícios de reconhecibilidade da incorporação do contributo prestado no comportamento criminoso do autor material.

A percepção intersubjetiva é contextualizadora do aumento do risco como aumento funcionalmente conexo da ação ilícita de autoria. Onde o comportamento apenas possui o significado intersubjetivo de auxílio a dado comportamento criminalmente ilícito de autoria e, surge a norma de conduta de cumplicidade no caso e, com esta, o substrato material de legitimidade da intervenção do direito penal.

A teoria da intersubjetividade do perigo para o bem jurídico determina o fim do aumento do risco para o bem jurídico nos casos de cumplicidade mediante condutas neutras, gerando o fim do primeiro patamar da imputação objetiva, teoria do risco, nos termos da axiologicamente autonomizada teoria do comportamento antinormativo.

Os vendedores de bens ou prestadores de serviços, elementares ou complexos, na vida em sociedade não tem razão para recear a prática da sua comum atividade comercial, pois efetivamente com ela não se cria uma socialmente percebida potencialidade lesiva do bem jurídico, tal como o risco de ostracização social do delinquente ou potencial futuro criminoso. Há a superação de uma sociedade de desconfiança sobre o

²¹² AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 924 e ss.

auxílio ao ilícito alheio nos comportamentos neutros, gerando o fim do pretexto para o direito penal das soluções de privilégio²¹³.

Apenas há punição nos casos em que o contexto envolvente da conduta permita perceber intersubjetivamente o comportamento criminoso do homem da frente incorporador do contributo conformador do homem de trás, como atendivelmente possível, bem como o significado da primeira conduta como auxílio a esta última. Isto é, como funcionalmente conexa à conduta do autor material.

Mediante a construção de Francisco Aguilar, o pretexto da ameaça à liberdade geral da ação resultante do dogma do aumento do risco na cumplicidade por atos neutros desaparece. As condutas neutras não beneficiam de soluções de privilégio que as isentem seja a título de permissão do risco ou a título de justificação.

Sempre que o perigo seja intersubjetivamente percebido no contexto da ação, há a violação da norma de conduta (em nome da significação material subjacente ao caso) e, conseqüentemente, o caráter típico do comportamento que esta implicará.

É o princípio da igualdade que pressupõe que para casos substancialmente diferentes em função do seu diverso significado subjacente decorrente de díspar contexto, deverão corresponder respostas também estas diferentes²¹⁴.

4.3.4.2. JOSÉ TAVARES LOBATO

José Tavares Lobato entende que a questão dos comportamentos quotidianos deve ser desenvolvida tendo em consideração que não existem direitos absolutos. Não há direitos absolutos, pois os direitos veem-se restringidos face ao seu conteúdo e limitados quanto ao respetivo exercício.

Recorrendo ao direito civil, o autor brasileiro procura demonstrar a inexistência de direitos com tal característica, com base no instituto do abuso de direito. Instituto segundo o qual, o titular do direito que excede o limite do seu exercício regular age sem direito ou na configuração de *animus nocendi*, quando o exercício do direito for inspirado na intenção de causar mal a outrem. Lembra que os direitos devem ser utilizados tendo em conta o respeito pela esfera jurídica alheia, não pode o sujeito utilizar o seu

²¹³ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 936 e ss.

²¹⁴ AGUILAR, Francisco (2014), *op. cit.*, p. 937 e ss.

direito para causar prejuízo a outrem. Assim, evidencia que o mesmo instituto deve ser imperativo no núcleo das condutas valorativamente neutras²¹⁵.

Atendendo a Cunha de Sá expressa, que a essência do abuso de direito encontra-se na violação material do fundamento axiológico de determinado direito, com o preenchimento da estrutura formal dessa mesma posição ativa. O abuso retira a concretização material da forma do direito, de maneira que o valor imanente ao mesmo passa a não significar nada juridicamente naquele caso concreto. Neste ponto, José Tavares Lobato relembra o seu entendimento segundo o qual, os termos concretos do comportamento do sujeito só aparentemente constituem exercício do direito²¹⁶.

O penalista salvaguarda a circunstância de ser contra argumentado que o apelo a um instituto civil no âmbito criminal não deve ocorrer, salientando que a ciência penal já utiliza o abuso de direito na solução, principalmente, de problemas relacionados com a ilicitude, assim como se encontra assente em determinados ordenamentos jurídicos (artigo 187.º do CC brasileiro e artigo 334.º do CC português)²¹⁷.

No que concerne às condutas valorativamente neutras, para este, o erro principal reside no recurso ao direito constitucional ao trabalho que tem lubrificado muitos, quando a ideia de neutralidade ou quotidianidade da conduta é somente uma capa.

Sustenta o autor que, pretender que alguém que exerce uma profissão considerada lícita, mas que de forma consciente exerce um abuso em concreto do seu direito constitucional ao trabalho, venha a ser criminalmente punido por prestar uma contribuição a um crime alheio, não deve ser questionável, pois o recurso ao mesmo não é suscetível por si de sustentar qualquer impunidade.

Como sustento da sua argumentação face à inaptidão do direito constitucional ao trabalho de se revelar suficiente para uma não punição penal, faz uso do exemplo do direito constitucional de propriedade.

²¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares (2014), *op. cit.*, p. 140 e ss.

²¹⁶ Menciona Tavares Lobato: “[...] Não é que o exercício do direito - feito com toda a regularidade - não constitua razão de um mal a outrem, mas ocorre que, às vezes, e com frequência, esse constitui a referida razão. O simples facto de o direito ser exercido dentro de seus limites não significa pura e simplesmente que o seu exercício seja lícito, uma vez que o direito subjetivo está submetido aos deveres jurídicos. O exercício de um direito só pode ter lugar se forem levados em consideração os interesses das pessoas envolvidas e sua função social, ou seja, é deste balanceamento que se desenvolve a proibição do abuso de direito.” LOBATO, José Danilo Tavares (2014), *op. cit.*, p. 141.

²¹⁷ LOBATO, José Danilo Tavares (2014), *op. cit.*, p. 141.

O autor demonstra que o uso do direito constitucional ao trabalho como critério de impunibilidade gera um falsear da aplicação das regras inerentes à participação criminosa. Para tal, recorre ao direito constitucional de propriedade que, igualmente constitucional, não causa qualquer falseamento das normas penais.

Evidencia que não há quem levante questões sobre a punibilidade do cidadão que voluntária e conscientemente atende ao pedido do seu vizinho de lhe emprestar uma faca de pão necessária para a conclusão de um homicídio, quando poderia ser até questionável se o ato de emprestar a faca do pão ao vizinho não poderia ser considerada uma conduta neutra, na medida em que encontra amparo no direito constitucional de propriedade, visto que entre os poderes do titular do direito de propriedade encontra-se o poder de dispor da coisa. Assim, apresenta uma crítica a quem defende um amparo de uma contribuição profissional, sustentando a sua argumentação no direito constitucional ao trabalho, recorre a este outro direito também ele constitucional, com o objetivo de demonstrar que tal tese não deve ser aplicável, pois não há direitos absolutos. Todos os direitos se encontram sujeitos a limites de conteúdo e de exercício, até os constitucionalmente previstos.

No exemplo do vizinho que empresta a faca a outro vizinho que com esta praticará um crime, o uso da faca está sujeito a limites, a sua aplicação deve ter em conta a prática de fins lícitos, as limitações impostas pelo interesse público e pela coexistência do direito de propriedade de outrem²¹⁸. Realça que a ideia de que o direito constitucional ao trabalho constitui um obstáculo à formação do tipo objetivo dos comportamentos neutros é equivocada, o direito constitucional ao trabalho, embora constitucional, está sujeito a limitações de conteúdo e de exercício. O direito constitucional ao trabalho só pode ver-se exercido dentro dos limites impostos pelos fins económico-social, pela boa-fé e pelos bons costumes, sob pena de quem o exceder, incorrer em abuso de direito, o que revelaria o desamparo da conduta frente ao ordenamento jurídico.

O autor brasileiro critica que a defesa que existe face à impunidade das condutas neutras, se encontra igualmente ligada ao facto de só agora se ter intensificado a investigação sobre estas, o que gera fortes equívocos até ser encontrada uma potencial sólida solução para este grupo de casos.

²¹⁸ LOBATO, José Danilo Tavares (2014), *op. cit.*, p. 142.

Também salienta que a norma legalmente prevista para a cumplicidade não permite uma leitura literal de não punibilidade desse grupo de condutas, refere José Tavares Lobato (2014, p.129) “trata-se de uma norma de extensão típica destinada a justamente abranger ações, a princípio, extratípicas, mas que, por estarem inseridas dentro de um contexto de concorrência ao injusto de outrem, terminam abarcadas pelo tipo penal que, inicialmente, só recaia sobre o agente principal”. O autor entende ser inegável que a lei penal criminaliza condutas *a priori* lícitas e não tipificadas, restringindo o direito à liberdade de ação nestes casos.

Contra a tese apresentada há quem mencione que o recorrer à cláusula geral do abuso de direito não é possível, pois esta não é adequada nas hipóteses das condutas neutras, devido aos vários problemas relacionados com a legalidade penal²¹⁹.

²¹⁹ BRENER, Paula (2021), *op. cit.*, p. 89.

5. JURISPRUDÊNCIA

É criticável a ausência de desenvolvimentos jurisprudenciais a respeito dos comportamentos valorativamente neutros na maioria dos ordenamentos jurídicos.

A análise dos processos penais permite concluir que a maioria das instituições judiciais tendem a deixar de lado a análise do presente fenómeno. Note-se o caso dos tribunais espanhóis e dos tribunais portugueses que em nada afloram o problema. Contudo, noutras instâncias inicia-se um desenvolvimento já há alguns anos, daí que o suporte do nosso estudo jurisprudencial seja feito, à semelhança do doutrinário, com base no direito comparado, nomeadamente as decisões proferidas pelos tribunais alemães.

5.1. JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

Os tribunais alemães são as instâncias que mais se tem dedicado à análise dos comportamentos quotidianos²²⁰. Leia-se a afirmação constante do acórdão BGH StR 21/08, Ordem de 11 de dezembro de 2008 (Tribunal Regional de Düsseldorf), HRSS 2010 No. 784, relator Ulf Buermeyer, onde entre a evidência dos erros de direito verificados e o escrutínio jurídico que sofreu a condenação foi apontado pelo Senado, a respeito do argumento do recurso do arguido quanto à avaliação jurídica de atos neutros típicos da profissão, que a restrição da punibilidade que pode ser necessária nas hipóteses de atos neutros típicos da profissão pode ser atingida em grau suficiente, com uma interpretação adequada, de acordo com as regras tradicionais e geralmente reconhecidas para a cumplicidade²²¹.

²²⁰ A título exemplificativo: Acórdão BGH 5 StR 729/98, 20-09-1999 (LG Bremen), relator Karsten Gaede, consultado a 02-08-2022. Acórdão BGH 1 StR 132/21, 17-06-2021 (LG Rostock), relatores Christoph Henckel e Karsten Gaede, consultado a 10-08-2022. Acórdão BGH 3 StR 470/04, 21-12-2005 (LG Düsseldorf), relator Ulf Buermeyer, consultado a 28-08-2022.

²²¹ Vide Acórdão BGH StR 21/08, Ordem de 11 de dezembro de 2008 (Tribunal Regional de Düsseldorf), HRSS 2010 No.784, relator Ulf Buermeyer, consultado a 02-08-2022: “Die von der Revision vorgenommene Differenzierung zwischen Tatwerkzeugen und Bezugsobjekten [...] mit dem Ziel, der Lieferung von Farbdiamanten als “neutralen” Bezugsobjekten ihren deliktischen Sinnbezug zu nehmen, findet im Gesetz keine Stütze. Die bei berufstypischen neutralen Handlungen gegebenenfalls erforderliche Beschränkung der Strafbarkeit lässt sich bei sachgerechter Auslegung nach den herkömmlichen und allgemein anerkannten Regeln über die objektive Zurechnung oder den Gehilfenvorsatz in ausreichendem Maße erreichen.”

“A diferenciação feita pela revisão entre instrumentos e objetos de referência (...) com o objetivo de privar a entrega de diamantes coloridos como objetos “neutros” de referência do seu significado tortuoso, não encontra apoio na lei. A restrição da punibilidade que pode ser necessária no caso de atos neutros típicos da profissão pode ser atingida em grau suficiente com uma interpretação adequada de acordo com as regras tradicionais e geralmente reconhecidas sobre a atribuição de objetivos ou sobre a cumplicidade e a intenção de cumplicidade.” (Tradução nossa).

Embora a problemática, objeto do nosso estudo, ocupe pouco lugar de destaque nos tribunais em geral, salvo raras exceções como é o caso da referida jurisprudência alemã e mesmo suíça, a questão foi pela primeira vez abordada, pelo menos que haja registo, pelos tribunais alemães em 1985. Onde, o BGH decretou que os comportamentos levados a cabo pelos funcionários de uma sociedade que se refletiam em colaboração para com as práticas ilícitas dos dirigentes, que preenchiam o tipo legal de evasão fiscal, mesmo que praticadas no núcleo do exercício de uma dada profissão deveriam ser aceites como condutas praticadas não a título neutro, mas a título de cumplicidade.

No tópico seguinte partimos para a análise de um caso em concreto que foi decidido pelo BGH, de 1 de agosto de 2000, a fim de compreendermos através da análise do mesmo, aquele que é o usual entendimento dos tribunais alemães quando está em causa uma situação em que o sujeito pratica um comportamento quotidiano.

De seguida serão feitas referências ligeiramente mais abreviadas a outros casos, que também passaram pelos tribunais alemães onde a questão foi discutida.

5.1.1. ACÓRDÃO BGH DE 1 DE AGOSTO DE 2000

A questão jurídica é inerente à distinção entre condutas valorativamente neutras e condutas praticadas a título de cumplicidade.

Procurámos deixar de lado outras questões que hipoteticamente possam ser suscitadas a partir da análise jurisprudencial que será efetuada face ao caso por nós selecionado. Com base na observação de um acórdão proferido pelo BGH, a nossa análise debruçar-se-á, em primeira linha, face ao acórdão de 1 de agosto de 2000, processo 5 StR 624/99, relator Karsten Gaede²²².

Quanto à factualidade do caso: o arguido (funcionário bancário) foi empregado como funcionário da *Sparkasse W.* no seu departamento de valores mobiliários ocupando o cargo de responsável pelo aconselhamento sobre investimentos estrangeiros; no final de 1992, início de 1993, o arguido ajudou clientes da *Sparkasse W.* em cinco casos, a pedido destes, com a transferência anónima de capitais para o Luxemburgo e Suíça; os clientes tinham abordado o arguido no outono de 1992, no âmbito da promulgação da lei de dedução de juros; a lei de dedução de juros previa um pagamento antecipado do

²²² Vide Acórdão BGH 5 624/96, 01-08-2000 (LG Wuppertal), relator Karsten Gaede, consultado a 17-08-2022.

imposto sob a forma de dedução de juros sobre os rendimentos de investimento a partir de 1 de janeiro de 1993; os clientes pretendiam transferir anonimamente o capital investido para o estrangeiro; no passado os clientes não declararam os seus rendimentos de juros à Administração Fiscal; para os clientes era importante que os seus ativos fossem transferidos para o estrangeiro de forma a que as autoridades fiscais não pudessem tirar conclusões sobre os investimentos existentes e os rendimentos de juros gerados pelos mesmos; o arguido tentou inicialmente, sem sucesso, mudar a opinião dos clientes e persuadi-los a deixar o seu dinheiro com a *Sparkasse W.*; o arguido acabou por cumprir o pedido em todos os casos; o arguido recorreu a um véu já existente; as caixas económicas, ao contrário dos grandes bancos, não tinham quaisquer filiais no estrangeiro; o arguido voltou ao sistema anónimo de transferência de capital da *W.LB* (a sócia da associação das caixas económicas da Renância do Norte-Vestefália) e geriu a transferência de fundos dos clientes para novas contas a criar na *W.-LB* Suíça e na *W.-LB* Luxemburgo; havia a possibilidade de uma transferência direta das contas dos clientes para a conta coletiva do respetivo banco estrangeiro ou diretamente para as novas contas dos clientes no estrangeiro; o arguido não fez uso disso de forma a garantir o anonimato dos clientes durante o processo de transferência; de acordo com o sistema de ocultação já existente, o arguido dividiu a transferência dos fundos dos clientes em duas transações comerciais independentes, nomeadamente dois pagamentos em dinheiro; o arguido pagou imediatamente de volta para a conta coletiva do banco estrangeiro por meio de um título de crédito; as transações foram contabilizadas como pagamentos em dinheiro; quando o dinheiro foi depositado na conta coletiva da instituição bancária no estrangeiro, a transferência de fundos foi ainda mais escondida; embora houvesse um campo para o nome do depositante no recibo de depósito, o arguido apenas anotou uma palavra de código ou uma referência ou número de conta do banco estrangeiro para alocar o montante aos respetivos clientes mais tarde; todos os documentos, incluindo os pedidos de abertura de conta, que o arguido manteve em inventário, foram pelo último preenchidos para os clientes e submetidos para assinatura; as partes envolvidas assumiram que este sistema de ocultação era “seguro” e que mesmo a investigação fiscal não podia determinar a pessoa do respetivo depositante; o arguido estava ciente de que, ao tomar a transferência de dinheiro anónima, o risco de deteção para a ocultação dos rendimentos do investimento deveria ser grandemente reduzido; os clientes ainda não tinham declarado expressamente a sua intenção; o arguido com base nas conversações de aconselhamento realizadas com os respetivos clientes, entendeu que eles não

queriam pagar impostos sobre os seus rendimentos de juros provenientes dos investimentos estrangeiros e que, portanto, deveria ajudá-los com a transferência “sem vestígios”; se fossem levantadas questões fiscais, o arguido apontava a taxabilidade dos rendimentos de juros; o arguido ajudou clientes bancários que não queriam pagar imposto sobre as suas mais-valias transferindo anonimamente uma soma total monetária de DM 2336422 para o exterior, em relação à qual os clientes do banco evadiram um total de DM 116404 em imposto de renda nos anos de 1993 e 1995.

O Supremo Tribunal Federal condenou o funcionário bancário como cúmplice do crime de evasão fiscal, por auxílio na transferência anónima de capitais para o exterior.

Sucedeu que, com base no legalmente estipulado quanto à cumplicidade, StBG §27, o envolvimento de um dado funcionário bancário em determinada transferência de capital para o exterior, em benefício de clientes do banco que tenham transferido o seu capital para o estrangeiro, nem sempre constitui uma violação legal. E, perante esta questão, o BGH procurou socorrer-se a princípios geralmente aplicáveis a atos "neutros" típicos da profissão, nos casos de crime de fraude, uma vez que não havia tomado qualquer posição a respeito do auxílio e cumplicidade quanto aos crimes de evasão fiscal.

Nestes moldes, o tribunal identificou para o caso concreto que: se os atos do autor material visam exclusivamente cometer um ato punível, se a parte que auxilia souber disso, tiver conhecimento, a sua contribuição para a ofensa deve ser tida como auxílio e cumplicidade. Dado que, a sua ação perde o "caráter quotidiano", devendo ser antes considerada como "solidarização" com o executor. Por sua vez, se a pessoa que presta auxílio não souber como a contribuição por si feita será utilizada pelo autor material, se apenas considerar possível que a sua conduta seja utilizada para a comissão de um crime, a sua ação ainda não deve, em regra, ser julgada como um ato criminoso de auxílio, salvo se o risco da conduta criminosa por parte da pessoa assistida, executor, tal como reconhecida por este, seja tão elevado que pela sua assistência "ele faz questão de promover um executor que estava reconhecivelmente inclinado a cometer um crime". É de notar que no núcleo deste entendimento está a perspetiva roxiniana a respeito da temática.

A instância superior considerou que estes mesmos elementos, referentes ao caso de fraude, deveriam ser aplicados ao crime de evasão fiscal e à correspondente conduta profissional do funcionário da instituição bancária. O tribunal também evidenciou a impossibilidade de qualquer impunidade geral de atos "neutros" (ou "típicos de

profissão"), visto que nem as ações quotidianas nem as ações típicas da profissão são neutras em todas as hipóteses. Assim, foi deliberada a responsabilidade criminal do funcionário bancário.

Com base na jurisprudência do BGH, a conduta do arguido constituiu auxílio criminal, cumplicidade na evasão fiscal. Na fundamentação foi evidenciado, nomeadamente que: a atividade do arguido claramente foi além de uma atividade "neutra" de um funcionário bancário na transferência de ativos; que este auxiliou objetivamente os crimes dos principais executores através da sua cooperação na atividade, reduzindo grandemente o risco de não declaração dos rendimentos nas declarações fiscais, tornando a transferência de dinheiro anónima. Tendo sido entendido que as suas condutas não podem ser encaradas de modo isolado das condutas dos clientes bancários, pelo contrário, a razão da transferência anónima de capital deve ser tida em conta na avaliação da contribuição do arguido para o crime.

Porém, a questão principal seria a de identificar se o funcionário bancário ao fazer as ditas transferência anónimas de capital sabia, tinha conhecimento, que os clientes do banco estavam a atuar com a intenção de não declarar ao fisco os rendimentos ainda a serem obtidos dos fundos de investimento a serem transferidos ou se, em contrapartida, o funcionário bancário considerava isso como algo provável (suspeita, mera dúvida).

Sucedo que, na medida em que os clientes bancários ainda não tinham informado expressamente o arguido da sua intenção de não declarar os rendimentos de juros do investimento estrangeiro no futuro, o arguido contou com o facto de ainda não o terem declarado. De qualquer forma, o arguido que era bem versado em assuntos fiscais, acreditava que essa era a intenção dos clientes e que, como tal, deveria ajudar com a transferência "sem vestígios". O arguido que também, em princípio, podia imaginar outras razões para uma transferência anónima, o motivo mais óbvio era a evasão fiscal pretendida, mesmo que em alguns casos este não conhecesse com certeza os verdadeiros objetivos dos clientes (e mesmo não tendo obtido qualquer vantagem pessoal com o auxílio) o arguido permitiu o auxílio aos clientes da instituição bancária com propensão para o crime de evasão fiscal, "mostrou-se solidário" com os executores (o que se clarifica ainda mais mediante o contexto da ligação temporal das transferências de capital com a introdução de uma dedução de juros sobre as mais-valias noutro país, o que conduz consideravelmente à possibilidade de evasão fiscal sobre as mais-valias internas).

O BGH referiu que o arguido não se limitou a transferir as somas de dinheiros dos clientes do banco para o exterior, por outras palavras, para contas coletivas de instituições bancárias estrangeiras, mas, sim, promoveu o objeto de evasão dos clientes bancários tornando a rastreabilidade da transferência de capital para o cliente do banco consideravelmente mais difícil (usando um sistema de ocultação sempre constante). O que foi feito através da divisão do que era em si uma transação de transferência uniforme (que podia ser realizada mediante uma só transferência) em duas transações monetárias em separado, sem qualquer outro motivo, apenas para poder realizar a transferência real de forma anónima.

Não esquecendo que o arguido, como serviço especial, não se limitou a criar contas em bancos estrangeiros, mas também, com o intuito de proteção do anonimato dos clientes bancários, existiu um número de referências do banco estrangeiro nos talões de depósito (em prol da indicação pretendida do nome do cliente) que este teve de pedir primeiramente no banco estrangeiro.

O BGH concluiu a sua fundamentação indicando que o funcionário bancário adaptou a sua conduta profissional ao objetivo criminoso dos clientes do banco, que o próprio assumiu por utilização de um sistema de ocultação existente.

O tribunal fez questão de mencionar ser irrelevante para a responsabilidade do arguido que os executores já tivessem decidido de antemão sobre a transferência anónima para o estrangeiro ou até que pudessem procurar outro funcionário bancário ou banco para a transferência de capital anónima caso o arguido não estivesse na disposição de o fazer ou mesmo se tivessem transferido eles próprios o dinheiro para o estrangeiro. Foi entendido que tal em nada mudaria a promoção objetiva concreta do facto principal pelo arguido.

Não foi aceite, como afirmado no recurso da sentença do tribunal inferior, que a conduta do arguido constituiu apenas um caso de ajuda psicológica de cumplicidade.

Assim, como a circunstância de os atos de cumplicidade praticados terem sido anteriores às respetivas infrações principais, não elimina a efetiva prossecução das mesmas pela conduta do arguido, sendo suficiente que o que auxilia promova a ofensa principal na fase preparatória, desde que o ato de participação pressuponha vontade e consciência de promoção da ofensa principal.

5.1.2. OUTRAS REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO ALEMÃO

Numa linha de apresentação ligeiramente mais leve e menos pormenorizada passamos à identificação de outros casos decididos também pela instância superior alemã. Esta evidência de decisões constitui um considerável contributo e surgiu como impulso a outras instâncias de outros ordenamentos jurídicos.

5.1.2.1. ACÓRDÃO BGH DE 15 DE MARÇO DE 2005

A decisão de 15 de março de 2005 (LG Hamburgo), do BGH, processo HRRS 2005 No.354, relator Karsten Gaede, indeferiu o recurso do arguido face à sentença proferida pelo Tribunal Regional de Hamburgo de 2004²²³. Porém, alterou o veredito para que o arguido no presente caso fosse condenado por duas acusações de cumplicidade e evasão fiscal.

O Tribunal Regional condenou o arguido por auxílio ao crime básico de contrabando, tendo o arguido recorrido. Segundo as conclusões apresentadas, o arguido era sócio-gerente de uma sociedade de responsabilidade limitada que, entre os vários atos que desencadeava, alugava um espaço de armazenamento de contentores perto da zona do porto franco de Hamburgo. A troca da promessa de lhe ser atribuído cerca do dobro da remuneração usual que auferia, este participou em dois processos, em nome de membros de uma quadrilha que se dedicava ao contrabando, no manuseio do transporte de um contentor do porto franco para as instalações da empresa. Os contentores possuíam tabaco não tributado e não pago que foi contrabandeado para fora do porto. Esta ação resultou em aglomerados danos fiscais.

Posto isto, o Tribunal Regional não ficou convencido que o arguido tinha conhecimento do conteúdo real dos contentores, contudo foi evidenciado que o arguido “esperava à partida a possibilidade de existirem cigarros nos contentores”. O veredito pressupôs que o arguido “adivinhou”.

Nos termos da sentença, o juiz negou expressamente que o arguido fosse membro de uma quadrilha, não foi feita qualquer menção a respeito das atividades comerciais do arguido ou de outras contribuições que fossem para lá das suas atividades comerciais

²²³ Vide Acórdão BGH 5 StR 592/04, 15-03-2005 (LG Hamburg), relator Karsten Gaede, consultado a 02-09-2022.

usuais. Foi entendido que o comportamento deste era considerado auxílio ao crime básico de contrabando.

Face a tal, o arguido recorreu, sem sucesso, tendo o BGH alterado o veredito, na medida em que a condenação de assistência no crime básico de contrabando foi dada por legalmente incorreta. Não houve “ato básico de contrabando”, uma vez que a seção 373AO só se aplica se o participante perceber as características especiais. Perante a negação expressa do Tribunal Regional de que o arguido pertencia a uma quadrilha, o BGH procedeu à alteração do veredito para auxílio e cumplicidade na evasão fiscal. Já do ponto de vista interno, subjetivo, o tribunal referiu que, no caso de comportamentos neutros típicos da profissão não se permite que a intenção de prestar auxílio seja suficiente para que quem a presta apenas reconheça a possibilidade da ação criminosa do autor principal. É necessário que o risco de um comportamento punível, reconhecido pela pessoa que presta auxílio, seja tão alto que a pessoa que auxilia se encarrega de apoiar um executor que claramente está apto a cometer um crime²²⁴.

Mediante o exposto factualmente, concluiu a entidade judicial que estariam preenchidos os requisitos para o auxílio, desde logo, pelo valor invulgar da remuneração prometida, havia uma situação que, mesmo em dúvida, o arguido havia demonstrado apoio a outrem que claramente estava inclinado à prática de um crime.

5.1.2.2. ACORDÃO BGH DE 30 DE SETEMBRO DE 2020

No BGH 3 StR 511/19, acórdão de 30 de setembro de 2020 (Tribunal Regional de Düsseldorf), Processo HRSS 2020 Nr.1352, relator Christian Becker²²⁵. Esteve em causa o recurso interposto pelo Ministério Público face ao acórdão do Tribunal Regional de Düsseldorf de 7 de junho de 2019.

Onde o arguido foi sujeito a duas acusações, a de receber bens roubados em auxílio e cumplicidade de roubo, auxílio e cumplicidade no roubo de gangues.

²²⁴ Mencionou a instância: “[...] allerdings nicht ausreichen, daß der Hilfeleistende lediglich die Möglichkeit eines strafbaren Handelns durch den Haupttäter erkennt. Vielmehr muß hinzukommen, daß das von dem Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Tuns des von ihm Unter stützten derart hoch ist, daß er sich die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein läßt.”

[...] no entanto, não basta que o assistente se limite a reconhecer a possibilidade de um acto criminoso por parte do autor principal. Pelo contrário, deve-se acrescentar que o risco de comportamento punível reconhecido pela pessoa que presta assistência é tão alto que ele se encarrega de apoiar um executor que está claramente inclinado a cometer um crime.” (Tradução nossa).

²²⁵ Vide Acórdão BGH 3 StR 511/19, 30-09-2020 (LG Düsseldorf), relator Christian Becker, consultado a 05-09-2022.

O âmbito dos acontecimentos desenrolou-se a respeito da prática de roubos de carros pelo irmão do arguido, que obtinha uma fonte de rendimento permanente mediante roubo de viaturas, arrombando-as e ordenando alguém para as afastar do local do roubo. O arguido prestou informações telefónicas, mediante pedido do irmão, sobre o local onde os veículos ficariam para serem posteriormente transportados para a Europa do Leste. E, entre outras situações posteriores, foi recebido pelo arguido um contacto telefónico do irmão para que o ajudasse a consertar o seu veículo próprio que se tinha danificado. O arguido tinha uma oficina. O irmão mencionou que danificou o veículo quando “estava a ir para o trabalho”, mas o arguido sabia o que isso significava, e face ao pedido do irmão o arguido ajudou-o a consertar o veículo, via chamada telefónica, tendo posteriormente o irmão dirigido até um local onde roubou um veículo.

Foi mencionado pelo BGH que, a cumplicidade consiste na prestação intencional de assistência a uma infração penal cometida de forma intencional por outra pessoa. Nesse sentido, corresponde a qualquer ação que conduza à execução do crime pelo autor material, sem que tenha de ser o próprio a causar o evento. A assistência não tem de ser prestada para a execução da infração em si, é suficiente ajudar num ato preparatório. O que igualmente pode ser feito através de atos externamente neutros, como neste caso quando o arguido ajuda a reparar o carro.

À luz desta decisão verificamos novamente a adoção da posição segundo a qual, se a atuação do autor imediato se destinar exclusivamente à comissão de um crime e a pessoa que presta assistência o souber, então a sua contribuição para o crime deve ser qualificada como cumplicidade. Deve o carácter quotidiano ser interpretado como “solidarização” com o executor, deixando a conduta de ser considerada como socialmente adequada. Por sua vez, se a pessoa que presta assistência não souber como a sua contribuição será utilizada pelo autor material, e se apenas considerar possível que os seus atos sejam utilizados para a comissão de um crime, nessa hipótese, as suas condutas ainda não devem ser julgadas como um ato punível de cumplicidade, salvo se o risco reconhecido por si, de que a pessoa que ajudava cometeria um crime, fosse tão elevado que pela sua assistência fez questão de promover um executor que reconhecivelmente estava inclinado a cometer um crime.

O tribunal igualmente reconheceu a necessidade de ser sempre feita uma avaliação do caso concreto, pois nem todos os atos que tenham como efeito a promoção de dada infração penal constituem responsabilidade criminal por ajuda e cumplicidade.

5.1.2.3. ACORDÃO BGH DE 8 DE MARÇO DE 2001

Frente à sentença proferida a 7 de março de 2000, Processo HRSS-Datenbank, Rn.X, relator Karsten Gaede, pelo Tribunal Regional de Stendal, o arguido foi absolvido do crime de homicídio, danos corporais e cumplicidade. Foi interposto recurso pelo Ministério Público face à decisão²²⁶.

Foi concluído que o arguido foi adjunto do comando da fronteira do norte das tropas fronteiriças da RDA entre 1979 e 1983, sendo que a colocação e formação dos soldados que eram mantidos e que operavam nas minas e nas instalações de armas na fronteira não faziam parte do seu quadro de responsabilidades. A concreta implementação da segurança fronteiriça no interior da fronteira alemã pelas tropas fronteiriças da RDA ocorreu nos vários níveis de comando mediante ordens básicas que eram dadas anualmente, entre as quais a exploração mineira da zona fronteiriça. A cadeia de comando ocorria por níveis, com ordens emitidas nos diversos patamares que se foram especificando. Uma das ordens foi a ordem 40 em que cada um dos cinco adjuntos do comando teve de preparar um contributo parcial para um projeto de despacho, para a sua correspondente área de responsabilidade. O arguido era um dos cinco adjuntos. Tal contributo foi entregue até determinado prazo ao vice-comandante e chefe do Estado maior, o qual acrescentando a sua própria contribuição parcial, para a sua correspondente área de responsabilidade, preparou o projeto de ordem finalizando a sua submissão para o comandante que implementaria a sua mesma contribuição na ordem. O arguido participou nas ordens 40 de alguns anos, tendo sido verificada a morte de uma pessoa pela detonação de minas na área do comando da fronteira do Norte ao fugir da RDA para a RFA em abril de 1980, tendo em janeiro e fevereiro de 1982 duas pessoas igualmente morrido e outra em junho de 1984 sofrido ferimentos.

O Tribunal Regional absolveu o arguido entendendo que este não prestou assistência, não promoveu e não facilitou a violação de interesses legais, não existindo lugar à aplicação da disposição §27 do StBG.

Mediante o recurso interposto, mencionou a instância judicial superior que, com base nos princípios orientadores em sede de cumplicidade, nenhum dos acusados, embora não tenha contribuído para o crime de forma direta, não tenha diretamente contribuído

²²⁶ Vide Acórdão BGH 4 StR 453/00, 08-03-2001 (LG Stendal), relator Karsten Gaede, consultado a 05-09-2022.

para a ocorrência do resultado do crime, nomeadamente para a morte ou danos corporais, as suas contribuições parciais, mesmo que apenas se relacionassem com as respetivas áreas de responsabilidade mais restritas não estando diretamente ligadas à manutenção das minas, tiveram ligação na prática com o crime, na medida em que facilitaram a sua elaboração. O arguido sabia que as ordens anuais 40 continham ordens sobre a colocação e manutenção de minas na zona da fronteira, como tal promoveu a realização do crime. As contribuições parciais para as ordens anuais 40 afetaram o resultado do crime pois instruíram o comandante a redigir as ordens anuais, incluindo em matéria sobre a colocação e manutenção de minas, o que promoveu os crimes que se sucederam. Assim, a contribuição do arguido, prestada na qualidade de adjunto de fronteira, não podia ser considerada como estando de tal modo subordinada que só por isso podia ser negada a qualidade de auxílio.

Porém, a instância fez questão de realçar que nem todos os atos que promovam objetivamente uma prática criminosa podem ser tidos como punições a título de cumplicidade, recordando os atos neutros. Uma vez mais, foi definido pelo BGH que se a conduta do agente material se destinar exclusivamente à prática de uma infração punível e aquele que presta auxílio o souber, então a sua contribuição para o crime é considerada como um ato punível de cumplicidade, pois nestas condições os seus atos perdem sempre o “caráter quotidiano”, devendo ser interpretados como “solidarização” com o executor. Na hipótese contrária, em que não há o conhecimento por parte daquele que presta a sua contribuição de que a conduta do agente material se destina exclusivamente a cometer um ilícito criminal, não há participação criminosa²²⁷.

Assim, recorrendo aos comportamentos quotidianos a fundamentação do BGH foi, no sentido de entender que não existiu cumplicidade, na medida em que, mesmo que o arguido soubesse que as ordens anuais igualmente continham ordens a respeito da operação e manutenção de minas, as contribuições possuíam um significado independente, foram significativas por si mesmas sem as condutas virtuosas dos

²²⁷ Nas palavras do tribunal: “[...] Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als strafbare Beihilfehandlung zu werten [...]. Denn unter diesen Voraussetzungen verliert sein Tun stets den “Alltagscharakter”; es ist als “Solidarisierung” mit dem Täter zu deuten [...]. Anderenfalls kommt straflose Mitwirkung in Betracht.”

“[...] se a ação do agente principal se destinar exclusivamente à prática de uma infração punível e a pessoa que presta assistência souber disso, a sua contribuição para a infração é considerada em todo o caso como um ato punível de ajuda e cumplicidade [...]. Pois nestas condições os seus comportamentos perdem sempre o seu “caráter quotidiano”; devendo ser interpretados como “solidarização” com o infrator [...]. Caso contrário, a participação impune é considerada.” (Tradução nossa).

autores materiais, existindo uma cooperação impune. Isto é, aplicando o raciocínio inerente às condutas neutras, há a negação da responsabilidade criminal do arguido como cúmplice, desde logo, porque, quanto a este, as ordens 40 limitavam-se às áreas militares de responsabilidade a si atribuídas, que não se ligavam com a exploração mineira da zona fronteiriça. A conduta do arguido foi neutra, profissional, não houve violação por si dos bens jurídicos e, embora este soubesse que as ordens anuais continham a colocação, manutenção e exploração das minas, as suas contribuições tiveram um significado próprio.

6. TOMADA DE POSIÇÃO

Como resultado do pouco desenvolvimento da discussão teórica sobre a temática e por inexistência de eco desta discussão na prática forense, a doutrina e a jurisprudência não tem fomentado grande interesse sobre a mesma em Portugal.

Compete-nos ir mais a fundo no seu estudo jurídico-científico.

Começamos por sublinhar que carece de rigor e perceção que se esboce encontrar uma resolução face a algo que não está, de modo algum, concretamente definido. É como partir da construção de um edifício detentor de uma base instável e esperar que o que se construa sobre esta seja suficientemente sólido, o que dificilmente sucederá. Daí que, o primeiro desafio consista no procurar definir o que é uma conduta valorativamente neutra, algo que não possui concordância doutrinária e fixação jurisprudencial nos mais diversos ordenamentos jurídicos que abordam o problema, como fomos compreendendo.

O conceito de conduta neutra tem carácter abstrato, não é possível obter um conceito uno. O máximo que se demonstra alcançável é observar o caso concreto e identificar indícios, usualmente indicados pelos estudiosos e tribunais estrangeiros, que nos permitem concluir qual é o objeto em análise.

Então, o que defendemos é precisamente a existência de indícios que indiciam a existência de uma ação neutra. Entre os quais: a necessidade de estar em causa um comportamento praticado por alguém que exerça dada tarefa de foro profissional; o comportamento em ponderação traduzir-se num comportamento que seja aceite pelo ordenamento jurídico como lícito (licitude resultante do exercício da tarefa de foro profissional); que se consiga aferir um contributo perante outrem; e, que esse outrem a quem o contributo é prestado se encontre predisposto à prática de um tipo legal previsto na parte especial do Código Penal ou em legislação extravagante (um ilícito criminal).

Os indícios acima mencionados devem ser articulados entre si para aceitarmos que estamos face a uma conduta que carece de observação jurídico penal. Apresentam um carácter não facultativo, cumulativo.

A pura aceitação da neutralidade, somente, quanto ao fornecimento de um dado objeto no âmbito do exercício profissional levaria a concluir pela incapacidade de questionar e colocar em causa qualquer bem jurídico fundamental pois estaríamos face a uma

contribuição inócua, protegida pelo direito à liberdade, em concreto, pela liberdade de exercício e escolha de profissão, a liberdade profissional constitucionalmente protegida.

E, como referido, apenas existe uma potencial discussão da observação por parte da lei penal se houver indícios que evidenciam essa mesma necessidade, sendo que, apenas a articulação entre os próprios indícios, podem efetivamente suscitá-la. O mero fornecimento de dado objeto sem a utilização do mesmo para uma finalidade criminosa por outrem, não requer qualquer necessidade de intromissão de análise penal.

Logo, uma conduta valorativamente neutra, compreendida nos moldes por nós enunciados, é sempre suscetível de análise penal. Agora, se tal intervenção jurídico-penal é ou não é realmente concretizada mediante a aplicação de uma sanção criminal, verificando-se tais indícios, já é outra questão. Deve sempre observar-se a situação, recorrer à observância do caso concreto, de forma a aferir pela aplicação ou não aplicação das normas penais.

O que está em causa para a aplicação das normas penais, nestas hipóteses, é a perda da qualidade “neutra” em sentido explicitamente incidente ao comportamento legalmente aceite de entrega de um pão ou machado que servirá para matar outrem, e não a, referida, pura neutralidade inquestionável que existe na mera entrega de algo pelo comerciante. Estas últimas, condutas praticadas consubstanciadas de pura neutralidade, são apenas condutas inócuas, não acatam qualquer lesão ou perigo de lesão face a bens jurídicos fundamentais, estão abarcadas por riscos permitidos pelo ordenamento jurídico²²⁸.

Como tal, a discussão da neutralidade das ações, ditas comuns ou corriqueiras, tem razão de ser apenas quando interligada numa participação mais vasta e direcionada a um fim ilícito, pois só nesse caso a neutralidade em si pode ser perdida.

Concluindo, é de ter presente que mesmo seguindo tais indícios, como conceito abstrato que é o de conduta valorativamente neutra, não significa que o comportamento do agente seja facilmente apurado como suscetível ou insuscetível de punição. Aliás, os indícios apenas nos permitem concluir quando estamos face a uma conduta

²²⁸ Como afirma Robles Planas “[...] una eventual exclusión de la imputación no sólo tiene como fundamento el mero dato del contexto en el que se enmarca, sino la falta de creación de un riesgo típicamente relevante”. “[...] uma eventual exclusão da imputação não só tem como fundamento o mero dado do contexto em que se insere, mas a falta de um risco tipicamente relevante.” (Tradução nossa). ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 45.

valorativamente neutra, que a mesma requer, como supramencionado, uma análise penal devido à violação de dado bem jurídico que ocorre fruto da conduta do comprador. Porém não nos permite compreender automaticamente os efeitos que esse comportamento de auxílio material a outrem possa ter, se será o agente que presta o contributo, inserido no âmbito em que se encontra inserido, tido ou não como cúmplice. Tudo isto surge, também, como resultado de não se conseguir decifrar um conceito sólido e específico de conduta valorativamente neutra.

Perante o exposto anteriormente, de modo prudente, aceitamos que é necessário distinguir uma conduta valorativamente neutra de uma conduta de cumplicidade. A conduta valorativamente neutra propriamente dita como “neutra” consiste, como referido, no mero ato de entrega do objeto. Já a conduta valorativamente neutra que apresenta os indícios mencionados, é uma conduta que pode revelar-se ser insuscetível de punição ou pode ver a sua qualidade “neutra” perdida passando a ser uma conduta de cumplicidade. No fundo, uma conduta valorativamente neutra consiste numa conduta potencialmente constitutiva de cumplicidade, agora se o é ou não é, depende, desde logo, da verificação dos requisitos inerentes à cumplicidade.

Isto é, uma conduta valorativamente neutra que apresenta os indícios expostos, trata-se de um comportamento que aparenta não acatar qualquer foro ilícito, que à primeira vista não parece causar qualquer perigo para os bens jurídicos fundamentais. Contudo, tem a capacidade de violar bens jurídicos. O essencial é sempre invisível aos olhos, numa forma simplista e de fácil compreensão destes comportamentos, visto que mediante uma observação pouco detalhada e cogitada tais atuações surgem como insuspeitas, passando quase em branco, e em muitos ordenamentos o passa, a sua potencialidade de colocação em perigo, mesmo que indiretamente, de dado bem jurídico. Logo, são ações de tal modo comuns e aparentemente enquadráveis socialmente que dificilmente alguém as coloca em “xeque”, contudo, por vezes, representam uma contribuição a facto criminoso de terceiro. Sendo assim só geram dúvidas as condutas valorativamente neutras que possam ser potencialmente constitutivas de cumplicidade, qualquer outra que não seja suscetível de gerar a possibilidade de participação no facto de outrem não requer qualquer análise ou intervenção por parte do direito penal.

A decisão da responsabilidade criminal compete ao aplicador do direito, a cumplicidade somente existirá se cumpridos simultaneamente o fundamento e requisitos inerentes à cumplicidade.

Por conseguinte, entre as questões que se devem formular, deverá procurar-se entender se a contribuição em análise se traduz numa situação de perigo aos bens jurídicos.

A finalidade última do direito penal é a proteção dos bens jurídicos fundamentais, a sua proteção subsidiária, para o alcance da paz social, como tal só se verificando uma situação de perigo de lesão de certo bem jurídico fundamental de terceiro é que deve a lei penal agir. O comportamento de vender um machado a outrem que o usará para praticar um crime atenta contra bens jurídicos fundamentais? Está colocada em causa alguma realidade autonomizada no plano axiológico, plano do ser, dos valores, indispensáveis ou mesmo úteis ao livre desenvolvimento ou à livre expansão da personalidade de cada um, ou à manutenção por parte do Estado numa situação de coesão social e a própria condição desse livre desenvolvimento?

Observando o exemplo daquele que presta o contributo material, dentro do desempenho da sua profissão, de entrega do machado a outrem que com este praticará um homicídio é de afirmar que está em causa o bem jurídico fundamental vida, está em causa uma condição da possibilidade de cada qual se poder desenvolver e realizar enquanto pessoa. O atentar contra a vida condiciona a possibilidade daquele que é afetado no seu bem jurídico de se realizar enquanto pessoa. A legitimidade de punição criminal do comportamento do vendedor do machado merece ser debatida e, deve o direito penal agir ao abrigo do princípio da subsidiariedade. Há partida, observando de relance este aspeto, tudo indica para uma resposta afirmativa quanto à legitimidade de uma intervenção jurídico-penal.

É de realçar que a era pós finalista marcou um sistema penal reconhecido pelas finalidades do Direito, pelas bases político-criminais na moderna teoria dos fins das penas. A qual coloca de lado realidades ontológicas prévias, apoiando-se na finalidade racional final que incumbe ao direito penal cumprir. E, face à função última do direito penal, proteção de bens jurídicos fundamentais, só se poderá partir para a restrição da liberdade de uma pessoa quando nada mais se consegue fazer para que bens jurídicos não sejam violados.

E, é nesta medida que a liberdade profissional e de atuação deve e pode ser restringida, sempre em prol da proteção de bens jurídicos fundamentais, nas circunstâncias em que se justifica a sua proteção, como é o caso do vendedor ter o conhecimento ou fundada suspeita sobre a posterior violação que será praticada, nomeadamente face ao bem jurídico vida ou integridade física de um terceiro que será colocado em perigo e violado, pela venda do machado ao comprador.

É de reavivar que em 1970 partiu esta ideia iniciada por Claus Roxin, teoria do bem jurídico, no seu trato entre as relações da política criminal e o sistema do facto punível, na escola funcional racionalista, atualmente dominante na teoria do crime. Por consequência, é defendido por muitos que o que está em causa é uma teoria aberta e que, o carácter aberto do bem jurídico permite que certas normas que surgem como legítimas, observando a sociedade atual, acabem por se revelar não compatíveis com o Estado de Direito social e democrático. A atual sociedade de risco encontra questões que carecem de ser cogitadas²²⁹.

Já pela observância da fonte legal, apesar de pela leitura literal da norma que consta do artigo 27.º do Código Penal português, que é clara ao conduzir à punição do vendedor do machado desde que se verifiquem determinadas condições que impliquem a colocação em perigo do bem jurídico, negamos qualquer punição assente na pura interpretação da letra da lei. É preciso ter em atenção que a disposição legal do artigo 27.º do CP, leva à configuração do tipo da cumplicidade inclusive nos casos das condutas valorativamente neutras apenas com base nos indícios antes enunciados. Isto é, ao não serem referidos os meios e a forma de participação faz com que as condutas valorativamente neutras (as condutas potencialmente constitutivas de cumplicidade) possam ser tidas como situações de cumplicidade sem recorrer a outros elementos para o concluir, aceitando, sem mais, que as condutas com os indícios apresentados são condutas de cumplicidade. Contudo, só esta interpretação literal *per se* não é suficiente para se optar pela punição destes comportamentos. Novamente, a cumplicidade possui não apenas um fundamento como vários requisitos que devem ser verificados e não podem ser ignorados. Logo, o preenchimento da norma legal não basta para se deduzir que as condutas valorativamente neutras com os indícios apresentados são condutas de cumplicidade.

²²⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (2004) – *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, MALARÉE, Hernán Hormazábal, *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, p. 1084.

O fundamento da punição por cumplicidade verifica-se assim quando o ato de auxiliar está presente. Temos uma atuação que se reflete num auxílio material ao comportamento proibido do autor. Porém, é preciso ir mais longe, evidenciar outros factores para que aquele que contribui materialmente no âmbito profissional possa efetivamente ser punido como cúmplice.

Aqui chegados, observando bem a questão, não podemos afirmar, de modo absoluto, que faça sentido que se trate exatamente da mesma maneira a hipótese em que aquele que presta o contributo sabe do evento futuro, daquela em que há suspeita (fundada) do evento, ou da que, verdadeiramente, de nada sabe ou suspeita aquele que contribui. Certamente, princípios fundamentais como o princípio da confiança facilmente suscitarão em defesa desta última situação. Aliás, se devemos não fomentar uma sociedade de desconfiança e acreditar que o outro agirá conforme as normas e não contra estas, só a certeza, o conhecimento, da prática da conduta criminosa e uma suspeita fundada geram a possibilidade de ultrapassagem da barreira do princípio da confiança.

A possibilidade contrária de aceitar a responsabilidade criminal daquele que nada sabe ou não possui fundada suspeita, levaria a um abandono da comercialização de dados produtos o que se demonstraria incoerente, não só do ponto de vista económico como do ponto de vista de um Estado de Direito Democrático. Não só a liberdade de profissão estaria em causa como a segurança social e jurídica. O princípio da segurança jurídica, que aparece do princípio do Estado de Direito Democrático, deve ser considerado na medida em que deve existir um mínimo de previsibilidade e certeza quanto às normas jurídicas para que as pessoas saibam com o que contar, por outras palavras, para que haja uma continuidade das relações jurídicas que se estabelecem entre as pessoas e se ter em conta as correspondentes consequências dos seus comportamentos. Como tal, devem as pessoas contar que ao praticarem dado comportamento os efeitos enquadráveis pela norma jurídica são os previstos e não outros. A norma referente à cumplicidade pressupõe a necessidade de dolo, como tal o desconhecimento não pode ser atendível como um dos factores que geram a transposição para uma conduta de cumplicidade. Recordemos que a cumplicidade jamais surge a título negligente, se se concluir pela punição do vendedor terá de ser ao nível doloso. E do disposto na norma 29.º do Código Penal português, princípio da acessoriedade limitada, é necessário que o autor material tenha praticado um facto típico e ilícito para que se indicie a análise do participante.

Ora, reparemos que, não só a similitude para com os célebres casos de cumplicidade do amigo que empresta a arma a outro amigo que a utiliza para cometer um homicídio e a literal subsunção, à primeira vista, no disposto do artigo 27.º da parte geral do Código Penal português, assim como a proximidade temporal existente perante o bem jurídico fundamental, faz com que se discuta a questão das ações neutras ao nível do participante *stricto sensu*. Assim, está em causa a causação indireta do resultado mediante um comportamento quotidiano, deixaremos de lado a causação direta do resultado mediante um comportamento neutro, não a negando, mas não a considerando uma vez que levaria à necessidade de um estudo à parte daquele que aqui abordamos.

Por recurso à regra base de que podendo ser resolvida a situação em dado elemento do ilícito pessoal, deve em este ser solucionada. Onde preenchido dado patamar se indicia o seguinte, e quando não preenchido se decreta o fim da análise criminal. Deste modo, cumprimos a lógica da análise do crime ao subsumirmos a temática no núcleo da tipicidade.

Não há a necessidade de enquadrar a hipótese no âmbito da ilícito, até porque esta subentende a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, algo que a justifique e, por consequente, a exclua, o que em regra está legalmente previsto e, tal não sucede no ordenamento jurídico português, como em ponto anterior tivemos oportunidade de aferir face a estas hipóteses das condutas valorativamente neutras. Não está prevista no ordenamento jurídico no seu todo, princípio da unidade da ordem jurídica, qualquer disposição, assim como a existência de uma causa supra legal de justificação não prevista legalmente na ordem jurídica, não se revela admissível, pois somente o são tendo por base os princípios informadores das causas de exclusão. No caso concreto, não há qualquer princípio vigente que explique e fundamente a criação de uma causa de exclusão da ilicitude supra legal para as hipóteses dos comportamentos valorativamente neutros. E, até na análise do juízo de censura pelo facto de o agente podendo ter agido de outra forma não o ter feito, culpa, com semelhante dificuldade encontramos alguma causa de exclusão da mesma estabelecida na lei. Já no âmbito da medida da pena carece de sentido estar a discutir em concreto quais os elementos e que razões de prevenção geral e especial fundamentam em concreto a medida aplicável (e não de forma meramente abstrata) aos casos de comportamentos corriqueiros. Logo, é no tipo que a questão se indicia.

Nestes moldes, partindo para a análise criminal, temos uma ação, um comportamento humano que à partida, segundo a aplicação do método da subsunção, pode ser integrado no tipo de crime que resulta da conjugação da disposição do artigo 27.º do CP português com alguma das disposições da parte especial do Código Penal, nomeadamente, o artigo 131.º do mesmo código.

Como a qualquer agente, ao cúmplice estão inerentes, como já indicado na primeira parte deste estudo, elementos objetivos e subjetivos. Todavia, na verificação dos correspondentes elementos objetivos, verificamos que o elemento objetivo imputação objetiva, se encontra discutível quando partimos para a observação das teorias que o consagram.

A causalidade está presente, numa ação valorativamente neutra, assim como todas as limitações que lhe são adjacentes. Sabido é que, atualmente, não basta provar a relação causal. Torna-se necessário que à luz das próprias valorizações da ordem jurídica faça sentido imputar aquela conduta concreta ao agente, sobre o prisma de uma dita justiça na punição. Apenas por si a relação causal entre ação e resultado não é suficiente para imputarmos objetivamente o resultado à conduta do agente, apesar de a imputação objetiva pressupor sempre uma relação causal.

Ao partirmos para a aplicação da primeira teoria inerente à imputação objetiva, a teoria da causalidade adequada (ou teoria da adequação do comportamento ao resultado), esta pressupõe que o aplicador do direito recorra a um juízo de *prognose póstuma*, recorrendo-se à figura do homem médio colocando-o na posição em que o agente atuou, dotado dos conhecimentos concretos do agente e a perguntar-se ao homem médio se, tendo em conta estes conhecimentos, era previsível que o resultado como em concreto ocorreu se verificaria. A aplicação da teoria da causalidade adequada às hipóteses concretas de condutas valorativamente neutras dependerá daquilo que são os “conhecimentos concretos” do agente, o que, por sua vez, dependerá dos conhecimentos especiais do agente no momento da transação do objeto. Tudo fica sujeito a compreender se o vendedor sabia ou não sabia que o terceiro utilizaria o objeto transacionado para a prática de um crime. Afirmando-se a não aplicabilidade da teoria referida, quando verificado um desconhecimento ou infundada suspeita por parte do vendedor, a última protegida pelo princípio da confiança, como anteriormente explicado. Em contrapartida, a verificar-se um conhecimento ou fundada suspeita a teoria da causalidade adequada imputaria objetivamente o resultado à conduta do agente.

Realmente seria previsível para o homem médio, dotado dos conhecimentos concretos do agente, que aquele comportamento levasse ao resultado.

Todavia, do ponto de vista da justiça material a teoria da causalidade adequada deixa subsistir a imputação objetiva do resultado ao comportamento do agente em casos em que a mesma não deve permanecer. Situações, como as de risco permitido fazem com que a teoria da causalidade adequada deixe subsistir a imputação objetiva, o que não deve ocorrer. Daí que, para fazer frente a estas hipóteses e corrigir as falhas da teoria da causalidade adequada, a maioria da doutrina opta por defender a teoria do risco como principal teoria da imputação objetiva. Onde ao adotarmos a teoria do risco temos de ter presente que a imputação objetiva do resultado à conduta do agente depende da criação ou aumento (ou no caso de omissão, não diminuição) do risco não permitido que se materializou no resultado.

Hipóteses de diminuição do risco e risco permitido não possibilitam a aplicabilidade da teoria do risco. E, ao descortinar os vários pressupostos desta observamos que, embora haja uma criação ou, no caso concreto das ações neutras, sobretudo um aumento do risco por parte do vendedor ao vender a ferramenta, o risco não é proibido, é permitido, pois na verdade não se verifica qualquer situação de incumprimento das regras. Desde que se cumpram as regras não pode haver imputação objetiva com base na teoria do risco. - v.g. dar bilhetes a uma pessoa para esta ir andar de comboio, o andar de comboio consiste num risco permitido desde que as pessoas cumpram as regras dessa atividade, se houver um descarrilamento e a pessoa ficar ferida não se pode imputar objetivamente o risco ao comportamento da pessoa que vende o bilhete. Tal como, vender um machado a outrem consiste num risco permitido desde que sejam cumpridas as regras.

Se o terceiro faz uso do machado para a prática de um crime, para o autor material há a criação de um risco não permitido que se materializa no resultado. Agora, a questão que se deve colocar é compreender se deve haver a responsabilidade criminal daquele que vende o machado, por consequência do uso criminoso do objeto pelo terceiro. Poderá ser afirmado que este realmente aumentou um risco proibido que se materializou no resultado?

No caso de desconhecimento por parte do vendedor, a teoria da causalidade adequada não permite a imputação do resultado à conduta do vendedor como concluímos atrás,

porém, a mesma teoria permite a imputação ao vendedor que tem conhecimento ou fundada suspeita de que o comprador irá praticar um crime com o objeto transacionado.

Face à teoria do risco, a venda do machado pelo vendedor, à partida, constitui um risco permitido, não permitindo a imputação do resultado à conduta do agente. Além do mais as transações económicas são constitucionalmente protegidas, designadamente pela liberdade profissional que permite e sustenta que tais transações ocorram e sejam juridicamente aceites. Pela aplicação pura e dura da teoria do risco teríamos de ser obrigados a aceitar que, a imputação objetiva que conseguiríamos observar, derivada da teoria da causalidade adequada, não se verificaria em sede do risco, pois o risco é permitido, o que impossibilita a punição.

Aqui chegados deve ser apoiada uma teoria objetiva diretamente subjetiva. Ora, a conduta em si do vendedor gera um risco permitido, uma vez que este age de acordo com as normas que regulam o comércio que permitem a sua atuação. É permitido vender-se um machado desde que sejam respeitadas as regras, desde logo, as impostas para a sua comercialização. Contudo, se o vendedor vende o machado e conhece ou tem fundada suspeita de que o comprador irá com o mesmo cometer um crime, mesmo que o venda respeitando as regras de comércio, o risco torna-se não permitido, pois não respeita as normas impostas pelo ordenamento jurídico que restringem a liberdade profissional quando colocada em causa a proteção de bens jurídicos fundamentais que de forma alguma pode ser evitada sem ser pela não atuação do vendedor. Nestas condições existe uma impossibilidade de invocar o desconhecimento de não lesão de bens jurídicos como a integridade física ou a vida, este último, de conhecimento geral, o bem jurídico mais importante. Ocorre a violação das normas impostas constitucionalmente, há a imputação objetiva do resultado à conduta do agente. É nesta linha de raciocínio, que somente faz sentido uma efetiva intervenção penal, só a partir do momento em que há conhecimento ou fundada suspeita do desvio praticado pelo autor material às normas estipuladas pelo ordenamento jurídico.

Nos casos de responsabilidade criminal, em que há conhecimento ou fundada suspeita, ambas implicam a prevalência de dolo, dolo direto ou eventual. O dolo direto deve ser aceite na sua totalidade, enquanto o dolo eventual deve ser reconhecido enquanto dolo que implique uma fundada suspeita, esta deve ser a sua consagração. Novamente, a

mera suspeita leva a que o princípio da confiança sobressaia e coloque em causa a responsabilidade penal do vendedor, desresponsabilizando-o²³⁰.

Deve existir um conhecimento expresso, tácito, um conhecimento atual ou posterior. - v.g. o caso em que o B diz ao A, funcionário de uma loja, que usará o machado que quer comprar para matar alguém, ou o cenário em que está a ocorrer uma rixa à porta de um estabelecimento ou nas redondezas deste entre *gangs* e um dos membros de um dos *gangs* entra nesse estabelecimento onde C é funcionário e lhe solicita a venda de uma chave de fendas, ou mesmo a hipótese do vizinho de D, E, que na noite anterior gritou pelo prédio que compraria uma corda para enforcar a mulher e se apresenta na loja do D para lhe comprar a corda no dia seguinte. Falamos de casos em que o próprio toma conhecimento ou possui uma fundada suspeita, incumbindo ao vendedor um grau de vigilância. E, caso tal grau de vigilância não seja cumprido, conseqüentemente deve o agente ser punido a título de cumplicidade.

Se negada a solução proposta, vincada essencialmente num entendimento roxiniano, a sua não aceitação pode em último caso desencadear a avaliação de uma omissão após a atribuição do meio, contributo, para a violação de dado bem jurídico fundamental, com conhecimento ou fundada suspeita.

Em suma, com base na perspectiva apresentada, não haverá responsabilidade criminal, por parte daquele que pratica uma ação valorativamente neutra, entendida mediante os indícios inicialmente indicados, no caso de desconhecimento do facto típico ilícito a praticar pelo autor material, desde logo, impedida pela teoria da causalidade adequada e pelo princípio da confiança. Em contrapartida, haverá punição no caso de conhecimento ou fundada suspeita, pois nesses casos, entre outros, também se verificarão os elementos objetivos, nomeadamente a imputação objetiva do resultado à conduta do agente, assim como o elemento subjetivo, dolo.

²³⁰ O dolo eventual pressupõe a representação do facto típico como possível, não é necessário que haja um certo grau de conhecimento. O agente representa como possível a realização do facto típico e atua conformando-se com a sua realização. No nosso entendimento, o dolo eventual que reverte uma conduta neutra a conduta de cumplicidade, não pode apenas ser o dolo eventual entendido pela fórmula positiva de Frank “aconteça o que acontecer, eu atuo”, pois, esse dolo eventual é protegido, desde logo, pelo princípio da confiança, formando uma “mera suspeita”, gerando a insusceptibilidade de constituir uma conduta de cumplicidade. O dolo eventual, aqui defendido, é o dolo eventual que vai para lá da “representação do facto como possível”, é aquele que pressupõe um certo grau de conhecimento. Só este último permite que se verifique uma “fundada suspeita” suscetível de converter a conduta neutra em cumplicidade. Situações em que, deve o comprador ser reconhecido, pelo vendedor, como alguém “reconhecivelmente inclinado” à prática do crime, como sustentado por Claus Roxin.

De realçar para que haja cumplicidade, como é habitualmente entendida e aceite pela jurisprudência e pela doutrina, como identificámos em ponto inicial do presente estudo, é necessário a verificação do duplo dolo por parte do participante. Traduzido no dolo de auxiliar e dolo da ação que auxilia, não necessitando de possuir o conhecimento absoluto do modo como o autor material praticará o crime. Aplicado o elemento subjetivo da cumplicidade às condutas valorativamente e potencialmente constitutivas de cumplicidade, implica que o vendedor no momento da venda do objeto ao comprador que com este praticará um crime, tenha de ter dolo de auxiliar e dolo da ação que é auxiliada. O que nos faz constatar que em casos de conhecimento ou fundada suspeita há dolo de auxílio direto ou eventual, assim como há dolo quanto ao facto típico. O haver dolo de auxílio implica-o, é inerente o dolo quanto à valência do facto típico. Há a representação do essencial do que vai ser realizado, há uma “co consciência”, o conhecimento quanto à previsibilidade do facto, do tipo legal. É o requisito duplo dolo preenchido.

E, embora seja verdade que se a pessoa, o comprador, está verdadeiramente disposta a praticar o crime irá fazê-lo independentemente da contribuição do vendedor, não é menos verdade que independentemente de tal, o que está em causa não é a fungibilidade com que o autor material pode praticar o crime ou arranjar o objeto noutra estabelecimento, mas o comportamento do vendedor que efetivamente opta por prestar a contribuição material. E se este sabe ou tem uma suspeita fundada de tal então deve ser responsabilizado criminalmente pela sua atuação, por violação das normas inerentes ao ordenamento jurídico, auxiliando materialmente o comportamento proibido do autor. A violação do cúmplice, vendedor, está na conduta de auxiliar o comportamento ilícito do autor imediato, comprador, e não na violação da proibição do comportamento do comprador. Além disso, a promoção objetiva concreta perante o facto praticado pelo autor material encontra-se presente.

Ao fazermos o paralelismo entre uma conduta valorativamente neutra e uma conduta dita normal de cumplicidade, em que o amigo empresta um machado a outrem para praticar um crime, à primeira vista, a diferença que sobressai é a prática de uma atividade profissional pelo primeiro que se encontra legalmente protegida. Todavia o direito de propriedade do amigo que incide sobre a coisa, machado, também lhe permite dispor livremente da coisa, a propriedade também se encontra legalmente salvaguardada. O que realmente as distingue é a *aparente* legalidade abrangida pela

liberdade profissional que somente opera em algumas hipóteses. O grau de vigilância do vendedor é o mesmo que o do cúmplice nas situações ditas normais.

Atendendo à finalidade preventiva da pena, deve a questão das condutas valorativamente neutras ser discutida, para que se previna crimes futuros, ocultados por um manto de aparente legalidade. Deve combater-se esta porta de entrada de riscos, de cometimento de ilícitos criminais, da exploração propícia de um “mercado criminoso”. Só assim se protegerá bens jurídicos fundamentais em casos concretos como os descritos e poderá haver a reintegração do agente na sociedade (prevenção geral e especial).

7. CONCLUSÃO

O estudo das questões jurídico penais deve continuar a ocorrer a respeito da parte geral do Código Penal. A parte geral deve permanecer como objeto de observação e de reflexão para que assim se consiga acompanhar o desenvolvimento das interações sociais. Aliás, as disposições presentes nesta parte da lei penal são os alicerces que serão conjugados com os tipos legais que constam da parte especial para uma correta análise e adoção do enquadramento geral e unidade sistemática. O sistema valorativo implica atender ao complexo que o universo penal gera.

No núcleo da participação criminosa entre as mais conhecidas questões que tendem a ser discutidas, encontramos o participante em sentido *stricto sensu*, o cúmplice. A cumplicidade pressupõe fundamento e limites que devem ser observados e garantidos.

Sucedem que a convivência do ser humano leva a situações ainda não cogitadas, a mudança é permanente e não devem os Estados vedar os olhos à discussão de determinadas hipóteses que existem, entre as quais o objeto desta investigação, as condutas valorativamente neutras. Alguns já voltam a sua atenção ao problema enquanto outros, como sucede no caso português, pecam face aos escassos estudos científicos e posicionamento jurisprudencial a respeito do tema.

Nos dias quotidianos, diariamente, ocorrem condutas valorativamente neutras, como resultado da prática usual de comércio, seja este presencial ou remoto. Surgem condutas valorativamente neutras pontencialmente constitutivas de cumplicidade que carecem de ser devidamente analisadas. Como tal, deve existir uma massificação dos trabalhos no nosso ordenamento jurídico, sobretudo a nível jurisprudencial, face a estes potenciais e, em muitos casos, comprovados desvios a finalidades criminosas constitutivos de cumplicidade.

No território português, a cogitação das ações neutras pouco chega a ser apresentada dada a falta de defesa da sua existência e necessidade de questionamento, o sistema penal, infelizmente, encontra-se muitas das vezes já “mecanizado” não abrindo alas a novos debates, até quando se trata de temáticas como esta, da máxima importância, que por ausência de observação colocam em causa os valores inerentes ao ordenamento jurídico e constroem um mecanismo de abertura à criminalidade. Revela-se essencial que sejam colmatados os dogmas clássicos frente às interações sociais, o

contrário reflete-se na aceitação de interações que podem potenciar a lesão de bens jurídicos tutelados. Devem ser elaborados projetos de investigação nacional sobre esta temática. E deve o Estado atuar, regular, nomeadamente por força da evolução das transações *online*, de forma a garantir quer a proteção do vendedor quer um meio probatório que afaste os casos de transações com conhecimento que possam gerar crimes imputando ao vendedor responsabilidade criminal.

A prática forense revela que em crimes mais graves haja uma menor busca por evidências de outras ações criminalmente relevantes para além do crime em causa cometido pelo próprio autor material, do caso concreto. Este, talvez seja um factor que explique a circunstância de não serem considerados para análise aqueles que contribuem materialmente a título de participação no desempenho de uma atividade comercial. E, ao não se estar dentro do âmbito de uma matéria desenvolvida em estudos jurisprudenciais e, muito menos, consolidada em acórdão uniformizador de jurisprudência e, pouco apoiada pela doutrina portuguesa, há um abandono generalizado da problemática e, conseqüentemente, dificilmente haverá a necessidade de recorrer a outros elementos adicionais para a busca de uma solução. A aceitação da conduta daquele que pratica uma atividade no foro da sua atividade profissional e a sua proteção jurídico constitucional gera uma estranheza e receio de abordagem mais além, como indicado, a falta de trabalhos dificilmente ajuda a sustentar um argumento sólido e aceitável para a causa em litígio. Consequência da inércia no acompanhamento dos desafios das interações sociais em aceitação ao já dogmaticamente estipulado. E, embora exista sempre a questão da dificuldade probatória, até por que recorrendo à nossa perspetiva, deve haver um investimento na busca da comprovação do elemento subjetivo, esse esforço em pouco difere daquele que deve ser feito para os próprios casos ditos normais de cumplicidade.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2014) – *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

AMELUNG, Knut (1999) – *Die “Neutralisierung” geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*. Baden-Baden: En Festschrift für Gerald Grünwald.

BAR, Carl Ludwig von (1907) – *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*. Berlim: Verlag.

BECKEMPER, Katharina (2001) – *Straflose Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge*. München : Jura.

BELEZA, Teresa Pizarro (1983) – *Direito Penal*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Vol. 2.

BLANCO CORDEIRO, Isidoro (2008) – *Límites de la participación delectiva : las acciones neutras y la cooperación en el delito*. Granada : Comares.

BRENER, Paula (2021) – *Ações neutras e limites da intervenção punível, Sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

CANCIO MELIÁ, Manuel (1993) – *La teoría de la adecuación social en Welzel*. Madrid: Universidade Autónoma de Madrid.

CORREIA, Eduardo (1988) - *Direito Criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra : Livraria Almedina. Vol. 2.

COSTA, Faria (1982) – *Formas do crime*. In *Jornadas de direito criminal: o novo código penal português e legislação complementar*. Lisboa : Centro de Estudos Judiciários.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) – *Direito penal : parte geral : questões fundamentais, a doutrina do crime*. 2.^a ed. Coimbra : Gestlegal. T. 1.

FEIJOO SANCHÉZ, Bernardo José (2018) – *Límites de la participación criminal, ¿Existe una “prohibición de regreso” como limite general del tipo en derecho penal?*. Santiago-Chile : Ediciones Olejnik.

FERREIRA, Manual Cavaleiro de (1992) – *Lições de Direito Penal : Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. Lisboa : Editorial Verbo.

FRANK, Reinhard (1931) - *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*. Tübingen : Mohr.

FRISCH, Wolfgang (1988) – *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg : Müller C.F.

FRISCH, Wolfgang (2004) – *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

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

HASSEMER, Winfried (1995) – *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, Teil I, Wistra*.

HEFENDEHL, Roland (2010) – Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. V. 18, n. 87 (nov.-dez. 2010) p. 103–120.

HILLENKAMP, Thomas (2023) – *32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München : Vahlen.

JAKOBS, Günter (2003) - «*Beteiligung*», *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*. Berlin : Dolling, Dieter.

JAKOBS, Günther (1977) – Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 89, n. 1 (1977) P. 1-35.

JAKOBS, Günther (1993) – *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*. Berlin : De Gruyter.

JAKOBS, Günther (1995) – Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 107, n. 4 (1995) p. 843-876.

JAKOBS, Günther (1996) – *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción Cancio Meilá, Manuel y Suárez González, Carlos. Bonn : Ad-Hoc.

JAKOBS, Günther (1997) - *La prohibición de regreso en el delito de resultado, Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión, Estudios de derecho penal*. Madrid : UA Ediciones.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996) – *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tradução Miguel Olmedo Cardenete. Granada : Instituto Pacífico.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (2002) - *La complicitad delictiva en la actividad laboral «cotidiana» : contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*. Granada : Comares.

LOBATO, José Danilo Tavares (2014) – Ações Neutras e Teoria do Abuso de Direito : um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo. V. 22, n. 111 (nov.-dez. 2014) p. 113-156.

LUHMANN, Niklas (2009) – *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro : Vozes.

MIR PUIG, Santiago (2005) – *Derecho Penal: parte general 7*. Barcelona : Reppertor.

OTTO, Harro (1998) – “Vorgeleistete Strafvereitelung” durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe. In ESER, A. [et al.] - *Fest-schrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München : C.H. Beck.

OTTO, Harro (2001) – Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. *JuristenZeitung*. V. 56, n. 9 (2001) p. 436–444.

PERÉZ ÁLVAREZ, Fernando (2004) – *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca : Universidad de Salamanca.

PHILIPPOWSKI, Rüdiger (1983) – Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften. In KHOLMANN, Günter [ed.] - *Strafverfolgung und strafverteidigung im Steuerstrafrecht*. Köln : Verlag. p. 131-153.

RASSI, João Daniel (2012) – *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. São Paulo : Faculdade de direito da UPS.

ROBLES PLANAS, Ricardo (2003) – *La participación en el delito. Fundamento y limites*. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

ROBLES PLANAS, Ricardo (2008) – Las “conductas neutras” en derecho penal. La discusión sobre los limites de la complicidad punible. *Revista brasileira de ciências criminais*. V. 16, n. 70 (2008) p. 190-228.

ROXIN, Claus (1986) – *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa : Veja Universidade.

ROXIN, Claus (1995) – *Was ist Beihilfe?*, Kühne, *Festschrift für Miyazawa*. Baden-Baden : Nomos.

ROXIN, Claus (1997) – Observaciones sobre la prohibición de regreso. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. V. 3, n. 6 (1997) p. 19-44.

ROXIN, Claus (2003) – *Derecho penal, parte geral I: fundamentos: la estrutura de la teoria del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peñs [et.al.]. Madrid: Thomson Civitas.

ROXIN, Claus (2003) - *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2003) – Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas. *Revista derecho penal Contemporáneo*. n. 3 (2003) p. 99-130.

SCHUMANN, Heribert (1986) - *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: University of Tübingen.

SILVA, Germano Marques da (2015) – *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2.^a ed. Lisboa : Universidade Católica Editora.

SILVA, Germano Marques da (2018) – *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2.^a ed. Lisboa : Universidade Católica Editora.

SOUSA, Susana Aires de (2005) – A autoria nos crimes específicos : algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A. 15, n. 3 (2005) p. 343-368.

STRATENWERTH, Günter (2005) – *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, Traducción Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid : Thomson Civitas.

TAVARES, Hugo de Matos (2015) - Entre coautoria e cumplicidade : contributos para a análise do «vigia» do facto criminoso na jurisprudência portuguesa. In BELEZA, Teresa Pizarro, coord. ; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, coord. - *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade : 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social*. Coimbra : Almedina.

TRAPPE, Grace Marie Luise Schild (1995) – *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*. Bern : Stämpfl Verlag.

VALDÁGUA, Maria da Conceição (2000) – *Direito Penal, Parte Geral. Sinopse da teoria geral do facto punível*. Lisboa : s.n. Texto facultado pela docente nas aulas de Direito Penal.

VALDÁGUA, Maria da Conceição (2000) – *Síntese da teoria da participação criminosa*. Lisboa, s.n. Texto facultado pela docente nas aulas de Direito Penal.

WEIGEND, Thomas (1998) – *Grenzen strafbarer Beihilfe*. Baden-Baden : Festschrift für Haruo Nishihara.

WEIGEND, Thomas (2002) – Los límites de la complicidad punible. *Revista de derecho penal y criminología*. n. 10 (2002).

WELZEL, Hans (1975) – *Studien zum System des Strafrechts, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York : DeGruyter.

WOHLLEBEN, Marcus (1996) - *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München : Beck.

YACOBUECC, Guillermo Jorge (2019) - Intervención en el delito y conducta neutral. In BOSE, Martin ; SCHUMANN, Kay H. ; TOEPEL, Friedrich [et.al.]. *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos.

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO BGH 1 StR 14/96, 18-04-1996 (LG Stuttgart), relator Rocco Beck, consultado a 15-03-2022. Disponível em WWW:<URL:https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/96/1-14-96.php3>.

ACÓRDÃO BGH 5 StR 729/98, 20-09-1999 (LG Bremen), relator Karsten Gaede, consultado a 02-08-2022. Disponível em WWW:<URL:https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/98/5-729-98.php3>.

ACÓRDÃO BGH 5 624/96, 01-08-2000 (LG Wuppertal), relator Karsten Gaede, consultado a 17-08-2022. Disponível em WWW:<URL:https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/99/5-624-99.php3>.

ACÓRDÃO BGH 4 StR 453/00, 08-03-2001 (LG Stendal), relator Karsten Gaede, consultado a 05-09-2022. Disponível em WWW:<URL:https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/00/4-453-00.php3>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, 31-03-2004, Proc. N.º 04P136, relator Henriques Gaspar, consultado a 21-12-2021. Disponível em WWW:<URL:http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4b0852b0f6ec2a5d802571b8004f378f?OpenDocument>.

ACÓRDÃO BGH 5 StR 592/04, 15-03-2005 (LG Hamburg), relator Karsten Gaede, consultado a 02-09-2022. Disponível em WWW:<URL:https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/04/5-592-04.php>.

ACÓRDÃO BGH 3 StR 470/04, 21-12-2005 (LG Düsseldorf), relator Ulf Buermeyer, consultado a 28-08-2022. Disponível em WWW:<URL:https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/04/3-470-04.php>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, 18-10-2006, Proc. N.º 06P2812, relator Santos Cabral, consultado a 07-12-2021. Disponível em WWW:<URL:http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c64023592245e0618025727600512257>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, 07-11-2007, Proc. N.º 07P3242, relator Henriques Gaspar, consultado a 22-12-2021. Disponível em

WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74ff92ee7849be73802573ef003834ca?OpenDocument>>.

ACÓRDÃO BGH 3 StR 21/08, 11-12-2008 (LG Düsseldorf), relator Ulf Buermeyer, consultado a 02-08-2022. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/08/3-21-08.php>>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.º 583/09, relator Henriques Gaspar, consultado a 08-12-2021. Disponível em WWW:<URL:https://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=27485&codarea=2>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.º 09P0583, relator Fernando Fróis, consultado a 21-12-2021. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/43C7AD2E38E242D2802575BA00466B2F>>.

ACÓRDÃO Tribunal da Relação de Coimbra, 29-09-2010, Proc. N.º 557/09.0JAPRT.C1, relator Alberto Mira, consultado a 01-12-2021. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4e757c8ba841a1e80802577bd0049df3f?OpenDocument>>.

ACÓRDÃO Supremo Tribunal de Espanha (STS), 12-03-2012, Proc. N.º 268/2012, relator Julian Artemio Sanchez Melgar, consultado a 13-01-2022. Disponível em WWW:<URL:<https://vlex.es/vid/-367852770>>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça, 05-06-2012, Proc. N.º 148/10.3SCLSB.L1.S1, relator Armindo Monteiro, consultado a 14-12-2021. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/EFC30399C47F7F3D80257A8B003B4DFE>>.

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, 05-06-2012, Proc. N.º 113/09.3GSELV.E1, relator Carlos Berguete Coelho, consultado a 22-12-2021. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/6E06789B3B69F9C880257DE10056F85D>>.

ACÓRDÃO BGH 1 StR 245/16, 22-09-2016 (LG Hamburgo), relatores Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner, consultado a 17-03-2022. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/16/1-245-16-1.php>>.

ACÓRDÃO BGH 3 StR 511/19, 30-09-2020 (LG Düsseldorf), relator Christian Becker, consultado a 05-09-2022. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/19/3-511-19.php>>.

ACÓRDÃO BGH 1 StR 132/21, 17-06-2021 (LG Rostock), relatores Christoph Henckel e Karsten Gaede, consultado a 10-08-2022. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/21/1-132-21.php>>.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2016) – *Estudos sobre cumplicidade destacados da tese*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

DURKHEIM, Émile (2007) – *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes.

GIDDENS, Anthony (1991) – *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP Fundação.

HILLENKAMP, Thomas (1999) – *32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Auflage Neuwied: Luchterhand.

KITKA, Joseph (1840) – *Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*. Graben: Ben J. G. Ritter von Mösle's witwe und Braumüller, Nr.1144.

KÖHLER August (1917) – *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: De Gruyter.

MIR PUIG, Santiago (2020) - *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del Delito*. Barcelona: Reppertor.

ROXIN, Claus (2006) – *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar.