

Universidades Lusíada

Oliveira, Carolina Bugalho Leal Pais de, 1996-

Os limites da participação criminosa : as condutas valorativamente neutras

<http://hdl.handle.net/11067/7545>

<https://doi.org/10.34628/4MBC-TJ33>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

Neste artigo propomos uma análise às condutas valorativamente neutras (ações neutras). Por recurso ao método dedutivo procuramos evidenciar se devem ou não certos comportamentos quotidianos gerar a responsabilidade daquele que os executa. Com efeito, é colocado o problema e são elaboradas as devidas considerações a respeito da figura que faz fronteira com estas condutas, a cumplicidade. O apoio no participante stricto sensu surge do semelhante distanciamento perante a violação do bem jurídico fu...

In this article we propose an analysis of value-neutral conduct (neutral actions). Using the deductive method, we will seek to demonstrate whether or not certain daily behaviors generate responsibility for those who carry them out. In effect, the problem will be posed and due considerations will be made regarding the figure that borders these conducts, complicity. Support for the participant stricto sensu arises from a similar distance from the violation of fundamental legal rights. The concept ...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Responsabilidade penal - Portugal, Co-autoria - Portugal

Tipo

article

Revisão de Pares

yes

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-22T13:26:40Z com informação proveniente do Repositório

OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO CRIMINOSA. AS CONDUTAS VALORATIVAMENTE NEUTRAS

THE LIMITS OF CRIMINAL PARTICIPATION.
VALUE-NEUTRAL CONDUCTS

Carolina Pais de Oliveira¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/4MBC-TJ33>

Resumo: Neste artigo propomos uma análise às condutas valorativamente neutras (ações neutras). Por recurso ao método dedutivo procuramos evidenciar se devem ou não certos comportamentos quotidianos gerar a responsabilidade daquele que os executa. Com efeito, é colocado o problema e são elaboradas as devidas considerações a respeito da figura que faz fronteira com estas condutas, a cumplicidade. O apoio no participante *stricto sensu* surge do semelhante distanciamento perante a violação do bem jurídico fundamental. É abrangido o conceito de conduta valorativamente neutra, abordada a localização da temática no âmbito da teoria do crime, assim como realizado um excuro a propósito da evolução da dogmática, onde é observado o estado da arte e, seguidamente, após a resenha do pensamento doutrinal e jurisprudencial, tomada uma posição quanto à matéria.

Palavras-chave: Conduta valorativamente neutra (ação neutra); Participante *stricto sensu*; Liberdade profissional; Risco não permitido; Sentido criminoso; Dolo.

Abstract: In this article we propose an analysis of value-neutral conduct (neutral actions). Using the deductive method, we will seek to demonstrate whether or not certain daily behaviors generate responsibility for those who carry them out. In effect, the problem will be posed and due considerations will be made regarding the figure that borders these conducts, complicity. Support for the participant *stricto sensu* arises from a similar distance from the violation of fundamental legal rights. The concept of evaluatively neutral conduct will be covered, the location of the theme

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais - Investigadora colaboradora do CEJEIA - Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais - Grupo 2 - Direito Privado (Universidade Lusíada).

within the scope of crime theory will be addressed, as well as an excursion on the evolution of dogmatics, where the state of the art will be observed, and then, after the review of thought doctrinal and jurisprudential, taking a position on the matter. **Keywords:** Value-neutral conduct (neutral action); *Stricto sensu* participant; Professional freedom; Restricted risk; Criminal sense; Deceit.

Sumário: 1. Introdução; 2. Colocação do problema; 3. A cumplicidade na ordem jurídica portuguesa - breve excursão; 4. O conceito de conduta neutra; 5. Localização da problemática; 6. As condutas valorativamente neutras e as condutas de cumplicidade - a evolução da dogmática quanto ao problema; 6.1. Teorias objetivas indiretamente subjetivas (teorias objetivas); 6.2. Teorias objetivas diretamente subjetivas (teorias híbridas); 6.3. Teorias subjetivas indiretamente objetivas (teorias subjetivas); 6.4. Outras Concepções; 7. Jurisprudência; 8. Posição Adotada; 9. Conclusão; 10. Referências.

1. Introdução

Fruto da crescente aceleração da sociedade verificou-se um aumento das atividades desempenhadas pelos seus membros e desenrolou-se a prática das mais diversas atuações, executadas pelos mais variados profissionais. Neste roteiro, torna-se necessário estabelecer parâmetros para a clarificação do saber até onde podem 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 serviço, podem acabar por se revelar como facilitadoras de um comportamento criminoso praticado por um terceiro. Como tal, deve ser discutida a potencial responsabilidade criminal daquele que acaba por auxiliar o agente da conduta criminoso mesmo que executando uma tarefa recorrente do seu normal exercício ocupacional e deveres a este adstrito. Nestes moldes, surge a problemática interligada às condutas valorativamente neutras.

Partindo do exposto, é necessário procurar-se identificar até onde podem ir os limites da participação criminoso e ponderar até quando é que dadas ações que aparentam uma natureza neutra passam a ter relevância jurídico-penal. Onde a delimitação da atuação enquanto ainda detentora de valoração neutra ou já possuidora de caráter que requeira a 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 represen-

tará uma limitação à liberdade. A potencial punibilidade de dado comportamento praticado no exercício laboral pode colocar em causa a liberdade das pessoas, como a liberdade profissional. Nomeadamente, será de aceitar que aquele que vende o machado por saber ou somente por suspeitar que a outra pessoa irá cometer um facto ilícito deve 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?

Para compreendermos como proceder ao tratamento de tais condutas devemos socorrer-nos de uma abordagem assente no estabelecimento do núcleo de diferenciação entre a conduta jurídico penalmente aceite e a conduta jurídico penalmente reprovável no âmbito de uma conduta de contribuição externamente aceite pela ordem jurídica (identificando o fundamento e requisitos inerentes ao cúmplice), procurar definir o que pode ser entendido como uma conduta valorativamente neutra, elaborar a abordagem de algumas das perspetivas já existentes a respeito da matéria apostando, maioritariamente, no recurso ao Direito Comparado, procurando, por fim, posicionamo-nos quanto ao tema.

2. Colocação do problema

O objeto deste estudo surge quando, no exercício de uma atividade aparentemente lícita de foro profissional acaba por ocorrer uma contribuição material para a prática de um crime por parte de outrem. E a questão levanta-se, visto que deve ser analisado quer o lado externo, objetivo, quer o lado interno, subjetivo, dessa mesma conduta. Estão em causa comportamentos resultantes predominantemente de relacionamentos sociais, que fazem com que paire uma forte incógnita a respeito da sua necessidade de responsabilização. Como refere PAULA BRENER *“São diversas as condutas que possibilitam ou favorecem fatos ilícitos, as quais não são, em si, inequivocamente delitivas. Ações ubíquas que, embora aproveitadas por um terceiro em seu plano delitivo, não ultrapassam, aprioristicamente, a esfera da normalidade, isto é, da neutralidade”*².

Competindo ao Direito acompanhar toda a evolução que se dá na sociedade, constituindo este o núcleo essencial para a sua existência, as condutas valorativamente neutras surgem como resultado dessa evolução. Note-se que nos referimos a uma matéria iniciada em tempos remotos, por reflexo das relações socioeconómicas, relações estas que, por sua vez, ocorrem há várias décadas, e que, aos dias correntes, representam ainda mais amplos comportamentos corriqueiros. Tratamos de comportamentos caracterizados por comuns e que são frequentemente adotados, diariamente realizados, e que aumentam constantemente em elevada escala, algo que os próprios meios tecnológicos o vieram evidenciar fortemente. Observe-se que

² 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, p. 27 e 28.

no seio dos comportamentos quotidianos constatam-se não apenas situações puramente mercantis de transações de mão em mão, como situações que os próprios desafios originados do fluente impulso tecnológico fizeram surgir, determinando que transações virtuais possam ser cogitadas quanto ao seu caráter rotineiro quando há o conhecimento de que com o objeto transacionado será cometido um ilícito criminal. Já os casos clássicos de comportamentos quotidianos são: o taxista que transporta alguém que sabe que irá praticar um crime no lugar para onde o transporta³, a prestação de consultoria jurídica cuja pessoa a quem esta é prestada se aproveitará desta para a realização de um crime e quem a realiza sabe que a pessoa a quem esta é prestada a pretende com a utilidade de praticar um crime⁴, a venda de um pão por um padeiro a alguém que sabe que o usará para envenenar a mulher⁵, a compra e venda de um carro por uma pessoa a um comerciante profissional sabendo-se que não há pagamento do imposto comercial geral⁶, a venda de bebidas alcoólicas e alimentos a terceiro que gere um bordel de forma proibida⁷, a venda de uma chave de fendas que o comprador utilizará para forçar a entrada numa habitação alheia com o intuito de praticar um roubo⁸ ou 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, destacamos o âmbito da denominada causação indireta do resultado mediante condutas neutras em prol da causação direta do resultado mediante tais condutas⁹. Significa a primeira, causação indireta do resultado, que a questão deve ser discutida no campo da participação criminosa, mais concretamente no âmbito da cumplicidade. No qual, 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 de terceiro¹⁰.

³ JAKOBS, Günther (1996) - *La imputación objetiva en Derecho penal*, Traducción Cancio Meilá, Manuel y Suárez González, Carlos. Bonn: Ad-Hoc, p. 107.

⁴ ROXIN, Claus (2003) - *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck, p. 208 e ss.

⁵ JAKOBS, Günther (1996), op. cit., p.107.

⁶ WOHLLEBEN, Marcus (1996) - *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München: Beck, p. 9.

⁷ Vide RGST, 1906, vol. 39, p. 44, caso que surgiu na jurisprudência alemã.

⁸ WEIGEND, Thomas (1998) - *Grenzen strafbarer Beihilfe*. Baden-Baden: Festschrift für Haruo Nishihara, p. 199.

⁹ As condutas neutras mediante a causação direta do resultado interligam-se ao domínio da autoria. ROBLES PLANAS, Ricardo (2003) - *La participación en el delito. Fundamento y límites*. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 40 e 41.

¹⁰ ROBLES PLANAS menciona, quanto aos casos de causação indireta do resultado mediante condutas neutras, que do ponto de vista externo, objetivo, estão em causa condutas executadas segundo um rol, padrão, estereótipo, traduzindo-se em ações tidas por inócuas e intercambiáveis, características externas estas que surgem fortemente acentuadas pela circunstância de, entre a conduta

Desafortunadamente, as hipóteses das condutas neutras em variados ordenamentos jurídicos encontram-se numa zona cinzenta a aguardar soluções concretas. Embora o seu estudo tenha sido iniciado em alguns destes, que tentam assumir alguma resolução na identificação e perspetivar o tema, outros pecam por escassez ou ausência de investigação científica. No entanto aquilo que se tem verificado pela doutrina e jurisprudência que se debruçam sobre este é que, dada a semelhança de uma conduta neutra e uma conduta de participação, o caminho que poderá ser seguido, e o 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 criminosa. À cumplicidade estão inerentes determinados requisitos, os quais podem ser tidos como elementos objetivos e subjetivo, que se tornam indispensáveis de se verificar para que se possa qualificar o agente como cúmplice e expressar a sua relevância jurídico-penal fundamentando a intervenção do Direito Penal. 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 como cúmplice de um crime.

3. A cumplicidade na ordem jurídica portuguesa - breve excuro

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”*¹¹. 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 requer dolo da sua parte. Tal permite-nos 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)¹². Como menciona FIGUEIREDO DIAS, a atuação do cúmplice

e a produção do resultado se interpor um segundo sujeito que é quem transporta, transforma ou direciona a contribuição até ao crime. 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. 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 crime. ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op.cit.*, p. 39 e 40.

¹¹ Portugal. DL n.º 48/95, de 15 de Março. Código Penal. Diário da República. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis.

¹² BELEZA, Teresa Pizarro (1983) - *Direito Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade

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 deste¹³.

Recorde-se que no contexto das condutas dolosas é defendido 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 típico¹⁴. 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 mas são caracterizados pela contribuição que prestam ao autor material. Em Portugal à semelhança do que ocorre na Alemanha, 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)¹⁵. A cumplicidade material consiste na exteriorização de um comportamento que se dirige ao favorecimento do facto do agente¹⁶ e é relativamente a esta que se colocam as condutas valorativamente neutras. Também é entendido que tem de ser verificada a causalidade do 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 prestado¹⁷. Deve existir o início da

de Direito de Lisboa, Vol. 2, p. 478. VALDÁGUA, Maria da Conceição (2000), op. cit., p. 21 e ss.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) - *Direito penal : parte geral : questões fundamentais, a doutrina do crime*. 2.ª ed. Coimbra : Gestlegal. T. 1., p. 963.

¹⁴ VALDÁGUA, Maria da Conceição (2000) - *Síntese da teoria da participação criminosa*. Lisboa, s.n. Texto facultado pela docente nas aulas de Direito Penal, p. 293. DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), op. cit, 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), p. 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, p. 701 e ss.

¹⁵ 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 20-12-2023. Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.o 583/09, relator Henriques Gaspar, consultado a 20-12-2023.

¹⁶ Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 31-03-2004, Proc. N.o:04P136, relator Henriques Gaspar, consultado a 21-12-2023.

¹⁷ 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 [...].”

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 limitada¹⁸. 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, portanto a responsabilidade do participante está condicionada pela responsabilidade do autor¹⁹. Como deriva da própria letra da lei quando evidencia que o auxílio deverá ser prestado ao facto de outrem. Assim como expressa a fonte legal, que outro elemento indispensável à cumplicidade é a existência de dolo por parte do autor material. E, em termos subjetivos especificamente quanto ao cúmplice deve verificar-se o duplo dolo do mesmo²⁰. 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 execução²¹ - v.g. O A que empresta a arma ao amigo B que com esta mata outra pessoa e o C que leva o amigo D até uma loja onde D praticará um roubo indo embora após deixar D no local²² -, embora esta igualmente possa ocorrer após o início da execução.

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 21-12-2023: “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.”

¹⁸ Vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.o: 09P0583, relator Fernando Fróis, consultado a 22-12-2023: “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 22-12-2023: “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.”

¹⁹ Vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 05-06-2012, Proc. N.o: 113/09.3GSELV. E1, relator Carlos Berguete Coelho, consultado a 22-12-2023: “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.”

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), op. cit., p. 971.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo (2019), op. cit., p. 969.

²² “[...] com o objectivo 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 perspectiva 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. - *Participação, pessoas coletivas e responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social*. Coimbra : Almedina, p.293.

Desta forma, o preenchimento dos pressupostos de facto do artigo 27.º do CP 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. E, uma vez que a conduta do cúmplice apenas aumenta a possibilidade de sucesso da realização do crime, afere-se que 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 afirmar que o crime seria realizado na mesma, embora diverso certamente em circunstâncias, modo, tempo e lugar²³. O que temos é uma participação secundária, fruto do menor grau de gravidade objetiva²⁴. 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).

4. O conceito de conduta valorativamente neutra

Em virtude das formulações apresentadas para perfazer o conceito de conduta valorativamente neutra, constata-se diversas propostas que culminam em determinados aspetos, o que permite uma aproximação àquilo que poderá ser aceite como uma ação neutra, e assim o tem vindo a ser pela jurisprudência dos ordenamentos jurídicos que reconhecem a sua existência, possibilitando a sua posterior análise jurídico-criminal.

O leque de autores que se tem manifestado no sentido de apresentar uma concretização deste conceito é vasto. Designadamente, LUÍS GRECO define as ações neutras como contribuições a facto alheio não manifestamente puníveis²⁵, uma vez que estão em causa condutas que se traduzem em contribuições a dado facto ilícito alheio que à primeira vista aparentam ser completamente normais. Comportamentos estes que 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 da “aura angelical” do que é socialmente adequado. No mesmo sentido, PAULA BRENER entende que estão em causa comportamentos com caráter socialmente disponível que fomentam ou favorecem a concretização de um crime por parte de um terceiro e que

²³ SILVA, Germano Marques da (2018) - *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2.ª ed. Lisboa : Universidade Católica Editora., p.372. Correia, Eduardo (1988) - *Direito Criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Livraria Almedina. Vol. 2, p. 251.

²⁴ 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. 491.

²⁵ GRECO, Luís (2004) - *Cumplicidade através de ações neutras, A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 110 e ss.

pecam na apresentação de margens pouco estabelecidas a respeito da sua correspondente punição²⁶. Também ROBLES PLANAS evidencia que as condutas neutras são aquelas que criam um estado compatível com a lei penal, são ações não lesivas do ordenamento jurídico, do ponto de vista externo, resumindo-se a comportamentos que acabam por facilitar ou favorecer de modo consciente um crime alheio através de contribuições adequadas, quer da perspectiva social quer profissional, tidas como *standard*, em conformidade com o correspondente desempenho de atividades usuais da vida rotineira²⁷. Enquanto CLAUS ROXIN entende que não existem condutas neutras propriamente ditas, na medida em que 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. Neutras em si só aquelas que não constituem qualquer tipo de contribuição ao crime de outrem. 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 cumplicidade²⁸. Tal como, FRANCISCO AGUILAR sustenta que os comportamentos ditos neutros são apenas os que surgem como insuspeitos, inócuos e levam à impunidade da conduta, que uma conduta em si neutra não existe, dado que se esta 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, em concreto, a definição de uma ação como neutra é reservada somente aos comportamentos considerados por impuníveis pela sua não violação da disposição legal²⁹.

5. Localização da problemática

A respeito da localização, o saber em qual dos pressupostos da teoria do crime devem as hipóteses das condutas valorativamente neutras ser analisadas, surge uma discrepância de pensamentos.

Num extremo é desenvolvida a teoria extensiva que enuncia a existência de cumplicidade quando se dá o auxílio à prática de um crime alheio o que, conseqüentemente, leva a que não exista qualquer razão para que se procure restringir a punição como cumplicidade nos casos de ações neutras, visto

²⁶ BRENER, Paula (2021), *op.cit.*, p. 33 e ss.

²⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *op. cit.*, p. 14.

²⁸ 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. ROXIN, Claus (2003), *op.cit.*, p.206.

²⁹ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2014) – *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa., p. 808.

que no seu desenrolar é precisamente esse mesmo auxílio no facto de terceiro que ocorre, devendo os casos de cumplicidade ser extensíveis a estas hipóteses. Onde, no limite, qualquer especificidade deve ser observada no momento da determinação da medida concreta da pena, como factor atenuante da sanção penal. Razões de interpretação literal e sistemática assim o justificam, sendo realçada a circunstância de nos diversos ordenamentos jurídicos não ser legalmente disposta a forma, o modo e os meios de atuação para que o agente seja considerado cúmplice. De onde resulta que qualquer conduta que cumpra as exigências legalmente impostas será tida como uma conduta de cumplicidade. No entendimento dos defensores desta teoria a não extensão destas hipóteses aos casos de cumplicidade gera a atribuição de um privilégio inexplicável fomentando o aparecimento de um mercado destinado ao favorecimento de crimes³⁰. Atualmente a teoria extensiva carece de apoiantes, pois para a grande maioria dos autores o que é aceite é que é na ilicitude típica penal de um facto que deve ser abordada a questão das ações neutras³¹. Onde 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. Não sendo a pura causalidade fundamento por si só, leva a que seja preciso que se verifique a ilicitude penal de um facto, 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. Há ainda quem considere que o problema das condutas neutras deve ser resolvido no âmbito da ilicitude. Acontece que, mediante a sua aferição pela fórmula negativa, as condutas neutras devem ser consideradas como uma causa de exclusão da ilicitude. De onde provém que, se o 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, a conduta não perde a sua neutralidade. Observemos designadamente a lei penal espanhola, onde o exercício de um direito procedente de um ofício ou cargo previsto legalmente confere uma causa de justificação. Este cumprimento de funções de caráter profissional justifica o comportamento do agente, ficando o desvalor indiciado

³⁰ HILLENKAMP, Thomas (2023) – 32 *Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Vahlen, p. 235 e ss. BECKEMPER, Katharina (2001) – *Straflose Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge*. München: Jura, p. 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, p. 193 e 194.

³¹ *Infra* página 12 e ss. do presente artigo.

pelo tipo anulado³². A mesma não se encontra refletida quer no ordenamento jurídico alemão quer no ordenamento jurídico português.

Conclui-se assim quanto ao momento da análise das ações neutras que a maioria da doutrina defende que o problema se resolve no âmbito da tipicidade. 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.

6. 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 posicionamentos a respeito da sua resolução. 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 evidenciam-se vozes acerca do assunto. E, entre as perspectivas consideradas por inicialmente adotadas como solução a esta temática das condutas valorativamente neutras, destacam-se as que invocam o princípio da insignificância, o princípio da confiança, a teoria da adequação social³³ e o princípio da proibição de regresso³⁴.

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 perante 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. Há nessas situações uma negação da dignidade penal, da sua suscetibilidade de punibilidade, não são merecedoras de pena e é o que ocorre mediante a prática de uma conduta neutra. Por seu turno, o princípio da confiança é aquele que parte da premissa de que toda a pessoa pode confiar que os outros não irão cometer factos puníveis dolosos, que não se tem de contar que alguém irá praticar um facto criminoso³⁵. Pelo contrário, deve reconhecer-se que terceiros irão adotar condutas ao abrigo das normas, caso contrário estar-se-ia a fomentar uma socie-

³² Veja-se a este propósito a referência feita a AMELUNG a respeito do problema da consultoria jurídica no seio da ilicitude. GRECO, Luís (2004), *op.cit.*, p. 114.

³³ *Infra* página 13 do presente artigo.

³⁴ *Infra* página 14 do presente artigo.

³⁵ ROXIN, Claus (1997) - *Observaciones sobre la prohibición de regreso*. In Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. V. 3, n.6, p. 29 e ss.

dade 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.

6.1. Teorias objetivas indiretamente subjetivas (teorias objetivas)

O afunilamento da busca da resolução face à questão das condutas valorativamente neutras tem surgido no núcleo da tipicidade. Quanto ao tipo objetivo há uma incidência da potencial solução no campo da imputação objetiva, entendida por referência à teoria do risco. Enquanto no tipo subjetivo a resposta encontra-se essencialmente a propósito dos conhecimentos especiais do agente. Encontrando-se até quem sustente a conjugação clara entre evidências objetivas e subjetivas. As teorias objetivas indiretamente subjetivas são aquelas que fazem depender a existência de um risco tipicamente desaprovado de 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. Neste ponto destacamos algumas das mais conhecidas teorias objetivas.

A teoria da solidarização com o ilícito alheio de HERIBERT SCHUMANN procura um equilíbrio entre o princípio da autorresponsabilidade e o fundamento e limites do ilícito da participação. Onde o autor encontra a razão do seu entendimento na noção *welziana* de “desvalor do ato” (*aktunwert*) enquanto elemento de lesividade social que toda a ação criminosa contém, sendo que o desvalor surge da solidarização que se verifica para com o crime do autor, resultando do compartilhamento do facto com outrem, do qual provém um reconhecimento da tomada de posição em prol do ilícito criminal³⁶. Com efeito, a mera contribuição causal (dolosa) só por si não é suficiente, demonstrando-se essencial a verificação da solidarização com o ilícito alheio, de modo objetivo, tendo o contributo para o crime que apresentar uma dimensão que constitua o núcleo do ilícito. Assim, para que o cúmplice seja punido é essencial que se encontre na conduta do participante um particular desvalor da ação que acaba por aparecer como um desvalor socialmente insuportável para a comunidade jurídica³⁷. Sustenta o penalista que 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 vigên-

³⁶ SCHUMANN, Heribert (1986) - *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: University of Tübingen, op. cit., p. 50 e ss.

³⁷ SCHUMANN, Heribert (1986), op. cit., p. 49.

cia do Direito, para a segurança jurídica e paz social, e é adequada para gerar precisamente o desvalor social insuportável para a própria comunidade³⁸. No âmbito das condutas neutras, a regra é a de que não há quaisquer manifestações da solidarização face ao facto alheio, consequentemente não há lugar à cumplicidade³⁹. E, no caso de se verificar a circunstância do terceiro revelar a sua intenção criminosa ou aquele 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 comprovar o critério da proximidade em relação ao facto, gerando cumplicidade se com a conduta supostamente neutra se verificar uma solidarização objetiva elevada⁴⁰.

Já a teoria da adequação social de HANS WELZEL apresenta como solução a aplicação da teoria da adequação social. Onde o autor procura afirmar que devem permanecer fora do conceito de ilícito todas as condutas que se movam funcionalmente dentro da ordem historicamente constituída (ações socialmente adequadas). Todas as condutas integradas na própria organização da vida em comunidade em dado momento histórico devem ser consideradas como não constitutivas de crimes⁴¹, destacando-se um conceito normativo assente na ética social, dado que estão em causa condutas que se movimentam dentro da ordem “ético-social” historicamente estabelecida da vida em sociedade, mesmo quando enquadráveis em dado tipo legal. Segundo o penalista, são aceites socialmente, por serem de carácter adequado, os negócios que se mantêm no marco da atuação em conformidade com a ordem jurídica, mesmo quando destes resultem determinados prejuízos⁴². 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 social⁴³. As condutas neutras constituem ações socialmente adequadas.

³⁸ SCHUMANN, Heribert (1986), op. cit., p. 49.

³⁹ SCHUMANN, Heribert (1986), op. cit., p. 60 e ss. 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 alheio.

⁴⁰ SCHUMANN, Heribert (1986), op. cit., p. 69.

⁴¹ WELZEL, Hans (1975) – *Studien zum System des Strafrechts*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Berlim/New York: DeGruyter, p. 141.

⁴² WELZEL, Hans, op. cit., p. 55.

⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel (1993) – *La teoría de la adecuación social en Welzel*. Madrid: Universidade Autónoma de Madrid, s.n. p. 698 e 699.

Por sua vez, a teoria da adequação profissional de WINFRIED HASSEMER que surge, das raízes da teoria da adequação social, propõe como solução, para a aferição da culpabilidade, a necessidade de restringir o núcleo concreto da teoria da adequação social, em virtude de apenas englobar os grupos sociais aos quais o Direito presta reconhecimento das suas próprias normas e não a sociedade como algo uno⁴⁴. Esta teoria tem por finalidade fazer notar as normas presentes nos vários grupos profissionais, defendendo a essencialidade de complemento entre as normas jurídico-penais e as normas profissionais, tendo em conta a atividade praticada por dado grupo profissional que é juridicamente reconhecida pela ordem jurídica. HASSEMER salienta que as normas profissionais não apresentam qualquer contradição ao ordenamento jurídico penal, mas que o tornam concreto, na medida em que o complementam, daí que a sua normatividade deva ser aceite, não sendo suscetíveis de preencher qualquer tipo⁴⁵. Partindo deste entendimento também 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, pois igualmente beneficiam da mesma presunção. Tal presunção justifica que cada adequação profissional seja sujeita ao exame da sua contrariedade face ao Direito⁴⁶, sendo que a culpabilidade somente poderá ser afirmada nos casos em que se verificar em si um desrespeito pelas próprias regras profissionais.

Quanto às teorias interligadas com o princípio da proibição de regresso, REINHARD FRANK apresenta-nos o princípio que pressupõe que a ação dolosa e culposa de um terceiro gera um novo curso causal, interrompendo o nexa causal do comportamento praticado pelo primeiro agente. Posto que ao ser caracterizada como livre, a conduta dolosa e culpável do terceiro influencia a causalidade da primeira, evidenciando-se uma teoria estreitamente ligada à causalidade⁴⁷. Por seu turno, situações de participação criminosa são caracterizadas como exceções legais a este princípio, fazendo com que a ação livre por parte do terceiro não determine uma nova cadeia causal, por força da não interrupção do nexa causal. Daqui resulta que o criador de dado *vorbedingungen* somente pode ser punido a título de participação quando verificados os respetivos pressupostos a esta inerentes⁴⁸. Partindo deste raciocínio as hipóteses de condutas valorativamente neutras igualmente representam uma exceção ao princípio da proibição de regresso, uma vez que existe uma relação causal entre a ação e o resultado.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried (1995) – *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, Teil I, Wistra., p. 43.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried (1995), op. cit., p. 81.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried (1995), op. cit., p. 86.

⁴⁷ FRANK, Reinhard (1931) – *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*. Tübingen: Mohr, p. 14.

⁴⁸ FRANK, Reinhard (1931), op. cit., p. 14 e ss.

Por sua vez, GÜNTHER JAKOBS formula uma proibição de regresso com base na imputação objetiva⁴⁹. Entendendo certa conduta como participação criminosa ou não, em razão da averiguação do risco criado ou aumentado pelo agente ser ou não permitido. Já o risco ser permitido ou não permitido, encontra-se dependente da existência ou inexistência de um sentido ou finalidade autônoma quanto à própria contribuição que é prestada. Para JAKOBS deve ser excluída qualquer intervenção penal perante aquele que presta o seu contributo de auxílio quando se comprove que a sua conduta, no instante em que é praticada, não depende da continuação da correspondente conduta típica do autor material. Pelo contrário, deve existir responsabilidade criminal por parte daquele que presta a sua contribuição, quando quem presta o seu contributo adota o seu comportamento ao plano criminoso de outrem (comprovando-se o sentido criminoso) onde a imputação vê-se excluída sempre que a conduta surja objetivamente com sentido além do posterior facto do autor. Quanto ao cenário das condutas neutras não se verifica qualquer sentido da prática conjunta da respectiva conduta, o que há é um comportamento aceite, do ponto de vista normativo, pois o que se observa é uma distância, uma não adaptação, face à conduta criminosa do autor material por parte daquele que presta a contribuição. Só, se se comprovar, uma adaptação da conduta de quem contribui no âmbito quotidiano ao plano do autor material, é que existirá responsabilidade. O sentido criminoso implica que exista uma razão objetiva que o sustente, pois 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 perspectiva de JAKOBS tem por base o seu entendimento a respeito da finalidade do Direito Penal⁵⁰. Levando

⁴⁹ BLANCO CORDEIRO, Isidoro (2008) – *Límites de la participación delictiva: las acciones neutras y la cooperación en el delito*. Granada: Comares., p. 42. JAKOBS procura fazer o paralelismo para com os crimes omissivos. Recordando que, tal como acontece num crime cometido a título de omissão, em que não é suficiente a própria inevitabilidade do resultado para que possa existir uma imputação do ilícito criminal, pois é determinante atender à capacidade de o agente o evitar, quando se desenrola a prática ativa de um crime o mesmo deve suceder. Tal ocorre, na proporção em que a causalidade é encarada por evitável devendo, inclusive, ter-se em conta a responsabilidade pela respectiva consequência. JAKOBS, Günther (1996), op. cit., p. 697.

⁵⁰ Segundo o penalista, a finalidade última do Direito Penal não se reverte à proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais mas à identidade normativa da sociedade, tendo por fim garantir a vigência de determinadas normas consideradas como imprescindíveis para dada sociedade (a proteção da vigência do ordenamento jurídico) constituindo 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 à ultrapassagem de fronteira. JAKOBS, Günther (1995) – *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*. In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. V. 107, n. 4 (1995), p. 843. Entendimento baseado em NIKLAS LUHMANN, para quem o Direito tem por função a estabilização das expectativas normativas, limitando a potencialidade de atuações, deve verificar-se uma estabilização da norma face aos factos

a que uma não adaptação ao comportamento criminoso e o limitar-se a atuar segundo o que é expectável, no âmbito do exercício da sua profissão aceite pela sociedade, gere o cumprimento do papel social. Todavia se se verificar a adaptação ao comportamento criminoso do autor material, aí aquele que contribui já se encontra fora do seu papel social. Quanto aos conhecimentos especiais, estes 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 terceiro, situação em que o crime acaba por se originar da própria proximidade das circunstâncias do facto. O que significa que há a possibilidade de, em casos limite, o papel social não ser suficiente só por si de garantir a impunidade daquele que presta a sua contribuição de relance neutra, pois verificadas 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 contribuição tida por neutra deixa de ter um 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 criminoso⁵¹.

Enquanto que FEIJOO SÁNCHEZ, a respeito da proibição de regresso, 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 criminoso⁵². Onde 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 verifica⁵³. Por sua vez, nas situações de favorecimento do crime, posterior ao começo da tentativa, todo o favorecimento da conduta de contribuição adquire o sentido objetivo de cooperação ou cumplicidade. - v.g. alguém chega a uma droguaria 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

gerando proteção a quem possui determinada expectativa 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.

⁵¹ JAKOBS, Günter (2003) - «Beteiligung», *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht*, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. Berlin: Dölling, Dieter, p. 566.

⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2018) - *Límites de la participación criminal, ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*. Santiago-Chile : Ediciones Olejnik., p. 50 e ss.

⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 52 e p. 63 e ss.

a prática do crime⁵⁴. Já nos casos em que o autor material decide cometer um crime, está na fase dos atos preparatórios e existem dados objetivos que o demonstram, 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, torna-se crucial observar as considerações do caso ao evito de desvalorizações penais distintas perante situações valorativamente equivalentes, onde não há qualquer dado relevante do ponto normativo que fundamente um desvalor distinto mais além da relação naturalística de causalidade⁵⁵. Sendo um Direito que respeita a liberdade de atuação 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 adequado⁵⁶, evidencia o penalista que, embora a impunidade seja mais evidente quando aquele que favorece o crime cumpre com as suas obrigações legais (cumpre as normas que regulam dada atividade), tal não impossibilita que haja relevância penal desse mesmo comportamento como participação em um crime se a conduta adquirir qualquer grau de solidariedade com a futura conduta do autor material. Assim, há cumplicidade nos casos em que a conduta adquire um grau de solidariedade com a futura conduta do terceiro⁵⁷. – 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 neutra⁵⁸. Desenrola-se uma aproximação com a teoria de SCHUMANN mediante o apoio na verificação de um grau de solidarização com o futuro comportamento do autor material para que a cumplicidade seja gerada, perdendo as condutas ditas neutras o seu caráter neutro.

⁵⁴ Refere o autor: “[...] *cuanto más objetivada y cercana este la realización del tipo, más difícil le será alque la favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistência 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 SÁNCHEZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 58.

⁵⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 59.

⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 59.

⁵⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 62.

⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2018), op. cit., p. 62 e 63.

No que concerne às teorias inerentes à idoneidade, LUÍS GRECO defende que a identificação do risco permitido ou não permitido pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade e o interesse de proteção de bens jurídicos. Ponderação esta que deve ser feita por recurso a critérios como a figura do homem prudente e o princípio da confiança⁵⁹. Entende o autor que os comportamentos neutros interligam-se ao desvalor da ação e não ao campo do desvalor do resultado (campo da materialização do risco)⁶⁰ e, que o fundamento da prática de condutas neutras constituírem um risco juridicamente desaprovado na proibição, afere-se com base na ideia de idoneidade defendida por WOLFGANG FRISCH. Com apoio na disposição do artigo 29.º da lei penal brasileira que declara punível “*quem, de qualquer modo, concorrer para o crime [...]*”⁶¹, o penalista salienta que as hipóteses de condutas neutras, contribuições não manifestamente puníveis, correspondem a hipóteses com falta de previsão legal, situação esta que leva a que o princípio da proporcionalidade ajude em sede de interpretação de normas, mais concretamente o princípio da idoneidade⁶². Resultando que 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. 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 (a proteção do bem jurídico em concreto e não em abstrato)⁶³. 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 deste. “Melhorar” no sentido do critério proposto pressupõe uma melhora relevante: menos do que salvar, mas mais do que modificar⁶⁴. 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).

⁵⁹ GRECO, Luís (2004), op. cit., p. 120 e ss.

⁶⁰ GRECO, Luís (2004), op. cit., p. 121 e ss.

⁶¹ Brasil. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

⁶² GRECO, Luís (2004), op. cit., p. 137 e ss.

⁶³ GRECO, Luís (2004), op. cit., p. 140 e ss.

⁶⁴ GRECO, Luís (2004), op. cit., p. 142.

Na mesma linha de raciocínio, PAULA BRENER entende que os pressupostos necessários para a configuração típica da cumplicidade consistem também na verificação da idoneidade da norma proibitiva e na presença do sentido criminoso do comportamento. Para tal, evidencia que a participação punível deve ter em conta o critério negativo do risco permitido e o critério positivo do risco proibido. Onde, a determinação do desvalor da ação depende da observância do critério da idoneidade atendendo ao princípio jurídico penal da proteção de bens jurídicos fundamentais. Recorrendo à formulação de GRECO, a mesma refere que se aceita somente considerar idóneas as proibições que proporcionam uma significativa melhora para a condição do bem jurídico⁶⁵. 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. 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 cúmplice⁶⁶. 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. 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. 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.

A respeito da teoria do dever de solidariedade apresentada por JOÃO RASSI, este aceita que o debate relativo às condutas neutras opera a nível da aplicação da teoria da imputação objetiva e está diretamente ligada a um dever de solidariedade. Daí que, a seu ver, constituindo o comportamento valorativamente neu-

⁶⁵ BRENER, Paula (2021), op. cit., p. 187 e 188.

⁶⁶ Salaria 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.

tro um incremento do risco permitido para o facto do autor, deve ser não só questionado 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, uma vez que o seu carácter neutro apresenta em si um risco não proibido. Quanto à última questão é invocado o recurso ao designado princípio da solidariedade humana. Explica o penalista que, as hipóteses de condutas neutras encontram-se no limite “para baixo” da participação, devendo a avaliação do ilícito daquele que pratica tal conduta, ser observada atendendo à existência ou inexistência de solidariedade⁶⁷. E, ao encontro de um conceito objetivo de solidariedade, recorda as concepções dos sociólogos ÉMILE DURKHEIM e ANTHONY GIDDENS, abarcando os fundamentos da responsabilização da participação⁶⁸, finalizando, entendendo que a organização social contemporânea, assente em sociedades extremamente complexas, não só caracterizadas pela divisão de trabalho como na ampla especialização, o 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 que leva a que seja essencial que cada qual compreenda a sua própria perícia. Perícia essa que se reflete como opaca ao controlo dos restantes, o que fomenta o desencadeamento de uma forte relação de confiança e solidariedade entre os sujeitos. Para JOÃO RASSI, é neste contexto, que 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, pois só assim a integração social acontece. De onde deriva que, 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”⁶⁹. Para o penalista cabe ao Estado tutelar penalmente este dever, impor uma ação “solidária” (sem prescindir de uma previsão legal expressa, dependente do preenchimento de dados requisitos e condições). Saliante 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

⁶⁷ 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.

⁶⁸ RASSI, João Daniel (2012), op. cit., p. 146 e ss.

⁶⁹ RASSI, João Daniel (2012), op. cit., p. 148.

os cidadãos. Invocando FIGUEIREDO DIAS recorda que o número de omissões jurídico-penalmente relevantes terá tendência para aumentar, em número e em significado, no seio da “sociedade de riscos”, gerando a necessidade de diferenciação entre aquilo que é um dever de solidariedade daquilo que é um dever de vigilância. Com efeito, o autor 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*”⁷⁰.

Por outro prisma, mediante a invocação do sentido criminoso e o princípio *cogitationis poenam nemo patitur*, ROBLES PLANAS menciona que as condutas neutras ocorrem maioritariamente no decurso de interações verticais, que se refletem 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 as intenções criminosas de terceiro que visa praticar um crime⁷¹. Em que, partindo da ideia de FRISCH, referente ao princípio da idoneidade, é identificado o lado objetivo da conduta do participante como o 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 proibição⁷². Daí que o penalista sustente que, a questão relativa à relevância penal dos comportamentos rotineiros de intervenção no crime, caia de pleno dentro do âmbito da liberdade geral de atuação, de onde decorre que se trata de uma matéria a ser resolvida no quadro da relevância do risco, do ponto de vista objetivo, que estas condutas geram para os interesses ou bens penalmente protegidos⁷³. Onde os conhecimentos do agente poderão relevar apenas quando em momento anterior se comprovou a correspondente presunção de um risco objetivamente desaprovado. E, a aceitação de que o perigo surge apenas através do conhecimento do sujeito entra em direta contradição com o *princípio cogitationis poenam nemo patitur*⁷⁴. Princípio segundo o qual, o que o sujeito conhece, pensa ou deseja permanece 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

⁷⁰ Figueiredo Dias apud RASSI, João Daniel (2012), op. cit., p. 149. Dado o exposto, o critério do dever de solidariedade somente é aplicável quando houver expressão legislativa nesse sentido, sendo o critério normativo a ser utilizado o da violação do dever de solidariedade, disposto legalmente nos crimes omissivos no Código Penal brasileiro.

⁷¹ ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), op. cit., p. 27 a 30.

⁷² ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), op. cit., p. 209.

⁷³ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), op. cit., p. 210.

⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), op. cit., p. 211.

e o desejo não se podem punir enquanto não se traduzam numa configuração externa objetivamente desaprovada por si mesma. Neste âmbito entende o autor que a conduta neutra 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 o realiza. Tal como, se a conduta não revela um sentido criminoso isso não afeta o assim apurado no lado objetivo da conduta por muito imorais ou desaprovadas 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 perigoso⁷⁵. Nos casos das condutas neutras de favorecimento, o mero saber, conhecer, move-se dentro do campo das *cogitationis*, porém deve-se também admitir que o atuar com conhecimento não excede, só por si, o âmbito privado. ROBLES PLANAS concretiza que se, pelo contrário, é traçada a respetiva fronteira do privado no mero 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 conduziria a que bastasse qualquer desculpa para justificar a análise dos correspondentes motivos que levam os cidadãos a agir de dada forma⁷⁶. Acrescenta que no Direito Penal de um Estado de liberdade o que está em causa é o controlo do externo⁷⁷, sendo o núcleo central da questão o de perceber se as condutas em causa geram um risco penalmente desaprovado.

⁷⁵ 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 permitido. Indica Robles Planas que: “[...] *El significado de los actos no debe regirse ni por el significado outorgado 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., p. 211 e 212.

⁷⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), op. cit., p. 212.

⁷⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), op. cit., p. 213.

6.2. Teorias objetivas diretamente subjetivas (teorias híbridas)

As teorias objetivas diretamente subjetivas, surgem da aceitação direta pelos seus defensores de que para a chegada a um consenso a respeito das ações rotineiras é preciso aceitar que estão em causa factores externos e internos cumulativamente. São posições objetivas que de modo direto também são subjetivas e são as adotadas por determinados autores que apelam expressamente a posições mistas.

WOLFGANG FRISCH apresenta-nos a ideia inerente a um dever de solidariedade (omissão de auxílio). Perspetiva o autor que, de modo geral, qualquer conduta é suscetível de se refletir na lesão de bens jurídicos fundamentais. Contudo, não se podem proibir comportamentos apenas com esse dado, posto que a liberdade não pode ser limitada dessa forma. O que implica que, para que possa haver imputação, seja necessário, por um lado, 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, assim como 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 impedir 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 FRISCH quanto à imputação de dado comportamento, como 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 sua perspetiva o sentido criminoso deve ser aferido objetivamente, tendo em conta o comportamento do sujeito que presta a contribuição. E, 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. Por outras palavras, qualquer proibição de condutas que prescindam de sentido criminoso não deve ocorrer, mesmo que o elemento subjetivo esteja presente, pois se não houver relação de sentido criminoso, a conduta não pode ser proibida, porque o risco é considerado permitido. A relação de sentido criminoso existente liga-se à distribuição jurídica de liberdade. Refere FRISCH *“Las malas intenciones, deseos, esperanzas o creencias pueden hacer que la conducta sea inmoral, pero dejan in-*

*tacta la distribución jurídica de la libertad*⁷⁸. O penalista fundamenta a sua posição de sentido criminoso identificando que a proibição de ações que não possuam tal sentido não se manifesta num meio idóneo para garantir a proteção dos bens jurídicos, pois o autor material facilmente atinge o seu objetivo de conseguir uma contribuição dada a sua fungibilidade, para tal basta adquirir a contribuição junto de alguém sem conhecimento do seu plano criminoso. Porém, este acrescenta que, há situações em que não é aplicável o critério do sentido inequivocamente criminoso mas 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. 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, mas que podem originar quando estão em causa normas gerais de solidariedade, como a omissão de auxílio ou dever de garante⁷⁹. Neste sentido, o autor 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. Desenvolvendo, nas hipóteses em que alguém estiver numa situação grave e iminente 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 pelo agente 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.

Já no pensamento de CLAUS ROXIN o sentido criminoso é o critério inerente à resolução da questão das condutas valorativamente neutras. O penalista entende que a dúvida face aos limites da participação criminosa se encontra interligada à existência ou não de um risco não permitido. 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 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 cumplicidade⁸⁰. A questão desenrola-se dentro do âmbito da desaprovação jurídica do risco no núcleo da cumplicidade e o risco será permitido consoante a existência ou não

⁷⁸ 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).

⁷⁹ FRISCH, Wolfgang (2004), op. cit., p. 305 e ss.

⁸⁰ ROXIN, Claus (2003), op.cit, p.p. 206.

existência de conhecimento pelo participante face ao plano criminoso do autor material. De onde resulta que o risco não pode ser permitido quando há conhecimento por parte daquele que presta o seu contributo. Salientamos, novamente, que segundo o penalista não há condutas neutras *per se*, sendo a natureza da conduta determinada pelo propósito que esta serve⁸¹. E, aquilo que ROXIN procura fazer é 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 crime⁸². 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 (*deliktischen Sinnbezug*) e, 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 altera a relação de sentido criminoso, pois a atuação é um comportamento exclusivamente criminoso - v.g. a prática de um homicídio com um machado que é vendido ao autor - tendo sido auxiliado em relação ao risco⁸³. 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 fiscal⁸⁴. Em contrapartida, não existe 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 imputação⁸⁵. 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 con-

⁸¹ ROXIN, Claus (2003), op. cit., p. 210 e ss.

⁸² ROXIN, Claus (2003), op. cit., p. 207.

⁸³ ROXIN, Claus (2003), op. cit., p. 208.

⁸⁴ Exemplo dado por ROXIN quanto à transferência anónima de capitais para o Luxemburgo. ROXIN, Claus (2003), op. cit., p. 208 e ss.

⁸⁵ ROXIN, Claus (2003), op. cit., p. 214 e ss.

trário 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. Dado o exposto, Claus Roxin distingue as situações em que existe 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 criminoso⁸⁶, colocando de parte a pura distinção consoante a modalidade de dolo nas situações de condutas neutras⁸⁷. Atualmente entende que a questão pode ser previamente solucionada observando o âmbito da imputação objetiva a nível do risco juridicamente permitido ou não permitido, atendendo, como mencionado, ao sentido criminoso.

6.3. Teorias subjetivas indiretamente objetivas (teorias subjetivas)

As teorias 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 segurança sobre a comissão do facto futuro, no fundo, à relevância dos conhecimentos especiais para determinar o surgimento do risco tipicamente desaprovado de auxílio⁸⁸. 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. 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

⁸⁶ ROXIN, Claus (2003), op. cit., p. 215 e ss.

⁸⁷ ROXIN, Claus (1995) – Was ist Beihilfe?, Kühne, Festschrift für Miyazawa. Baden-Baden: Nomos, p. 512 e ss.

⁸⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo (2008), op. cit., p. 194 e 195.

que se possa aferir 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 dá força ao elemento subjetivo.

É apresentada a teoria do dolo direto (e do dolo eventual) de HARRO OTTO, mediante a qual o problema das condutas neutras deve ser resolvido, por recurso ao lado interno do agente, mencionando que nenhum comportamento é legalmente tangível se lhe for retirado o respetivo conhecimento e vontade do facto⁸⁹. De modo que a punibilidade ou ausência da mesma a título de participação daquele que pratica 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 sua correspondente modalidade (direto ou eventual)⁹⁰. Nesta lógica, OTTO refere que a conduta neutra se encontra constitucionalmente garantida, daí que o normal seja que não se rejeite dadas práticas ligadas aos negócios⁹¹, 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 neutra a ter de agir ao abrigo do dever jurídico de omitir o seu comportamento, recusando o negócio, visto que por si só não tem força suficiente para colocar em causa a permissão legalmente atribuída ao exercício de dada atividade profissional. 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 criminosos⁹². O penalista compreende que os comportamentos especificamente profissionais apenas dão lugar à cumplicidade quando praticados com dolo direto, por existência de uma vontade clara de favorecer a conduta do terceiro. Em suma, OTTO considera que a liberdade de profissão legitima a atividade em causa mesmo quando adquire 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 por parte daquele que contribui.

Noutra formulação surge a teoria da solidarização reconhecida por GRASE SCHILD TRAPPE, segundo a qual a cumplicidade se encontra no auxílio que alguém presta a outrem, sendo a cumplicidade psíquica na área afetiva o denominador comum de toda a cumplicidade, onde se verifica um efeito de foro psíquico sobre o autor⁹³. Já as conhecidas cumplicidades física e intelectual são tidas

⁸⁹ 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.

⁹⁰ OTTO, Harro (1998), op. cit., p. 212.

⁹¹ OTTO, Harro (1998), op. cit., p. 212.

⁹² OTTO, Harro (1998), op. Cit., p. 214 e ss.

⁹³ TRAPPE, Grace Marie Luise Schild (1995) – *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund*

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 autora⁹⁴. Para esta 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 executou⁹⁵. Defende ter de existir um efeito psíquico doloso sobre o objeto causal, assim como a consciência, por parte do autor material, da solidarização do cúmplice, que se verifica através da contribuição, adicionando a necessidade de aceitação, pelo autor material, da solidarização prestada⁹⁶. Neste último ponto a autora aproxima-se do entendimento de 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 gera cumplicidade punível, demonstrando assim a sua solidarização. Do indicado igualmente se retira 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, a conseqüente motivação do mesmo, apenas 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 reconhecida pelo autor face à contribuição do participante o permite. 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*⁹⁷.

6.4. Outras concepções

Entre as formulações doutrinárias expressas encontram-se igualmente autores que apresentam dispersas orientações como potencial solução à temática das condutas valorativamente neutras. Orientações essas que não devem ser ignoradas e revelam uma forte contribuição doutrinária.

A teoria da percepção intersubjetiva da antinormatividade da conduta é

und Grenzen der Gehilfenschaft. Bern: Stämpfl Verlag, p. 96.

⁹⁴ TRAPPE, Grase Schild (1995), op. cit., p. 97.

⁹⁵ TRAPPE, Grase Schild (1995), op. cit., p. 96.

⁹⁶ TRAPPE, Grase Schild (1995), op. cit., p. 97.

⁹⁷ TRAPPE, Grase Schild (1995), op. cit., p. 187.

exposta por FRANCISCO AGUILAR⁹⁸, nos termos da qual a aferição de uma conduta de cumplicidade, está dependente de se compreender se a adoção de dado 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 orientado⁹⁹, tido como perigoso para o bem jurídico¹⁰⁰. Percepção esta que se decompõe 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. Consolidando, é preciso que ao tempo do comportamento do cúmplice fosse reconhecido como atendivelmente possível

⁹⁸ 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. Onde 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 ação. A teoria da percepção intersubjetiva da perigosidade da conduta é o 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 conduta. Onde, é o 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. 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 caráter 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 e 866.

⁹⁹ O homem inteligente moralmente orientado é o homem 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. Ao abrigo da perspetiva apresentada o critério não deve ser o do homem prudente porque os destinatários da norma de conduta penal são precisamente membros da comunidade humana, são pessoas de carne e osso e estas 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.

¹⁰⁰ AGUILAR, Francisco (2014), op. cit., p. 919.

pelo homem inteligente moralmente 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 causa¹⁰¹. No campo dos comportamentos neutros, trata-se de aferir a antinormatividade de comportamentos que surjam por si como descontextualizadamente insuspeitos, dentro dos quais a venda de um bem ou prestação de um serviço, não implica, 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, 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 (o pão ou a faca de cozinha)¹⁰². Para existir cumplicidade o contexto do caso constitui a marca da sua correspondente significação intersubjetiva, de onde surge a necessidade de averiguar se, em dada interação social, o autor irá utilizar de modo criminoso o bem ou informação que o homem de trás lhe proporciona, sendo que só a verificação de pontos de apoio concretos (elementos intersubjetivamente percebidos) permite a identificação do sentido delitivo da utilização criminosa da contribuição¹⁰³. Já os conhecimentos especiais importam, na medida em que estes sejam intersubjetivamente tidos por credíveis, ligados ao saber se o agente, aquele que contribui, conhece o plano criminoso do autor relativamente à utilização criminosa do bem ou informação prestada. Nas palavras de FRANCISCO AGUILAR “*Esta inevitabilidade do atendimento aos conhecimentos especiais no enriquecimento da norma fáctica submetida ao juízo de aferição intersubjectivo deve-se ao facto de a realidade ser incindivelmente intersubjectiva-subjectiva. De outro modo, abrir-se-ia aliás a porta à fraude à norma de conduta jurídico-penalmente relevante [...]*”¹⁰⁴. Note-se que 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

¹⁰¹ AGUILAR, Francisco (2014), op. cit., p. 920.

¹⁰² AGUILAR, Francisco (2014), op. cit., p. 921 e ss.

¹⁰³ AGUILAR, Francisco (2014), op. cit., p. 923 e ss.

¹⁰⁴ AGUILAR, Francisco (2014), op. cit., p. 925.

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 reear a prática da sua comum atividade comercial, pois efetivamente com ela não se cria uma socialmente percecionada potencialidade lesiva do bem jurídico, tal como o risco de ostracização social do delinquente ou potencial futuro criminoso. Apenas existe 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 conexas 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 implicará¹⁰⁵.

Por sua vez, de acordo com a teoria da inexistência de direitos absolutos de JOSÉ TAVARES LOBATO a questão dos comportamentos quotidianos deve ser desenvolvida tendo em consideração que não existem direitos absolutos. Não há direitos absolutos, pois os direitos vêm-se restringidos face ao seu conteúdo e limitados quanto ao respetivo exercício. Recorrendo ao Direito Civil, o autor procura demonstrar a inexistência de direitos com tal característica com base no instituto do abuso de direito. 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. Relembra que os direitos devem ser utilizados tendo em conta o respeito pela esfera jurídica alheia, não pode o sujeito utilizar o seu direito para causar prejuízo a terceiros. Assim, evidencia que o mesmo instituto deve ser imperativo no núcleo das condutas valorativamente neutras¹⁰⁶. Entende o autor que, quanto às últimas, o erro principal reside no recurso ao direito constitucional ao trabalho que tem ludibriado muitos, quando a ideia de neutralidade da conduta é somente uma capa para uma não punibilidade. Sustenta 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

¹⁰⁵ AGUILAR, Francisco (2014), op. cit., p. 937 e ss.

¹⁰⁶ 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.,p. 140 e ss.

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, demonstrando que o uso do direito constitucional ao trabalho como critério de impunibilidade gera um falsear da aplicação das regras inerentes à participação criminosa, algo que não ocorre com o direito constitucional de propriedade que, igualmente constitucional, não causa qualquer falseamento das normas penais. Neste sentido, o penalista 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, sendo que recorre ao também constitucional direito de propriedade, 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 pratica 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 outrem¹⁰⁷. E, realça que a ideia de que o direito constitucional ao trabalho constitui um obstáculo à formação do tipo objetivo dos comportamentos neutros é equivocada, pois o direito constitucional ao trabalho também está sujeito a limitações de conteúdo e de exercício, na medida em que 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 para além destes limites, incorrer em abuso de direito, o que revelaria o desamparo da conduta frente ao ordenamento jurídico. JOÃO TAVARES LOBATO ademais salienta que a norma legalmente prevista para a cumplicidade não permite uma leitura literal de não punibilidade nas hipóteses de condutas neutras, *“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 recaía sobre o agente principal”*¹⁰⁸. O au-

¹⁰⁷ LOBATO, José Danilo Tavares (2014), op. cit., p. 142.

¹⁰⁸ LOBATO, José Danilo Tavares (2014), op. cit., p. 129.

tor entende ser inegável que a lei penal criminaliza condutas *a priori* lícitas e não tipificadas restringindo o direito à liberdade de ação nestes casos.

7. Jurisprudência

É manifesta a ausência de desenvolvimentos jurisprudenciais a respeito dos comportamentos valorativamente neutros na maioria dos ordenamentos jurídicos. Observe-se o caso dos tribunais espanhóis e dos tribunais portugueses que não procuram aflorar o problema. Não obstante, 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. A questão dos comportamentos neutros foi pela primeira vez abordada, pelo menos que exista 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.

Os tribunais alemães são as instâncias que mais se tem dedicado à análise da temática¹⁰⁹. 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 cumplicidade¹¹⁰. Neste sentido, recorde-se, designadamente, a decisão proferida pela instância superior alemã no Acórdão BGH de 30 de Setembro de 2020¹¹¹, à luz da qual, se a atuação do autor imediato se destinar exclusivamente à comissão de um crime e a pessoa que presta assistência tiver conhecimento, a sua contribuição para o crime deve ser qualificada como cumplicidade. Deve o caráter quotidiano ser interpretado como “solidari-

¹⁰⁹ Vide Acórdão BGH 5 StR 729/98, 20-09-1999 (LG Bremen), relator Karsten Gaede, consultado a 27-12-2023; Acórdão BGH 1 StR 132/21, 17-06-2021 (LG Rostock), relatores Christoph Henckel e Karsten Gaede, consultado a 27-12-2023; Acórdão BGH 3 StR 470/04, 21-12-2005 (LG Düsseldorf), relator Ulf Buermeyer, consultado a 27-12-2023).

¹¹⁰ 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 28-12-2023.

¹¹¹ Vide Acórdão BGH 3 StR 511/19, 30-09-2020 (LG Düsseldorf), relator Christian Becker, consultado a 29-12-2023.

zação” 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 uma 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. Salienta-se a adoção da posição defendida por CLAUS ROXIN quanto ao tratamento dos comportamentos neutros¹¹².

8. Posição adotada

Na medida em que a lei penal deve ser devidamente aplicada nas hipóteses em que ocorre a violação de bens jurídicos fundamentais, de forma a cumprir o fim último do Direito Penal, a proteção destes com vista à garantia da paz social, o estudo referente às condutas valorativamente neutras torna-se indispensável. Ao ocorrer uma conduta valorativamente neutra surge a possibilidade de se estar perante uma situação que pode não carecer de análise jurídico-penal, como podemos estar face a situações que carecem desta, podendo estas últimas chegar a determinar a aplicação de uma sanção criminal. Nestes moldes, é essencial fazer-se a distinção entre aquilo que são condutas valorativamente neutras puramente neutras e condutas valorativamente neutras potencialmente constitutivas de cumplicidade. As condutas valorativamente neutras puramente neutras consubstanciam-se em comportamentos que não tem a suscetibilidade de lesar bens jurídicos fundamentais. Como tal, refletem-se em comportamentos inócuos, que não levam à necessidade de qualquer análise e intervenção jurídico criminal. Estão em causa atuações em si possuidoras de neutralidade propriamente dita. A título exemplificativo, será considerado um comportamento puramente neutro a simples entrega do objeto por parte do vendedor, pois este mero ato é lícito não colocando em causa qualquer 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, nem mesmo à manutenção por parte do Estado numa situação de coesão social ela própria condição desse livre desenvolvimento. Por sua vez, as condutas valorativamente neutras potencialmente constitutivas de cumplicidade, como o próprio nome indica, traduzem-se em causa comportamentos que tem a potencialidade de gerar uma violação ao bem jurídico e levam à necessidade de uma análise penal. Agora, se estes últimos

¹¹² Entre outros Acórdão: Acórdão BGH 5 624/96, 01-08-2000 (LG Wuppertal), relator Karsten Gaede, consultado a 29-12-2023 e Acórdão BGH 4 StR 453/00, 08-03-2001 (LG Stendal), relator Karsten Gaede, consultado a 30-12-2023.

comportamentos são efetivamente constitutivos de cumplicidade gerando a necessidade da aplicação de uma sanção criminal, já é outra questão que carece de uma observação mais aprofundada. Para que se possa afirmar a presença de uma conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade torna-se necessário que sejam verificadas as suas correspondentes características. Entre as quais, tem de estar em causa um comportamento praticado por alguém que exerça dada tarefa de foro profissional, o comportamento em ponderação deve traduzir-se numa conduta que seja aceite pelo ordenamento jurídico como aparentemente lícito (licitude resultante do exercício da tarefa profissional), tem de se conseguir 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 geral do Código Penal ou em legislação extravagante (deve assim o terceiro praticar um ilícito criminal). Tais características enunciadas possuem um caráter cumulativo e não facultativo, o que implica a presença de todas para que se possa aceitar que uma conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade. Não esquecendo, uma vez mais, que embora a associação entre as características enunciadas permitam o reconhecimento de uma conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade, tais características não permitem a concreta comprovação da presença de cumplicidade para que ocorra a aplicação da norma do artigo 27.º do Código Penal português.

Face ao exposto, partindo do pressuposto de que estamos perante uma conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade, é necessário observar o caso concreto e cumprir a lógica da análise criminal. Onde, seguindo as categorias que conservam o conceito formal de crime atribuídas pelo sistema pós-finalista (sistema do ilícito pessoal), a questão relativa a estes comportamentos deve ser observada no núcleo da tipicidade. Deve ser apoiada uma teoria objetiva diretamente subjetiva, com apoio no tipo objetivo e no tipo subjetivo. Começando-se pela observação dos elementos objetivos do tipo, a questão deve ser abordada no âmbito da imputação objetiva, não devendo os elementos subjetivos ser descurados dado que contribuem para a sua satisfatória concretização. Note-se que as teorias da imputação objetiva surgem para corrigir os excessos derivados da causalidade, com estas o que se pretende é conseguir imputar objetivamente o resultado à conduta do agente, todavia é preciso atender à hipótese em análise para a sua correta aplicação, daí que seja imprescindível fazer-se a distinção consoante o nível de conhecimento do agente. Situações diferentes devem ser tratadas de forma diferente, devendo distinguir-se as hipóteses em que não há conhecimento por parte do agente, hipóteses em que há mera suspeita por parte do agente e hipóteses em que há conhecimento efetivo ou fundada suspeita por parte do agente.

Primeira hipótese, em que não há conhecimento por parte do agente que terceiro irá praticar um ilícito criminal com o objeto transacionado no âmbito pro-

fissional. Partindo do cenário em que o vendedor vende o machado ao comprador e o comprador pratica um facto criminoso utilizando o objeto transacionado, razões de imputação objetiva, desde logo, pela aplicação da teoria da causalidade adequada, não permitem a imputação objetiva do resultado à conduta do agente. A aplicação da teoria da causalidade adequada (ou teoria da adequação do comportamento ao resultado) 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 (para o homem médio) que o resultado como em concreto ocorreu se verificaria. A apropriada adoção da teoria da causalidade adequada às hipóteses concretas de condutas valorativamente neutras potencialmente constitutivas de cumplicidade 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 facto criminoso, afirmando-se pela não aplicabilidade desta teoria caso se comprovasse um não conhecimento por parte do vendedor, não era previsível para o homem médio, dotado dos conhecimentos concretos do agente, que aquela ação levasse àquele resultado. Deste modo, a prática de uma conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade que ocorre em situações de não conhecimento por parte do vendedor não gera a responsabilidade criminal do mesmo a título de cumplicidade. É de realçar que nesta primeira hipótese, em que não há conhecimento por parte do vendedor de que o comprador irá praticar um facto criminoso utilizando o objeto transacionado, a atuação do vendedor é protegida pelo princípio da confiança. Princípio segundo o qual não deve existir o fomento de uma sociedade de desconfiança, mas sim, o acreditar, confiar, de que o outro agirá conforme as normas e não contra estas, sendo que só a existência de conhecimentos especiais possibilitam a ultrapassagem da barreira imposta por este princípio. Também é de observar que, ao nível do elemento subjetivo, o artigo 27.º do CP português evidencia a existência de dolo, algo que não é passível de se verificar numa situação em que não há conhecimento. Recorde-se o princípio da segurança jurídica, ao abrigo do qual deve existir o mínimo de clareza, certeza e previsibilidade quanto às normas jurídicas de modo a que as pessoas possam ver garantida a continuidade das relações jurídicas, havendo previsibilidade das consequências inerentes aos atos que praticam, 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 para que a pessoa seja responsabilizada a título de cumplicidade, o que implica que o desconhecimento não pode ser atendível como um dos elementos que con-

substancia uma conduta de cumplicidade. Pelo exposto, nesta primeira situação tudo indica que o comportamento do vendedor não se manifesta numa conduta de cumplicidade. A liberdade profissional constitucionalmente prevista vigora, caracterizando-se a atuação do vendedor como lícita.

Segunda hipótese, em que há uma mera suspeita por parte do agente de que terceiro irá praticar um ilícito criminal com o objeto transacionado no âmbito profissional. Partindo do cenário em que o vendedor vende o machado ao comprador e o comprador pratica um facto criminoso utilizando o objeto transacionado, novamente, razões de imputação objetiva, como a aplicação da teoria da causalidade adequada, não permitem a imputação objetiva do resultado à conduta do agente. Não seria certamente previsível para o homem médio colocado na posição do agente, dotado dos conhecimentos concretos do agente, que aquela conduta conduzisse àquele resultado, que no momento da transação do objeto fosse previsível pelo homem médio, dotado dos conhecimentos concretos do vendedor, que fosse ocorrer a lesão ao bem jurídico mediante a utilização do objeto transacionado pelo vendedor ao comprador. Veja-se que uma conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade que ocorre em situações de mera suspeita por parte do vendedor, não determina a responsabilidade criminal do vendedor, o comportamento do vendedor não consubstancia uma conduta de cumplicidade, pois a mera suspeita implica a possibilidade de ocorrência ou não ocorrência do facto. Isto é, há um diminuto grau de certeza quanto ao facto que se associa a um forte grau de incerteza, o que impossibilita a afirmação de conhecimento por parte do vendedor por verificação de inexistência de uma vontade clara de favorecimento. Não é de aceitar, à luz do nosso entendimento, a mera representação do facto como possível, sendo determinante a existência de um certo grau de conhecimento para que a conduta seja revertida a uma conduta de cumplicidade. Pelo mencionado, nesta segunda situação, a conduta do vendedor é considerada lícita, a liberdade constitucional prevalece, não constitui uma conduta de cumplicidade.

Terceira hipótese, em que há conhecimento efetivo ou fundada suspeita por parte do agente de que terceiro irá praticar um ilícito criminal com o objeto transacionado no âmbito profissional. Partindo do cenário em que o vendedor vende o machado ao comprador e o comprador pratica um facto criminoso utilizando o objeto transacionado, estamos perante uma hipótese em que há imputação objetiva do resultado à conduta do agente se o vendedor possuir conhecimento efetivo ou fundada suspeita. Os conhecimentos especiais do agente implicam que pela aplicação da teoria da causalidade adequada, seja previsível para o homem médio, colocado na situação do agente e dotado dos conhecimentos concretos do agente, que aquela conduta levasse àquele resultado. Porém, do ponto de vista da justiça material, sabido é, que a teoria da causalidade adequada deixa subsistir a imputação objetiva do resultado ao comportamento do agente em casos em que a mesma

não deve de modo algum permanecer. Casos em que o risco é permitido ou casos em que se observa a diminuição do risco comprovam-no. Daí que, para se fazer frente a estes casos e corrigir as falhas da teoria da causalidade adequada seja defendida a teoria do risco como a principal teoria da imputação objetiva. Ocorre que a adoção da teoria do risco pressupõe que a imputação objetiva do resultado à conduta do agente fique dependente da criação ou aumento (ou no caso de omissão, não diminuição) do risco não permitido que se materializou no resultado. Pelo transmitido, observando a hipótese em que há conhecimento efetivo ou fundada suspeita por parte do vendedor de que o comprador irá praticar um facto criminoso com o objeto transacionado, descortinando os vários pressupostos da teoria do risco, observamos que, aparentemente, aquilo que existe é um risco permitido. Visualizando a hipótese, numa primeira impressão, é de concluir que os comportamentos praticados no exercício quotidiano de uma profissão constituem riscos permitidos, pois não se verifica qualquer situação de incumprimento das regras, desde que se cumpram as regras não há a comprovação de um risco não permitido, consequentemente não pode haver imputação objetiva com base na teoria do risco. E, uma vez mais, as transações económicas são constitucionalmente protegidas, desde logo, pela liberdade profissional, que permite e sustenta que tais transações ocorram e sejam juridicamente aceites. Contudo, embora tal seja verdade, que pela aplicação pura e dura da teoria do risco se verifique que o risco é permitido, o que impossibilita a responsabilidade criminal do vendedor, a análise não deve cessar com suporte somente nos dados indicados, pois outros revelam resultados opostos. Por conseguinte, aqui chegados, analisando a situação em que o vendedor tem conhecimento de que o terceiro realizará um facto criminoso com o objeto transacionado, embora aparentemente a conduta 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, o risco converte-se num risco não permitido em hipóteses de conhecimento efetivo ou fundada suspeita por parte do vendedor, na medida em que se verifica uma promoção objetiva ao ilícito criminal praticado pelo terceiro. 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 há uma adaptação, uma solidarização para com o facto criminoso praticado pelo comprador. Todavia, não basta a presença de um risco não permitido para colmatar a proteção atribuída pela liberdade profissional, sendo que só a verificação de uma situação de perigo atual e iminente para o bem jurídico faz incidir uma restrição à liberdade profissional. Certo é, que a liberdade só pode ser restringida quando colocada em causa a proteção de bens jurídicos fundamentais, havendo uma lesão de que forma alguma pode ser evitada sem ser por uma não atuação, donde decorre que a liberdade do vendedor só pode ser restringida quando colocada em causa a proteção de bens jurídicos fundamentais que de forma alguma pode ser evitada sem ser pela sua

não atuação. Daí que, só existindo uma situação de perigo atual e iminente seja possível colmatar a proteção constitucional à liberdade do vendedor, pois só nessa situação será de afirmar que o vendedor, que tem conhecimento efetivo ou fundada suspeita de que o comprador irá praticar um facto criminoso utilizando o objeto transacionado, deve ser responsabilizado a título de cumplicidade. A promoção objetiva que gera um risco não permitido deve ser acompanhada de elementos externos que permitam a comprovação de uma circunstância de perigo atual e iminente para que a conduta valorativamente neutra potencialmente constitutiva de cumplicidade do vendedor seja na realidade uma conduta de cumplicidade, isto é, seja considerada como uma conduta carecedora de intervenção penal. Consequentemente, são o conhecimento efetivo e a fundada suspeita derivados da existência de um perigo atual e iminente que possibilitam a existência de uma promoção objetiva ao facto criminoso do terceiro, havendo uma atuação por parte do vendedor¹¹³. Assim, a existência de um perigo atual e iminente não só determina indiretamente a promoção objetiva do vendedor ao ilícito criminal do comprador, como determina a existência de uma restrição que permite colmatar a liberdade profissional constitucionalmente estabelecida. Daí que seja necessário que se verifiquem ambos os requisitos, visto que são indissociáveis para a fundada responsabilização do vendedor como cúmplice. Aliás, a não comprovação de um perigo atual e iminente faz com que o conhecimento efetivo ou fundada suspeita que o vendedor possa ter, seja dúbia, na medida em que a sua não efetividade gera problemas a nível do elemento subjetivo, dolo.

Só uma situação de perigo atual e iminente permite consagrar a existência de uma vontade clara de favorecimento. E, uma vontade clara de favorecimento apenas existe em situações de conhecimento ou fundada suspeita, as quais apenas existem em situações de perigo atual e iminente. À vista disso, dificilmente se consegue comprovar a existência do elemento subjetivo, duplo dolo, caso o conhecimento seja adquirido fora de uma situação de perigo atual e iminente, pois qualquer conhecimento adquirido fora destas circunstâncias (perigo atual e iminente) é no máximo correspondente a uma mera dúvida. Se o comprador diz ao vendedor que vai cometer um homicídio com o machado que está a comprar dada a inexistência de uma situação objetiva de um perigo atual e iminente, o mais certo é que o vendedor atue ao abrigo de uma mera suspeita, sem qualquer vontade clara de favorecimento, esta última inerente a uma situação de perigo

¹¹³ A título exemplificativo (conhecimento efetivo): o caso em que ocorre uma rixa à porta do estabelecimento onde A pratica a sua atividade laboral, ou nas redondezas deste, entre gangues e, um dos membros de um dos gangues entra no estabelecimento e quer comprar um machado ao A afirmando que vai matar os membros do outro gangue. A título exemplificativo (fundada suspeita): o caso em que ocorre uma rixa à porta do estabelecimento onde A pratica a sua atividade laboral, ou nas redondezas deste, entre gangues e, um dos membros de um dos gangues entra no estabelecimento e quer comprar um machado ao A.

atual e iminente. Assim, todos os outros “conhecimentos” que possam advir fora de uma situação de perigo atual e iminente não passam de meras dúvidas, não possuidoras de qualquer vontade clara de favorecimento. O duplo dolo é traduzido pelo dolo de auxiliar e pelo dolo da ação que auxilia, não necessitando o cúmplice de possuir o conhecimento absoluto do modo como o autor material praticará o crime. Aplicado o elemento subjetivo da cumplicidade às condutas valorativamente neutras (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 permite constatar que em casos de conhecimento efetiva ou fundada suspeita, derivados de situações de perigo atual e iminente, o elemento subjetivo se verifica, gerando o elemento subjetivo da cumplicidade. Há dolo de auxílio, assim como há dolo quanto ao facto típico (o existir dolo de auxílio implica-o, é inerente o dolo quanto à valência do facto típico). Existe a representação do essencial do que vai ser realizado, há uma “co consciência”, o conhecimento quanto à previsibilidade do facto, do tipo legal. Logo, nas hipóteses de conductas neutras constitutivas de cumplicidade, a existência de uma situação de perigo atual e iminente permite a comprovação de um conhecimento efetivo ou fundada suspeita, a existência de uma vontade livre de favorecimento, tal como, é inegável que o conhecimento efetivo ou a fundada suspeita apenas podem existir quando comprovada uma situação de perigo atual e iminente.

Finalizamos advertindo nestas hipóteses para a presença da exceção ao princípio da confiança em virtude da existência de conhecimentos especiais. Tanto as situações de conhecimento efetivo como as situações de fundada suspeita implicam um certo grau de conhecimento patente que se traduz numa vontade clara de favorecimento que deve ser atendível, como mencionado, revertendo para a existência do elemento subjetivo, constituindo uma quebra na vigência do princípio da confiança. Enquanto a mera dúvida é protegida pelo princípio da confiança, a vontade de favorecimento constitui uma exceção a esse mesmo princípio, dado que os conhecimentos especiais não devem ser ignorados quando situações objetivas de perigo atual e iminente os implicam.

9. Conclusão

Tendo em vista o apresentado, compreende-se que os casos de condutas valorativamente neutras potencialmente constitutivas de cumplicidade, resumem-se a hipóteses em que o grau de vigilância por parte daquele que contribui materialmente para o ilícito criminal de terceiro, o vendedor, é exatamente o mesmo que nas ditas situações usuais de cumplicidade que ocorrem fora do âmbito profissional.

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 a um “mercado criminoso”. Só assim se protegerá bens jurídicos fundamentais e poderá haver a reintegração do agente na sociedade (prevenção geral e especial).

Do exposto decorre que qualquer solução assente puramente na relação causal entre a ação e o resultado se traduz numa solução deficitária, devendo ser dado o devido destaque às teorias da imputação objetiva, visto que a relação causal, embora seja necessária, não é *per se* suficiente para a imputação do resultado à conduta do agente. Não basta que exista uma relação causal, pois é igualmente preciso que à luz das valorações do Direito Penal faça sentido atribuir aquela ação à conduta do agente sobre o prisma de uma justa punição. Onde, numa hipótese de conduta valorativamente neutra, só a verificação de uma promoção objetiva por parte daquele que contribui face ao ilícito criminal de terceiro, manifesta por elementos que o permitam eficientemente concluir, perigo atual e iminente, permite a imposição de uma restrição à liberdade constitucional protegida, tornando a conduta valorativamente neutra do vendedor numa conduta valorativamente neutra constitutiva de cumplicidade, associada à comprovação do conhecimento efetivo ou de uma fundada suspeita, subjacente a um perigo atual e iminente, que permite a afirmação do elemento subjetivo do cúmplice.

A prática forense em Portugal revela que em crimes mais graves há uma menor busca por evidências de outras ações criminalmente relevantes para além do crime em causa cometido pelo próprio autor material. Este, pode ser indicado como 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 profissional. 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 temática. 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, consequência da inércia no acompanhamento dos desafios das interações sociais e em pura aceitação com o já dogmaticamente estipulado.

10. Referências

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2014) – *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

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 delictiva : 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 SÁNCHEZ, 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, 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.
- FRANK, Reinhard (1931) – *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*. Tübingen : Mohr.
- 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.
- HILLENKAMP, Thomas (2023) – *32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil*. München: Vahlen.
- JAKOBS, Günter (2003) - «*Beteiligung*», *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht*, Festchrift für Ernst-Joachim Lampe. Berlin : Dolling, Dieter.
- 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.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (1996) – *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tradução Miguel Olmedo Cardenete. Granada : Instituto Pacífico.
- 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.

OTTO, Harro (2001) – *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens*. JuristenZeitung. V. 56, n. 9 (2001) p. 436–444.

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 neutrales” 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*. In Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. V. 3, n. 6 (1997) p. 19-44.

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

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

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.

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 comparticipação 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.

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

WOHLLEBEN, Marcus (1996) – *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München: Beck.

Jurisprudência

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, 29-09-2010, Proc. N.o 557/09.0JAPRT.C1, relator Alberto Mira, consultado a 20-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4e757cba841a1e80802577bd0049df3f?OpenDocument>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.o 583/09, relator Henriques Gaspar, consultado a 20-12-2023. Disponível em WWW:<URL:https://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=27485&codarea=2>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 31-03-2004, Proc. N.o:04P136, relator Henriques Gaspar, consultado a 21-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4b0852b0f6ec2a5d802571b8004f378f?OpenDocument>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15-04-2009, Proc. N.o: 09P0583, relator Fernando Fróis, consultado a 22-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/43C7AD2E38E242D2802575BA00466B2F>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 07-11-2007, Proc. N.o: 07P3242, relator Henriques Gaspar, consultado a 22-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74ff92ee7849be73802573ef003834ca?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 05-06-2012, Proc. N.o: 113/09.3GSELV.E1, relator Carlos Berguete Coelho, consultado a 22-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/6E06789B3B69F9C880257DE10056F85D>>.

Acórdão BGH 5 StR 729/98, 20-09-1999 (LG Bremen), relator Karsten Gaede, consultado a 27-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/98/5-729-98.php3>>.

Acórdão BGH 1 StR 132/21, 17-06-2021 (LG Rostock), relatores Christoph Henckel e Karsten Gaede, consultado a 27-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/21/1-132-21.php>>.

Acórdão BGH 3 StR 470/04, 21-12-2005 (LG Düsseldorf), relator Ulf Buermeyer, consultado a 27-12-2023;. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/04/3-470-04.php>>.

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 28-12-2023.

Acórdão BGH 3 StR 511/19, 30-09-2020 (LG Düsseldorf), relator Christian Becker, consultado a 29-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/19/3-511-19.php>>.

Acórdão BGH 5 624/96, 01-08-2000 (LG Wuppertal), relator Karsten Gaede, consultado a 29-12-2023 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 30-12-2023. Disponível em WWW:<URL:<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/00/4-453-00.php3>>.