O TRATAMENTO DA TIPICIDADE NO FUNCIONALISMO ROXINIANO E OS LIMITES DA CUMPLICIDADE ATRAVÉS DE CONDUTAS NEUTRAS: UMA ANÁLISE DO CASO OSKAR GRÖNING (3 StR - 49/16)

TREATMENT OF TYPICITY IN ROXINIAN FUNCTIONALISM AND LIMITS OF COMPLIANCE THROUGH NEUTRAL CONDUITS: AN ANALYSIS OF THE OSKAR GRÖNING CASE (3 StR - 49/16)

Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto[1]
USP

Resumo
O presente artigo visa a discutir o problema da cumplicidade por ações neutras ("Beihilfe durch neutrale Handlungen"), segundo o qual a relevância penal de uma conduta deveria ser restringida quando considerada "socialmente (ou profissionalmente) adequada", i.e., permitida. O foco recai nos argumentos apresentados por Claus Roxin em seu comentário referente à condenação de Oskar Gröning, condenado por inúmeros assassinatos perpetrados nos campos de extermínio Nazistas. Ainda, o artigo ressalta a ligação entre a abordagem sustentada pelo penalista alemão nos âmbitos da parte geral, da tipicidade e dos limites da cumplicidade, a fim de promover uma revisão da discussão. Em conclusão, argumenta-se que a solução proposta por Roxin é consistente em relação às suas premissas sistemáticas e adequada a um Direito Penal do fato.

Palavras-chave
Teoria do crime. Tipicidade. Imputação objetiva. Cumplicidade por ações neutras; cumplicidade. Funcionalismo.

Abstract

---

[1] Mestrando em Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

The present paper aims to discuss the issue of the complicity through neutral actions ("Beihilfe durch neutrale Handlungen"), according to which the criminal liability of a conduct should be constricted when considered as "socially (or professionally) adequate", i.e., permitted. Its focus relies on the arguments presented by Claus Roxin concerning the conviction of Oskar Gröning, who was found guilty of numerous manslaughters perpetrated at the death camps under National-Socialism. Thus, the link between the approach supported by the German scholar concerning the general part, the definition of a criminal offense ("Tatbestandsmäßigkeit") and the limits of complicity is highlighted in order to reframe the discussion as a whole. In conclusion, the paper argues that, in spite of some critical views, the solution proposed by Roxin is consistent with his systematic premises and suitable for a criminal law focused on the offense ("Tatstrafrecht"), not the offender.
Keywords
Crime theory. Typiciity. Objective imputation. Complicity in neutral actions. Complicity. Functionalism.

1. INTRODUÇÃO: A CONSTRUÇÃO DA TIPICIDADE NO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO-RACIONAL

"De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada?"[2]. Esta frase de Claus Roxin sintetiza a essência de um amplo e contínuo trabalho sistemático em torno da dogmática jurídico-penal. Ela exprime a principal preocupação do penalista de Munique, isto é, o estabelecimento de uma interação mútua entre dogmática penal e política criminal. É a partir desse questionamento fundamental que a obra de Roxin será desenvolvida, de maneira que a discussão referente à sua compreensão

[2] ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal (trad. Luís Greco). Rio de janeiro: Renovar, 2002, p. 7.

da tipicidade pressupõe um esclarecimento prévio a respeito do seu sistema *teleológico-racional*. Para tanto, é pertinente rememorar as suas principais premissas, concebidas a partir dos anos 70 e refinadas nas edições mais recentes de seu Tratado.

A formulação desse sistema remonta ao célebre *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, breve obra em que o autor discute as implicações da ciência penal conjunta ou global, concebida por Franz von Liszt. Este modelo se caracterizava por uma marcante separação entre política criminal e dogmática penal: à primeira caberia a tarefa da "luta contra a criminalidade", conforme constava do seu conhecido programa de Marburgo, enquanto a segunda estaria incumbida da função – liberal e garantista – de garantir uma aplicação uniforme e coerente do Direito Penal, convertido numa verdadeira "carta magna do delinquente"[3]. Em síntese, a dogmática penal seria a "barreira intransponível da política criminal", a qual seria alheia ao labor sistemático do penalista[4].

Neste sentido, Roxin já mencionava uma suposta crise da abordagem sistemática do Direito Penal, em especial na teoria do delito[5], afirmação que é reforçada tanto nas edições mais recentes de seu Tratado[6] como em trabalhos de outros autores[7]. Muito embora um abandono do pensamento sistemático não lhe pareça algo viável[8], o penalista de Munique enumera alguns perigos dessa concepção, como o descuido em relação à solução justa de certos casos individuais[9], a redução da possibilidade de

---

[3] ROXIN, Claus. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Berlin: De Gruyter, 1973, pp. 1-2.
[4] ROXIN, op. cit., p. 2.
[5] ROXIN, op. cit., p. 5.
[6] Cf. ROXIN, Claus. Strafrecht I. München: C.H. Beck, 2006, pp. 214 e ss.
[7] HRUSCHKA, Joachim. "Kann Und Sollte Die Strafrechtswissenschaft Systematisch Sein?" JuristenZeitung, vol. 40, no. 1, 1985, p. 9.
[8] Cf. Kriminalpolitik, p. 6.
[9] Cf. Strafrecht, p. 215.

solução de problemas[10], a viabilização de conclusões político-criminalmente ilegítimas[11] e a excessiva abstração conceitual[12]. Assim, recorre o autor à tópica de Viehweg, propondo um sistema jurídico-penal atento ao manejo de problemas concretos.[13]

Dessa forma, a dogmática abandona a posição de "barreira intransponível da política criminal", na medida em que "os problemas de política criminal compõem o conteúdo da teoria geral do crime"[14]. É a partir dessas bases que Roxin desenvolve seu sistema funcional-teleológico. Tal sistema se assenta tanto na negação da ontologia finalista como na reformulação das premissas do neokantismo[15], de maneira que a referência a valores é substituída por um atrelamento a fins político criminais, ou "valorações teleológicas" (*wertende Zielsetzungen*)[16]. A construção de um sistema vinculado aos "fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena"[17] influenciaria, de forma relevante, a solução de problemas dogmáticos[18]. Em síntese, as categorias sistemáticas da teoria do delito – tipicidade, antijuricidade e culpabilidade – passam a ser compreendidas como "instrumentos de uma valoração político-criminal"[19].

Antes da análise referente aos reflexos dessa concepção na categoria da tipicidade, cumpre rememorar o desenvolvimento e o significado da categoria no âmbito da teoria geral do delito, tema com o qual nos ocuparemos adiante. É de se notar que, apesar de representar um conceito-chave no direito penal, bem como o primeiro nível do modelo

---

[10] Op. cit., p. 216.
[11] Op. cit., p. 217.
[12] Op. cit., p. 218.
[13] Op. cit., p. 219.
[14] Cf. Kriminalpolitik, p. 8.
[15] Cf. Strafrecht, p. 206.
[16] Op. cit., p. 222.
[17] Op. cit., p. 206.
[18] Op. cit., pp. 221 e ss.
[19] Op. cit., p. 222.

analítico do crime, a tipicidade foi o último elemento a ser concebido como uma categoria propriamente autônoma.

Nesse sentido, é de se mencionar o ensinamento de Cláudio Brandão:

> "É relevante realçar que ela não desenvolve um papel meramente formal, mas, ao contrário, a tipicidade é o suporte através do qual o direito penal se apoia para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição; e, é aí que se assenta a sua fundamental importância, pois ela também revelará o conteúdo dessa proibição, isto é, a sua substância"[20].

Muito embora o termo *Tatbestand* – usualmente traduzido para "tipicidade" ou "delito-tipo"[21] – tenha sido inserido na teoria jurídica do delito por Beling, o conceito não foi originado na obra deste autor. Assim, cumpre esmiuçar a genealogia dessa categoria, genericamente compreendida não só como a definição legal de uma dada conduta delitiva, mas também como uma "relação de fundamentação"[22] do conteúdo da norma incriminadora.

Na realidade, o termo *Tatbestand* remonta ao direito processual. Em seu parágrafo 133, a Ordenança Criminal Prussiana de 1805 associava o conceito ao conjunto de circunstâncias que tornassem certa ou altamente

---

[20] BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 66.
[21] BRANDÃO, op. cit., p. 68. A primeira opção de tradução é de Soler, enquanto a segunda foi difundida na obra de Jimenez de Asúa.
[22] KÖHLER, Michael. Strafrecht. Berlin: Springer, 1997, p. 119.

provável a ocorrência de um delito[23]. Tratava-se, então, de uma definição do chamado *corpus delicti*, noção que impregnou a ciência penal alemã durante a transição entre os séculos XVIII e XIX[24]. Assim, por exemplo, Klein definia a tipicidade como "aqueles fatos que, compreendidos conjuntamente, determinam o conceito de certa categoria de crime"[25]. Em sentido similar, Stübel falava no "conjunto de todos aqueles fatos dos quais a punição determinada em uma lei criminal deva resultar"[26].

Só a partir da obra de Beling, em 1906, é que a tipicidade passa a ser concebida não como um elemento classificatório da parte especial, mas como uma categoria inserida na teoria geral do delito[27]. Tal categoria se apresenta como um reflexo do princípio da legalidade, compreendendo, então, uma adequação entre a conduta e a lei penal[28]. Esse modelo, oriundo de um pensamento classificatório[29], enxergava a tipicidade como sendo uma "medida puramente descritiva", desprovida de qualquer juízo valorativo.[30]

Nas palavras do próprio Beling, a conduta é apenas *caracterizada* como típica, mas não normatizada como antijurídica[31]. É importante estar familiarizado com esse contexto para compreender como o sistema teleológico de Roxin procura reformular essa categoria a partir de valorações político-criminais, assim como as eventuais limitações aí

---

23 Cf. BRANDÃO, op. cit., p. 68; no mesmo sentido, PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 192.

24 Cf. PAWLIK, op. cit., p. 193.

25 Apud PAWLIK, p. 193: "diejenigen Tatsachen, welche zusammengenommenen den Begriff einer gewissen Gattung von Verbrechen bestimen" (trad. livre).

26 Apud. PAWLIK, p. 193: "Inbegriff aller diejenigen Tatsachen, auf welche die in einem Criminalgesetze bestimmte Strafe erfolgen soll" (trad. livre).

27 BRANDÃO, op. cit., p. 70; PAWLIK, op. cit., p. 193.

28 PAWLIK, op. cit., p. 195.

29 Idem, ibidem.

30 PAWLIK, op. cit., p. 199.

31 Idem, ibidem.

remanescentes, especialmente no que diz respeito às conclusões do referido autor no caso Gröning.

Apreendidas essas noções fundamentais, cabe discutir as principais implicações do modelo funcionalista na teoria do delito, especialmente na tipicidade e no tratamento das chamadas condutas neutras. Como já se apontou, cada nível da teoria do crime deve ser desenvolvido a partir de valorações político criminais:

> "As categorias delitivas – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – são de antemão vistas, desenvolvidas e sistematizadas sob o prisma da sua função político-criminal. [...] O tipo fica sob o fio condutor da taxatividade da lei, ao qual a legitimação da dogmática costuma ser reduzida; na realidade, os tipos se prestam a cumprir a proposição do nullum crimen, e é a partir dela que a análise dogmática deve se desenvolver".[32]

Dessa maneira, o tipo é apreendido a partir de uma finalidade político-criminal: por um lado, a avaliação abstrata da necessidade de pena atende a uma finalidade preventivo-geral; por outro, a categoria da tipicidade compreende uma função de garantia[33], situada num "direito penal do tipo" (em contraposição a um direito penal de disposição interna) e com referência ao fato (em contraposição a um direito penal do autor)[34].

---

[32] ROXIN, Kriminalpolitik, p. 15. Em tradução livre: "daß die einzelnen Deliktskategorien – Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld — von vornherein unter dem Blickwinkel ihrer kriminalpolitischen Funktion zu sehen, zu entfalten und zu systematisieren sind. [...] Der Tatbestand steht unter dem Leitmotiv der Gesetzesbestimmtheit, auf das die Legitimation der Dogmatik oft allein reduziert worden ist; die Tatbestände dienen wirklich der Erfüllung des nullum-crimen-Satzes, und von ihm her muß die dogmatische Aufgliederung erfolgen".

[33] ROXIN, Strafrecht, p. 223; idem, Teoría del Tipo Penal. Buenos Aires: BdeF, p. 174.

[34] Idem, p. 280.

Antes de avançar nesse tópico, no entanto, alguns esclarecimentos a respeito do conceito de necessidade de pena (*Strafbedüftigkeit*) podem se mostrar necessários. Em primeiro lugar, cabe destacar que sentido do termo na literatura jurídico-penal é cambiante, ora sendo empregado como sinônimo de merecimento de pena[35] (*Strafwürdigkeit*), ora significando um critério distinto na análise da legitimidade de normas penais, contexto em que este seria um pressuposto daquela[36]. Em termos gerais, pode-se afirmar que a ideia de necessidade de pena se associa a um juízo político-criminal relativo à necessidade e adequação[37] da intervenção penal, à luz de critérios utilitaristas[38].

O sentido que Roxin atribui à necessidade de pena no âmbito da tipicidade, contudo, diverge ligeiramente da concepção supracitada. Ainda que a interpretação (teleológica) do tipo, por motivos de prevenção geral, deva incluir de forma plena os comportamentos reprovados juridicamente, esse efeito preventivo também dependeria da maior taxatividade possível[39]. Assim, por mais que o tipo se encontre numa área

---

35 DECKERT, Antje. ZIS 6/2013, p. 267.

36 Cf. SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basadas em Princípios y el Concepto de Bien Jurídico, p. 90. In: HEFENDEHL, Roland. La Teoria del Bien Jurídico. Marcial Pons: Barcelona, 2007.

37 VOLK, Klaus, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97(4), p. 896.

38 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Aproximacíon al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 455

39 ROXIN, Strafrecht, p. 223. Neste sentido, Roxin considera atual a fundamentação, já presente em Feuerbach, do princípio da legalidade a partir da teoria da coação psicológica (p. 147). Em sentido contrário, ver GRECO, Luís. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Berlin: Duncker und Humblot, 2011, pp. 254 e ss. De tomo modo, cabe registrar a visão de Naucke a respeito desse tópico. Segundo este autor, essa relação pressuposta por Feuerbach só faz sentido à luz de uma relação entre lei e dignidade penal, isto é, diante de um injusto efetivamente grave (cf. NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo

de conflito[40] entre a finalidade e a taxatividade legal, a interpretação judicial não pode ultrapassar o limite semântico da norma, sob pena de se incorrer numa inadmissível analogia[41]. É a partir dessas concepções que Roxin desenvolve seu conhecido modelo de imputação objetiva, a qual resultaria num "balanceamento entre interesses de segurança e liberdade"[42]. Trata-se, em suma, do chamado tipo-garantia.

Nesse sentido, cabe mencionar a lição de Moreno Hernández:

> "O tipo descreve aquilo que, a juízo do legislador, deve ser objeto de regramento da norma penal, isto é, aquilo que é por ela proibido ou prescrito, e que não pode ser outra coisa senão a conduta humana, tal como ela se apresenta na realidade. A proibição ou prescrição são elaboradas em função de bens jurídicos, os quais devem ser protegidos pela norma penal, tal como determina a tarefa político-criminal do Direito Penal. Nestes termos, cumprir as exigências do Nullum crimen significa que o tipo penal deve ser "preciso" ao invés de "indeterminado", devendo descrever o objeto da proibição ou mandamento de forma "completa", de maneira que a segurança jurídica do indivíduo possa ser inferida a partir dos dados inseridos em seu conteúdo."[43]

---

relativista y politizado. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. In: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000, p. 535).

[40] Idem, ibidem.

[41] Idem, p. 150.

[42] ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 116(4), p. 930.

[43] HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Ontologismus versus Normativismus?). In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, p. 84. "Der Straftatbestand beschreibt in der Tat das, was, nach dem Urteilsvermögen des Gesetzgebers, der Regelungsgegenstand der Strafnorm sein sollte, d. h. das, was die Norm verbietet oder vorschreibt und was nichts anderes sein kann als das menschliche Verhalten, so wie es sich in der Realität darstellt. Das Verbot oder die Vorschrift werden auf Grund der Rechtsgüter erstellt, welche durch

Ante estes esclarecimentos, seria pertinente expor algumas críticas concebidas contra a formulação do tipo no marco de um funcionalismo racional-teleológico. Assim, por exemplo, Amelung sustenta que essa concepção do tipo nos termos do princípio da legalidade seria demasiadamente formal, sem qualquer determinação de conteúdo[44]. Nesses termos, afirma o referido autor que a construção de Roxin estaria na contramão da visão de alguns penalistas do período entreguerras, os quais já enxergavam um conflito de interesses no âmbito da tipicidade[45]. Para o penalista de Munique, esse juízo político-criminal seria pré-típico e exprimiria uma incumbência do legislador[46]. Nesse aspecto, Amelung chega a enxergar uma contradição no argumento de Roxin, que estaria muito próximo da separação entre política criminal e dogmática nos termos da concepção de Liszt[47].

Em sentido similar, argumenta Lampe que essa concepção da estrutura típica como corolário do *nullum crimen sine lege* seria inconvenientemente restrita[48]. Essa dimensão político-criminal, afirma o

---

die Strafnorm geschützt werden müssen, wie es die kriminalpolitische Aufgabe des Strafrechts bestimmt. Die Forderungen des Nullum-crimen-Satzes zu erfüllen, bedeutet demzufolge, daß der Straftatbestand klar und „präzise" und nicht „unbestimmt" sein muß und daß er „komplett" den Gegenstand des Verbots oder der Vorschrift beschreibt, damit daraus und aus den Daten, die in seinen Inhalt miteingeschlossen werden, die Rechtssicherheit des einzelnen abgeleitet werden kann" (trad. livre).

[44] AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin: De Gruyter, 1984, p. 87.

[45] Idem, p. 88.

[46] Idem, ibidem.

[47] Idem, p. 89.

[48] LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems. In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, p. 48.

mencionado autor, não diria apenas respeito a uma legalidade penal formal, mas também abarcaria uma "necessidade político-criminal" de proteger potenciais vítimas de infrações criminais[49].

Segundo Lampe, portanto, a necessidade de uma compreensão funcional do Direito penal estaria demonstrada nos métodos interpretativos das normas jurídico-penais: a interpretação judicial de um enunciado típico deveria ser restritiva quando as suas consequências jurídicas se mostrarem inadequadas para os limites incluídos pela redação; por outro lado, caberia uma interpretação extensiva "nos limites da analogia" quando isso for exigido pelos "objetivos político-criminais" do legislador[50]. Os critérios para recorrer a um ou outro modo de interpretação, no entanto, nos parecem pouco claros.

É de se notar que, embora tanto Amelung quanto Lampe critiquem alguns aspectos pontuais da construção de Roxin, inexiste uma discordância fundamental entre estes autores, na medida em que todos eles aprovam o influxo de valorações político-criminais na dogmática penal[51]. No entanto, essa tendência é avaliada com ceticismo por parte de alguns setores da literatura jurídico-penal. Assim, por exemplo, argumenta Pawlik que romper a barreira entre dogmática e política criminal pode comprometer a pretensão vinculativa da argumentação jurídica, cujos fundamentos ficariam a reboque da atmosfera política do momento. Isto porque a política criminal é contingente, enquanto a dogmática se assenta num senso de continuidade[52]. A política jurídica é mediada pelo

---

[49] Idem, ibidem.
[50] Idem, p. 54.
[51] Cf. LAMPE, op. cit., p. 47; AMELUNG, op. cit., p. 84. A despeito das semelhanças apontadas, é importante ressaltar que Amelung não fundamenta o conceito material de crime a partir de uma teoria do bem jurídico, mas baseado numa concepção de danosidade social (cf. ROXIN, Strafrecht, p. 51).
[52] PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers, p. 49.

compromisso e "não está e nem pode estar obrigada à clausura sistemática-axiológica"[53].

Nos termos dessa crítica, a pretensão de fundamentar a dogmática a partir da política criminal transitaria entre a ficção e o efetivo risco de se renunciar a qualquer racionalidade[54]. Neste sentido, argumenta-se que o sistema teleológico-racional de Roxin incorreria num problemático intuicionismo[55]. Ainda, a própria justificação da pena subjacente a esse sistema esbarra em algumas objeções. Esta fundamentação teleológica (i.e., preventivo-geral) da pena a concebe não como uma retribuição (deontológica) por fatos passados (*quia peccatum est*), mas sim como um instrumento voltado à prevenção de perigos futuros (*ne peccetur*)[56].

Como se vê, as teorias preventivas seriam tão insatisfatórias[57] quanto problemáticas, na medida em que essa abordagem estaria enraizada

---

[53] Idem, ibidem.

[54] Cf. MARTINS, Antonio. Versuch über die Vorsatzzurechnung am Beispiel der *aberractio ictus*, p. 85, *apud* PAWLIK, op. cit., p. 49.

[55] PAWLIK, op. cit., p. 51. Em sentido similar, Donini argumenta que essa suposta orientação a fins político-criminais não seria efetivamente atrelada a consequências reais do sistema penal, mas traduziria considerações puramente normativas e internas ao sistema (cf. DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTIN, Adán (coord.). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 87).

[56] PAWLIK, op. cit., pp. 59-60.

[57] PAWLIK, op. cit., p. 72. Mesmo entre os que aderem às teorias preventivas, verifica-se algum consenso no sentido de que essa finalidade de evitar delitos futuros seria apenas uma condição necessária (mas não suficiente) à legitimação a pena criminal. Cf. HÖRNLE, Tatjana. Straftheorien. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 25; idem, Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, p. 7. In: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Berlin/Boston: DeGruyter, 2011; próximo, ROXIN, Strafrecht, p. 83.

numa perigosa lógica expansiva[58]. A isto se deve a acusação de que a pretendida otimização da proteção de bens jurídicos – defendida por Roxin – teria como consequência a ampliação da responsabilidade pela idoneidade de bens alheios[59].

A partir destas reflexões introdutórias, pretende-se facilitar a compreensão referente aos possíveis reflexos do sistema roxiniano no âmbito da tipicidade e da punibilidade de condutas neutras. No entanto, antes de explorar tal questão, é pertinente apresentar as circunstâncias fáticas do caso Oskar Gröning. A partir dele, será possível compreender algumas implicações práticas das premissas de Roxin, a fim de avaliar até que ponto as críticas ao seu ponto de vista podem ser consideradas pertinentes.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CASO GRÖNING

Em 2016, o Tribunal Federal da Alemanha (*BGH*) confirmou a condenação de Oskar Gröning, o conhecido "contador de Auschwitz", pelo assassinato de 300.000 (trezentos mil) pessoas no campo de Auschwitz, a título de cumplicidade[60]. Muito embora o condenado não tenha atuado diretamente na morte das vítimas, restou comprovado o seu auxílio, por

---

[58] Cf. PAWLIK, op. cit., p. 82; FERRAJOLI, Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 2011, pp. 278 e ss; próximo, SCHÜNEMANN, Bernd. Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe, Rechtsgut und Deliktstruktur, p. 704. In: Rechtstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. C.F. Müller: 2017.

[59] PAWLIK, op. cit., pp. 139 e ss.

[60] O §27 do Código Penal alemão regulamenta expressamente a cumplicidade, determinando que "É punível como cúmplice quem prestou dolosamente ajuda ao fato antijurídico cometido por outrem". Em contraste com a legislação brasileira, que adota um conceito extensivo de autoria (v. art. 29 do CPB), o mencionado dispositivo se baseia num conceito restritivo, de maneira que a figura da participação compreende uma causa extensiva de punibilidade (cf. GRECO, Luís, Cumplicidade por Ações Neutras, pp. 7-12).

diversas vias, à chamada *Ungarn-Aktion* (operação Hungria), ocorrida entre 1942 e 1944. Na ocasião, centenas de milhares de judeus foram deslocadas para os campos de Auschwitz-Birkenau, onde seriam imediatamente executados[61]. É importante assinalar que o destino dessas pessoas era sabido por Gröning, embora as circunstâncias concretas de cada morte não fossem plenamente conhecidas.

A atuação de Gröning envolvia o chamado serviço de rampa, consistente na custódia dos pertences retirados das vítimas, bem como na administração do dinheiro que lhes fora subtraído. Esta atribuição teria a finalidade de minar qualquer possibilidade de resistência por parte dos deportados, além de auxiliar na seleção e vigilância dessas pessoas[62]. Em síntese, o Tribunal entendeu que a prestação do serviço de contabilidade ao campo de concentração e extermínio seria punível a título de cumplicidade, ainda que na ausência de uma intervenção direta nos assassinatos.

A relevância do caso não se limita à sua inegável importância histórica, mas também diz respeito a uma série de questões dogmáticas a respeito de temas como a tipicidade e a imputação, especialmente em contextos coletivos. Nos crimes contra a humanidade, são de especial relevância as chamadas *random collections*, consistentes na atribuição de responsabilidades individuais em grupos não-organizados, bastando que o agente individual preste uma contribuição, sem necessariamente estar envolvido de forma generalizada ou sistemática[63].

É de se notar que a dificuldade de obter critérios claros de responsabilização no âmbito dos crimes praticados no contexto do nacional-socialismo remonta à época do pós-guerra, o que também abrange

---

[61] Cf. ROXIN, Claus. Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz. In: Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional, Serie CEDPAL Vol 2, Göttingen, GUP, 2018.
[62] ROXIN, Complicidad, p. 177.
[63] Cf. SEELMANN, Kurt. Kollektive Verantwortungen im Strafrecht. Berlin: DeGruyter, 2002, p. 10.

alguns casos de grande importância no âmbito do Direito Penal Internacional[64]. Tal complexidade revela uma relação direta com a problemática das chamadas condutas neutras ou cotidianas, aspecto que será explicado de forma mais detida no próximo item[65].

A despeito disto, faz-se necessário reforçar a nossa concordância com a condenação de Oskar Gröning. Neste caso específico, o que interessa é discutir os fundamentos dela: o fato do autor ter prestado um serviço de contabilidade ao campo de extermínio seria uma razão suficiente para a imputação? Bastaria o conhecimento acerca do que ocorria para fundamentá-la? A vigilância dos deportados seria um fator determinante para configurar a cumplicidade? Seria o caso de supor, como sustentava Fritz Bauer, que toda pessoa presente em um campo de extermínio estaria agindo em cumplicidade psíquica?[66]. Afinal, como essa questão se insere no funcionalismo teleológico de Roxin?

Com efeito, a Corte explicitou que aqueles profissionais que estivessem no estrito cumprimento de seus deveres, como alguns médicos do referido campo, não poderiam ser considerados cúmplices. Isto se deve ao entendimento de que a conduta desses profissionais seria "neutra" ou "cotidiana"[67]. Nesse sentido, cabe expor e discutir a posição de Roxin a respeito do tema.

Dessa maneira, buscar-se-á traçar os delineamentos gerais desse critério diferenciador, bem como os seus possíveis fundamentos.

---

[64] RACKOW, Peter. Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007., pp. 485 e ss.

[65] Idem, p. 482. Conforme explica Rackow, essa relação é especialmente conflituosa no contexto de um regime político totalitário como o Nazista, na medida em que quase todas as dimensões da vida social tendem a ser absorvidas e instrumentalizadas por ele.

[66] ROXIN, Complecidad, p. 178; cf. BAUER, Fritz. Ideal- oder Realkonkurrenz bei nationalsozialistischen Verbrechen? JuristenZeitung, 1967, p. 628.

[67] Idem, ibidem.

3. O PROBLEMA DAS CHAMADAS CONDUTAS NEUTRAS OU COTIDIANAS

Uma das possibilidades de se estabelecer um critério diferenciador na atribuição de responsabilidades em eventos dessa complexidade reside nas denominadas condutas "neutras" ou "cotidianas". De início, é preciso esclarecer que se trata de uma discussão ainda incipiente[68] na doutrina brasileira, de forma que um panorama a respeito das principais propostas doutrinárias se faz igualmente necessário. Na literatura penal europeia, o tema era foi relativamente negligenciado até a conhecida definição de Wohlleben, para quem as ações "externamente neutras" ou "cotidianas" consistiriam naqueles comportamentos caracterizados pela perseguição de fins próprios, não desaprovados juridicamente[69].

Em outras palavras, essa problemática diz respeito à pretensão de se fixar limites à possibilidade de responsabilização penal em função de condutas que, não sendo inequivocamente criminosas, contribuam à realização do plano delitivo de terceiros. A associação do tema com a teoria do concurso de pessoas, portanto, não é algo digno de surpresa. De qualquer maneira, essa vinculação não se faz necessária, seja em razão da ausência de uma distinção qualitativa entre autores e partícipes no sistema

---

[68] Cf. RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito brasileiro. LiberArs: São Paulo, 2012, pp. 15-16; LOBATO, José Danilo Tavares. Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras. Curitiba: Juruá, 2010, p. 11.

[69] ROXIN, Claus. Strafrecht II, p. 207. Em sentido crítico à definição de Wohlleben: RACKOW, op. cit., p. 37.

brasileiro, seja pelo ceticismo de alguns autores no que se refere à existência de critérios específicos de imputação no âmbito da cumplicidade[70].

Por outro lado, é natural que essa temática das condutas neutras tenha se tornado, nos dizeres de Amelung, um "tema da moda"[71], especialmente nos casos advindos da chamada criminalidade empresarial ou econômica[72]. Nada obstante, a relevância da discussão perpassa um grupo relativamente heterogêneo de casos, como a entrega de instrumentos com potencial delitivo (armas, facas, chaves de fenda)[73], a circulação anônima de bens e serviços (como a venda de materiais tóxicos a empresas que cometem crimes ambientais[74] ou a comercialização de bebidas com casas de prostituição[75]), a consultoria jurídica[76] e econômica envolvendo crimes fiscais ou de lavagem de capitais, a atividade laboral no setor bancário[77] ou notarial[78] e assim por diante. Há também exemplos aparentemente livrescos, mas igualmente factíveis, tais como o do taxista que conduz um assaltante

---

[70] HARTMANN, Arthur. Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales" Verhalten? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 116(3), p. 617; próximo, KUDLICH, Hans. Berufsbedingtes Vorschubleisten?. In: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, p. 813.

[71] Apud RACKOW, op. cit, p. 23.

[72] RASSI, op. cit., p. 16.

[73] Cf. RACKOW, op. cit., p. 19.

[74] ROXIN, op. cit, p. 207.

[75] Cf. RACKOW, op. cit., p. 19.

[76] Confira-se, nesse sentido, o exemplo do advogado que orienta um cliente no sentido de abrir uma firma *Off Shore* (LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras. Curitiba: Juruá, 2014, p. 129).

[77] RACKOW, op. cit., p. 21.

[78] LIMA, op. cit, p. 128; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Zur Beteiligung von Notaren am Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten. In: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich und Rechtssache – Festschrift für Klaus Tiedemann. Köln: Heymann, 2008.

ao local do crime[79] ou a situação da mulher de um sequestrador que lava as roupas da vítima, situação que foi decidida em sede de recurso de amparo pelo Supremo Tribunal espanhol[80].

Diante dessa miríade de exemplos, passa a ser mais clara a relação do problema das condutas neutras com casos semelhantes ao de Oskar Gröning. Caso se concorde com uma responsabilização indiscriminada de todos que tenham se envolvido, ainda que de forma indireta ou através da prestação de serviços, nos crimes do Nazismo, a discussão sobre tais espaços de neutralidade se inviabiliza. No entanto, há exemplos da própria Jurisprudência alemã em sentido contrário, como o caso de um paramédico, ex-membro das SS, que se limitava a atender outros

---

[79] Cf., por todos, CARO JOHN, Jose Antonio. La Impunidad de Las Conductas Neutrales. In: MONTES FLORES, Efraín (coord.). El derecho penal contemporáneo - libro homenaje al Profesor Raúl Peña Carbrera, vol. 1. Lima: ARA Editores, 2006, p. 338. É interessante notar que a Suprema Corte do Peru absolveu um taxista da acusação de roubo, sob o fundamento de que este teria se limitado a atuar no marco do seu papel social.

[80] RASSI, op. cit., p. 24. A corte decidiu pela absolvição: "DETENCIÓN ILEGAL. La conducta no resulta punible, ni desde el punto de vista de la complicidad, ni desde la perspectiva del encubrimiento. Queda excluída la posibilidad de encubrimiento, pues la recurrente era compañera sentimental conviviente de aquel cuya conducta delictiva se encubrió, omitiendo su denuncia, y el auxilio no se dirigía propiamente a favorecer el aprovechamiento de los efectos del delito. El sólo hecho de lavar la ropa del privado de libertad y el de ostentar la titularidad del vehículo con el que se lleva a cabo su liberación, son datos que no alcanzan a integrar un supuesto de complicidad. Semejante actividad nada añade ni aporta al delito, que se hubiera cometido con independencia respecto de aquella. Favorecer la liberación no es cooperar en la detención. En primera instancia se condena a la imputada. Se estima el recurso de casación, absolviéndose a la imputada (Res. 185/2005). Para uma discussão sobre os aspectos doutrinários do caso, ver LINARES, Fernando Miró. Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005).

membros do grupo – estes efetivamente responsáveis pela vigilância dos internados[81].

Sem desconsiderar as dificuldades de restringir a possibilidade de imputação num contexto em que a vida cotidiana era contagiada pela macroestrutura criminosa de um regime totalitário[82], há outros exemplos reais de contribuições potencialmente delitivas que podem se enquadrar na discussão referente à (im)punibilidade de condutas neutras. Caso especialmente dramático e interessante para o tema aqui discutido é o do Zyklon B, produto químico empregado nos campos de extermínio. Em 1946, vários membros da empresa Tesch & Stabenow (conhecida como Testa), uma produtora de desinfetantes, foram acusados pela prática de homicídio. Dentre eles, havia o proprietário da empresa, um representante e um funcionário – o único absolvido[83].

Da mesma maneira, nos termos da aplicação do *obter dictum* da decisão que confirmou a condenação de Gröning, segundo a qual quem presta um serviço a um campo de concentração ou extermínio ciente das atividades ali praticadas seria cúmplice, todos os envolvidos deveriam ser responsabilizados. O mesmo se daria caso um acolhimento generoso do instituto da cumplicidade psíquica fosse empregado. O critério empregado pela Corte Militar Britânica na época, ocasião em que a Alemanha ainda se encontrava sob a ocupação dos Aliados, foi o da essencialidade da contribuição[84].

Sobre os crimes perpetrados sob o regime nazista, cabe mencionar as indagações de alguns penalistas, cuja exposição pode ter alguma valia para a temática referente à relevância penal das condutas neutras. Já em 1966, Rudolphi sustentava que os motoristas e ferroviários

---

[81] FAHL, Christian. Teilnahmehandlungen in Auschwitz - Vorüberlegungen zum Prozess gegen einen SS-Sanitäter in Auschwitz, p. 216. HRRS 5-2015.
[82] RACKOW, op. cit., p. 484.
[83] RACKOW, op. cit., pp. 485 e ss.
[84] RACKOW, op. cit., p. 485.

que contribuíram para o transporte dos deportados para os campos, assim como os comerciantes que tenham fornecido alimentos aos guardas, não deveriam ser responsabilizados a título de homicídio. O principal fundamento para tal isenção de responsabilidade residiria na circunstância de que aqueles fatos teriam ocorrido "fora do âmbito social de responsabilidade" dos respectivos agentes[85].

No entanto, é de se ressaltar que este fundamento é fortemente criticado por autores favoráveis à ideia de restringir a punibilidade de condutas tidas como neutras, como é o caso de Peter Rackow:

> Mas o que resta de tais esferas responsabilidade (...) quando um Estado totalitário criminoso reivindica não apenas a esfera do social, mas também aquela do privado ou mesmo do íntimo de seus cidadãos?[86]

Como se vê, o problema das denominadas condutas neutras não se limita aos delitos econômicos, mas tangencia também o direito penal internacional e os fundamentos da parte geral. Com isso, não é de se surpreender que esta temática tenha motivado um imenso mosaico de teorias. Antes de traçar um breve panorama a respeito das principais propostas concernentes ao seu tratamento dogmático, contudo, cumpre elaborar uma breve exposição a respeito da conceituação do que constituiria propriamente uma ação penalmente neutra.

A definição do termo, portanto, corresponde a uma necessidade prática.[87] Conforme aponta Rackow, a dificuldade em obter um

---

[85] RACKOW, op. cit., p. 488.

[86] Idem, ibidem. "Doch was bleibt von derartigen (...) verantwortungssphären übrig, wenn ein verbrecherischer totalitärer Staat nicht nur die Sphäre des Sozialen, sondern darüber hinaus diejenige des Pivaten oder gar des Intimen seiner Bürger in Anspruch nimmt?" (trad. livre).

[87] RACKOW, op. cit., p. 24.

conceito claro reside numa confusão entre a delimitação da constelação de casos concernentes ao problema aqui discutido e a sua respectiva valoração penal.[88] Sendo assim, não há de se falar num conceito pré-normativo de conduta neutra.[89] Em outras palavras, é inviável obter uma definição para subsumir as contribuições que seriam consideradas penalmente irrelevantes[90]. Diante de uma questão penal, a valoração é praticamente inevitável[91].

Nesse sentido, a definição de Kudlich, pretensamente pré-normativa, implica em algumas dificuldades incontornáveis. Segundo esse autor, o conceito de ação neutra dependeria de uma descrição externa e anterior a qualquer apreciação normativa[92]. Tal neutralidade estaria vinculada ao contexto de cada acontecimento, nos termos da teoria filosófica da ação. Posteriormente, seria estabelecida uma "escala objetiva"[93], a qual serviria de parâmetro para essa avaliação normativa. Ora, se essa descrição externa pretende ser pré-normativa, o critério invocado para contextualizá-la não pode ser normativo. Entretanto, Kudlich recorre frequentemente a parâmetros normativos e legais, como a liberdade de trabalho, prevista no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, o que resulta em conclusões pouco convincentes[94].

---

[88] RACKOW, op. cit., p. 25.
[89] RACKOW, op. cit., p. 29.
[90] RACKOW, op. cit., p. 29.
[91] RACKOW, op. cit., p. 48.
[92] RACKOW, op. cit., p. 38.
[93] RACKOW, op. cit., p. 39.
[94] RACKOW, op. cit., pp. 38 e ss. Sem qualquer pretensão de analisar de forma exaustiva a argumentação de mencionado autor, podemos sumarizar os fundamentos de sua posição da seguinte forma: a atividade laboral seria merecedora de uma especial proteção, a qual se desenvolveria a partir de uma ponderação entre a intromissão na liberdade do agente e a conservação de bens jurídicos. Esse "modelo global de ponderação" deve evitar que o cidadão destinatário da norma seja sobrecarregado diante do receio de excessivos riscos de criminalização. Muito embora a preocupação de Kudlich nos pareça correta, os critérios

Outra dificuldade no que diz respeito à definição do que seria uma intervenção penalmente neutra reside no emprego indiscriminado de termos como "ação neutra", "ação cotidiana" ou "tipicamente profissional". Tais expressões demandam concretização, o que só contribui pra obscurecer o tratamento do tema[95]. A falta de clareza também é um obstáculo para a pretensão de definir se essas expressões se referem aos mesmos grupos de casos ou remetem aos mesmos fundamentos.

É de se notar que o termo "cotidiano" pode designar tanto uma situação frequente e diária como uma conduta desprovida de relevância penal. Na primeira acepção, o termo não delimita nada, uma vez que qualquer atividade cotidiana pode ter propósitos delitivos; na segunda, afirma-se o que deveria ser demonstrado[96]. A restrição da punibilidade desses comportamentos, portanto, depende de uma valoração cujos critérios são pouco claros[97]. A qualificação de um fato qualquer como "cotidiano", por fim, depende da perspectiva do respectivo observador[98]. Por essas razões, o presente artigo não emprega os três conceitos de forma indistinta, e nem restringe os casos de impunibilidade ao contexto cotidiano ou laboral.

---

dessa ponderação são pouco claros, na medida em que o autor recorre a uma miríade de critérios – como a intenção explícita do agente de fomentar uma ação delitiva, ou a presença de conhecimentos especiais a respeito das inclinações do autor principal – para explicar quando uma atividade laboral ultrapassaria as fronteiras do risco permitido. Tal casuísmo contraria a função político-criminal (de garantia) da tipicidade, na medida em que fundamentar a punibilidade a partir de dados exclusivamente subjetivos se aproxima de um inaceitável direito penal do ânimo. Além disso, falta um fundamento claro ao privilégio concedido às atividades tipicamente laborais, aspecto que o autor reputa como o ponto de partida da discussão. Cf. RACKOW, op. cit., pp. 42, 121 e ss; idem, pp. 238 e ss; KUDLICH, Hans. BGH, 1. 8. 2000 — 5 StR 624/99. Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter. JuristenZeitung, 23, p. 1180.

[95] RACKOW, op. cit., p. 36.

[96] RACKOW, op. cit., p. 32.

[97] RACKOW, op. cit., p. 31.

[98] HARTMANN, op. cit., p. 598.

Ainda, optamos por não recorrer a um conceito pré-normativo de conduta neutra. Nesse sentido, adota-se a delimitação provisória de Rackow: as condutas denominadas neutras situam-se, em regra, entre aqueles comportamentos insuspeitos.[99] Trata-se de práticas que fogem do usual, demandando uma valoração mais cuidadosa por parte do intérprete. Nem toda ação insuspeita será necessariamente neutra.[100] A delimitação do objeto de valoração, contudo, é provisória, na medida em que podem existir práticas penalmente *neutras e suspeitas*[101]. A partir dessa heurística, é possível isolar a maioria dos casos limítrofes, sem incorrer numa confusão entre definição conceitual e valoração jurídico-penal.

Partiremos, então, de um conceito mais aberto e flexível de conduta neutra. Contudo, não se pretende fornecer uma terminologia definitiva ou esgotar a matéria, mas sim buscar desatrelar a temática de discussões mais setoriais no âmbito dos fundamentos da participação ou dos limites da cumplicidade.[102] Com isto, espera-se demonstrar a possibilidade de tratar o problema como uma questão mais geral de tipicidade. A partir de tal repertório, espera-se tornar mais palatável a discussão da proposta de Roxin sob o prisma do seu funcionalismo teleológico-racional.

---

[99] RACKOW, op. cit., p. 48. O conceito de ação insuspeita (*unverdächtige Handlung*) ou cumplicidade insuspeita (*unverdächtige Beihilfe*) remonta ao direito processual alemão, sem correspondente imediato no nosso ordenamento. Contudo, a ideia é bastante similar ao conceito brasileiro de *notitia criminis*, constituindo uma condição mínima para a abertura de uma investigação policial, critério que reputamos apto a delimitar o grupo da maioria dos casos problemáticos que podem suscitar uma discussão referente ao tema das condutas penalmente neutras.

[100] RACKOW, op. cit., p. 44; idem, p. 48.

[101] RACKOW, op. cit., p. 48.

[102] Nesse sentido, ver RACKOW, op. cit., p. 28: "seria precipitado enxergar a discussão das ações neutras como um tema puramente ligado à cumplicidade" (trad. livre).

3.1 A Cumplicidade por Condutas Neutras no Pensamento de Claus Roxin

Conforme já se apontou, a discussão referente à punibilidade de condutas neutras motivou infindáveis e heterogêneas propostas de solução, culminando numa verdadeira "Torre de Babel explicativa"[103]. Com efeito, as distintas teorias dedicadas ao tratamento dogmático da intervenção mediante condutas neutras transitam entre diversos níveis da

[103] FONSECA DE AGUILAR, op. cit., p. 49.

teoria do delito, tais como a adequação social (ou profissional)[104], o princípio da confiança[105] e a imputação subjetiva[106].

---

[104] Para além da conhecida construção de Welzel, segundo a qual seriam atípicas aquelas condutas praticadas de acordo com a "ordem ético-social historicamente condicionada de uma comunidade" (cf. ROXIN, Strafrecht I, pp. 295 e ss.), é de se mencionar a tentativa de Hassemer no sentido de desenvolver a doutrina da adequação social na direção do problema das condutas neutras. Para o penalista de Frankfurt, a referida teoria seria um "diamante bruto" a ser lapidado, haja vista a dificuldade de delimitar o significado de normas penais ubíquas a partir de normas sociais variáveis. Assim, uma atividade regulamentada pelo estado e socialmente útil seria presumivelmente atípica, porque profissionalmente adequada, e a interpretação do tipo deveria considerar essas regras profissionais. Tal presunção só cederia diante de fortes indícios, como a adaptação de regulamentos a planos delitivos alheios (cf. FONSECA DE AGUILAR, op. cit., pp. 117 e ss.; GRECO, op. cit., pp. 51 e ss; LOBATO, op. cit., p. 64). Para um panorama dessa discussão, cf., por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 345 e ss.

[105] Embora o presente artigo não se proponha a fazer um apanhado das diversas teorias voltadas ao tratamento dogmático das condutas neutras, alguns esclarecimentos podem se mostrar necessários. Originalmente, o princípio da confiança foi concebido no restrito grupo de casos do direito penal viário. Neste sentido, quem cumpre os próprios deveres de cuidado poderia confiar que terceiros atuarão da mesma forma. A ampliação do referido princípio a outras situações, como nos casos envolvendo divisão de tarefas ou a atuação delitiva de terceiros, é controversa (cf. ROXIN, op. cit, p. 1071). Como se verá, a solução de Roxin para restringir a punibilidade de condutas neutras se fundamenta, em grande parte, no princípio da confiança, por ele considerado como uma hipótese de risco permitido, contrariando a argumentação de outros autores, os quais preferem recorrer a soluções pautadas na autorresponsabilidade, na ponderação de interesses ou na proibição de regresso (cf. ROXIN, op. cit., p. 1070; JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil. Berlin: DeGruyter, 1991, p. 209). Finalmente, é de se ressaltar que a capacidade de rendimento deste princípio no âmbito da presente discussão também é contestada, na medida em que a maior parte dos casos envolvendo condutas neutras conta com a presença de um ou mais indícios da atuação delitiva de terceiros, o que configura um dos limites à sua aplicação (cf. GRECO, Cumplicidade por Ações Neutras, p. 29; FRISCH, Wolfgang. Tatbestandsmässigverhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 237).

[106] GRECO, op. cit., pp. 65 e ss.

O presente artigo não pretende expor um panorama exaustivo a respeito de todas essas propostas. Nosso propósito se limita a discutir a argumentação de Roxin, a qual condiciona a punibilidade condutas neutras à denominada conotação (ou relação de sentido) delitiva. A partir desta compreensão, pretende-se examinar a ligação entre tal construção teórica com o funcionalismo teleológico em geral, bem como em relação à função político-criminal da tipicidade. As demais teorias serão mencionadas de maneira pontual, a fim de reforçar alguma distinção substancial ou expor os pontos potencialmente falhos de uma ou outra concepção.

De antemão, vislumbra-se a pertinência argumentativa do conceito de tipicidade exposto por Roxin no sentido de afastar algumas propostas formuladas para tentar resolver o problema das ações neutras. Dessa maneira, a compreensão do tipo a partir de uma valoração político-criminal – isto é, de garantia – justifica a rejeição de construções como a de Schumann, para quem a punição do partícipe decorreria de uma "solidarização" com o injusto alheio[107], ou a de Schild-Trappe, que pretende

---

[107] GRECO, op. cit., pp. 47 e ss. É importante notar que o *topos* da solidarização já era empregado em algumas decisões do Tribunal Imperial alemão. Em 1904, num caso envolvendo o aconselhamento jurídico prestado por um advogado ao seu cliente, entendeu o mencionado Tribunal que a relevância penal de tal assessoramento não dependeria do conhecimento acerca das intenções do cliente (o qual, munido de tais informações, agira de maneira ilícita), mas da vontade de fomentar (*Tatförderungswillen*) a prática criminosa em questão (RACKOW, op. cit., p. 254). A construção de Schumann, no entanto, vai além dessa solução intuitiva (e não menos problemática). Para este autor, o merecimento de pena do partícipe (ou fundamento da participação) não residiria pura e simplesmente na causação mediata do resultado, mas do fato do agente agir como "associado do criminoso"; a solidarização, portanto, consistiria no ato do interveniente se situar, de forma reconhecível, ao lado do ilícito. Além da sua proximidade com um direito penal de disposição interna, o critério da solidarização não fornece conclusões claras em termos de imputação (cf. RACKOW, op. cit., pp. 260 e ss). No caso dos envolvidos nos campos de concentração e extermínio, parece-nos possível concluir que a ideia da solidarização conduziria à responsabilização indiscriminada de todos ali presentes – tenham ou não prestado auxílio direto ou facilitado a prática delitiva em tela.

limitar a punibilidade das condutas neutras aos casos de dolo direto[108]. Toda proposta que procure fundamentar a tipicidade da conduta do interveniente a partir de sua disposição interna, portanto, deve ser vista com desconfiança, ante a função político-criminal do tipo[109].

Feitos esses esclarecimentos, tratemos da proposta teórica de Roxin para lidar com o problema da cumplicidade por condutas neutras. Em primeiro lugar, deve-se pontuar que o penalista de Munique mudou de opinião após a segunda edição de seu Tratado, tendo abandonado a

---

[108] GRECO, op. cit., pp. 72-73; RACKOW, op. cit., pp. 263 e ss. Também se valendo do critério da solidarização, sustenta Schild-Trappe que a neutralidade da conduta só seria afastada nos casos de dolo direto, na medida em que seria inviável supor tal relação de solidariedade nos casos de dolo eventual. Aqui é possível repetir as mesmas críticas à concepção de Schumann.

[109] Para uma exposição detalhada acerca do que se entende por "direito penal de disposição interna" ou "direito penal do ânimo", ver RACKOW, op. cit., pp. 114 e ss; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, pp. 88 e ss. In: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973. Berlin, Boston: De Gruyter, 1973. Sobre a relevância dos elementos especiais de ânimo no âmbito da tipicidade e da participação, ver ROXIN, op. cit., pp. 316 e ss; HARDWIG, Werner. Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 68(1), pp. 18 e ss; BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 325-326. Uma discussão matizada acerca da relação entre os elementos subjetivos do tipo e a punição de disposições internas se encontra em BUNG, Jochen. Wissen und Wollen im Strafrecht – zur Theorie und Dogmatik des Subjektiven Tatbestands. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, pp. 117-121. Sem renunciar à tradicional concepção volitiva de dolo, o autor discute a questão referente à criminalização de estados prévios à lesão de um bem jurídico, levantada por Jakobs. Este último se ocupou dos limites à antecipação de punibilidade nos termos de uma "esfera interna" do cidadão, a qual não produz qualquer perturbação social passível de justificar qualquer intervenção por parte do Estado (JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97(4), p. 755). Sob o prisma da filosofia da mente, Bung analisa e discute as bases epistemológicas e normativas dessa concepção, que seria marcadamente cartesiana (BUNG, op. cit., pp. 118, 121).

chamada solução subjetiva – esta baseada no dolo[110]. Atualmente, o autor propõe o critério da chamada "relação delitiva de sentido" ou "conotação delitiva" (*Deliktischer Sinnbezug*)[111] para definir quando uma contribuição externamente neutra poderá ser considerada penalmente relevante.

Assim, Roxin busca delinear os limites da cumplicidade punível – esta compreendida como um incremento causal e juridicamente

---

[110] GRECO, op. cit, p. 81.

[111] Novamente, convém fazer alguns esclarecimentos, já que o termo em questão é pouco claro e varia de acordo entre os diferentes setores da doutrina. Frisch emprega a expressão da relação delitiva de sentido no marco da sua teoria geral sobre o comportamento típico. O ato de favorecer a prática delituosa de terceiros, argumenta o autor, será desprovida dessa relação quando o autor principal puder obter essa contribuição por qualquer meio. Sendo a norma incriminadora uma restrição à liberdade de ação, a desaprovação do risco será apenas uma condição necessária para o juízo de imputação. Sob o prisma dessa distinção, Frisch apresenta três constelações de casos: a dos comportamentos que geram um perigo direto ao bem jurídico, a dos que dependem de uma conduta da vítima e aqueles que precisam ser combinados com a conduta de terceiros – esta última inserida na temática das condutas neutras. O fato de uma contribuição qualquer poder facilitar o plano delitivo de terceiros, por si só, não justifica a punição criminal, cuja imposição indiscriminada poderia instaurar o que o autor denomina como "sociedade de desconfiança". Portanto, haveria riscos juridicamente desaprovados situados alheios à estrutura típica. A relação de sentido delitiva se verificaria nas hipóteses em que o sentido da prestação se esgotasse na prática do ilícito, isto é, na presença de uma "relação funcional" entre a contribuição e a ação principal, como nos casos de proximidade espaço-temporal ou nas situações em que a atividade cotidiana se adaptasse no sentido de favorecer a conduta criminosa (cf. FRISCH, op. cit., pp. 70, 71, 79, 280; GRECO, op. cit., pp. 73 e ss.; FONSECA DE AGUILAR, p. 178). No entanto, há outras acepções possíveis do termo, como a de Meyer-Arndt: para este autor, a participação se fundamentaria numa relação fática específica entre a conduta do partícipe e o fato principal. Na ausência desta relação, a ação é desprovida de relevância penal, ainda que o partícipe conheça as intenções do autor (cf. NIEDERMAIR, Harald. Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 107, p. 527; TAG, Brigitte. Beihilfe durch neutrales Verhalten. Juristische Rundschau, 1997(2), p. 53). Como se verá, essa concepção influenciou, ainda que parcialmente, a proposta de Roxin para lidar com o problema das condutas neutras.

desaprovado do risco de um resultado típico – [112] a partir de uma série de casos concretos, como a venda de um martelo ou uma chave de fenda para terceiros, a transferência de dinheiro para o exterior, a venda de materiais para empresas que cometem crimes ambientais e assim por diante[113]. A tentativa de resolver o problema dogmático das condutas neutras, portanto, se baseia numa abordagem tópica, o que é coerente com as premissas do funcionalismo teleológico.

No que consistiria esse "inequívoco sentido delitivo"? Quais conclusões podem ser sustentadas a partir deste critério? Roxin argumenta que essa relação de sentido estará presente quando o interveniente fomentar, de forma consciente, uma conduta de natureza delitiva[114]. Seria o caso de quem vende um martelo a um cliente e é informado por este acerca da sua disposição de matar um terceiro com tal instrumento, bem como a situação de quem entrega uma chave de fenda a um conhecido membro de bando especializado em furtar residências.

Essa relação também estaria presente quando o único sentido possível da ação imediatamente promovida for o de possibilitar ou facilitar a prática de um ato delitivo, ainda que se trate de uma contribuição a princípio lícita, como no caso da conduta de bancários que facilitem a transferência anônima de ativos financeiros para Luxemburgo[115]. Nestes casos, portanto, não seria possível afirmar que se trataria de uma conduta neutra. Tal compreensão contraria o entendimento expressado em outros setores da literatura jurídico-penal[116].

---

[112] ROXIN, Strafrecht II, p. 192.
[113] ROXIN, Strafrecht II, pp. 206-207.
[114] ROXIN, op. cit., p. 208.
[115] Idem, ibidem.
[116] ROXIN, op. cit., p. 211; SILVEIRA, op. cit., p. 347; FONSECA DE AGUILAR, op. cit., p. 121. Nesse sentido, cabe pontuar a divergência com o já mencionado argumento da "adequação profissional", desenvolvido por Hassemer (v. nota 103). No caso em tela, o penalista de Frankfurt defendeu, ao contrário do entendimento de Roxin e da

Contudo, não se verificará essa relação de sentido delitiva quando a prestação for relativa a uma ação legal que, por si só, seja útil e significativa ao autor principal, mas o seu emprego na prática delitiva decorra de uma decisão autônoma deste último[117]. Isto porque o sentido da contribuição não se esgota na destinação ilícita. Seria o caso da entrega de materiais a uma empresa que pratique delitos contra o meio ambiente, bem como o ato de servir uma refeição a quem esteja decidido a praticar um crime.

Para melhor compreender o argumento de Roxin, é importante ter em mente alguns pontos do seu posicionamento a respeito dos chamados conhecimentos especiais, tema de grande relevância para o problema das condutas neutras. De forma muito resumida, a discussão diz respeito ao juízo *ex ante* da criação de um risco juridicamente desaprovado, talvez o aspecto mais importante da teoria da imputação objetiva. Segundo os partidários desta teoria, a criação do risco seria um critério de natureza essencialmente objetiva, a ser verificado através da chamada prognose póstuma[118].

Nesses termos, haverá a criação ou incremento de um risco quando o resultado for previsível pela perspectiva de um observador objetivo ou de um agente razoável que pertença ao círculo do autor[119]. Tal

---

jurisprudência do BGH, que a conduta dos bancários seria profissionalmente adequada, a despeito do enquadramento formal no tipo de participação.

117 ROXIN, op. cit., p. 208; GRECO, op. cit., p. 82.

118 Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem "des Sonderwissens. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 117(3), p. 519.

119 GRECO, op. cit., p. 519. A controvérsia dos conhecimentos especiais na previsibilidade do resultado remonta à antiga teoria da adequação, tendo sido herdada pela teoria da imputação objetiva (cf. GRECO, op. cit., p. 521; ROXIN, Strafrecht I, p. 369). O acolhimento dos conhecimentos especiais no âmbito da prognose póstuma objetiva foi duramente criticada por finalistas, que nela enxergavam uma incoerência sistemática, na medida em que uma teoria objetiva não poderia se apoiar em elementos objetivos. Em resposta, argumenta Roxin que a doutrina da imputação objetiva não recebe esse nome por

juízo *ex ante*, portanto, depende dos conhecimentos especiais do agente. Assim, por exemplo, quem entrega um bilhete de avião a um desafeto, ciente de que o avião que o transportará também leva uma bomba deve ser punido a título de cumplicidade[120]. Esta abordagem se fundamenta numa lógica de proteção de bens jurídicos, segundo a qual todos estão obrigados a agir, na medida das suas habilidades e conhecimentos específicos, para evitar a afetação destes[121].

Em síntese, o conhecimento especial é um "elemento constitutivo do conceito de risco não permitido"[122]. Conforme explica Greco, um sistema teleológico pode e deve considerar elementos subjetivos como pressupostos do tipo objetivo[123]. Se a função político-criminal do tipo é determinar, de forma abstrata, os limites da conduta punível, essa decisão eminentemente política pode recorrer a todo elemento relevante para delimitar o espaço de liberdade do cidadão destinatário da norma[124]. A

---

se basear exclusivamente em fatos objetivos, mas pelo fato de seu resultado (i.e. a atribuição de um homicídio ou lesão) ser de ordem objetiva (cf. ROXIN, op. cit., p. 379; RACKOW, op. cit., p. 104).

[120] GRECO, op. cit., p. 520.

[121] GRECO, op. cit., p. 550. De certa forma, esse entendimento reflete uma interpretação extensiva do tipo, nos termos do que Lampe entende ser a decisão político-criminal do legislador (Zur Funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, p. 54). Em sentido contrário, e partindo da premissa de que a teoria do crime deve ser fundada num estado de liberdades que considere os espaços de ação de todos os destinatários da norma (op cit., p. 145), argumenta Pawlik que um direito penal comprometido com a função de fundamentar as competências do cidadão (op. cit., p. 175), em especial a de respeitar a esfera jurídica alheia (op. cit., pp. 180-184), não está legitimado a exigir toda e qualquer prestação pautada nesses conhecimentos especiais (op. cit., p. 343). Nesse sentido, o papel de perito não se configura apenas em função da posse de conhecimentos e habilidades especiais, mas também em decorrência de relações específicas de confiança (p. 344). Cf. LESCH, Heiko. Verbechensbegriff, p. 262; JAKOBS, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 34.

[122] ROXIN, Strafrecht I, p. 378.,

[123] Cf. GRECO, op. cit., pp. 334 e ss.

[124] GRECO, op. cit., p. 537.

princípio, esta afirmação parece intuitivamente correta e coerente com a função atribuída por Roxin à categoria típica; contudo, resta saber se esse fundamento teleológico é apto a resguardar a função de garantia do tipo, ou se tais formulações poderiam subsidiar qualquer conclusão pautada num simples sentimento jurídico. Tal questionamento será retomado ao final do presente artigo.

Embora não seja viável expor e discutir o tema no presente espaço, a explicação já se presta a elucidar a discordância entre Roxin e outros autores no que diz respeito ao tema da punibilidade das condutas neutras. O dissenso fica claro quando se observa um conhecido exemplo, fornecido por Jakobs: um estudante de biologia que trabalha como garçom serve um prato a um cliente, ciente de que a salada nele contida traz uma planta altamente tóxica[125]. Para Jakobs, o conhecimento especial do agente não constitui uma causa suficiente para a imputação: se este se limitava a exercer o papel de garçom, não há qualquer expectativa (normativa) para que ele atue como biólogo. Se não há expectativa a ser frustrada, não há de se falar em violação. Logo, a conduta do garçom é neutra em relação ao resultado lesivo[126].

No entanto, é preciso evitar incorrer na conhecida *falácia do espantalho*, já que Jakobs não afirma que os conhecimentos especiais jamais serão relevantes para a configuração do risco não permitido, o qual se verificará quando o agente, por iniciativa própria, introduzir o

---

[125] Cf. JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil, pp. 207 e ss; idem, Theorie der Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 28 e ss.; idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, pp. 32 e ss.

[126] JAKOBS, Theorie der Beteiligung, p. 30. É importante pontuar que esse entendimento se baseia na distinção, traçada por Jakobs, entre responsabilidade por organização e responsabilidade por instituição: o primeiro caso abrange a maioria dos crimes comissivos, bem como as situações de ingerência e assunção, enquanto a responsabilidade institucional abrange deveres decorrentes de papéis especiais, como os exercidos pelos pais em relação aos filhos (Theorie der Beteiligung, p. 53).

conhecimento especial na relação com a vítima.[127] Ainda, a eventual afirmação referente à neutralidade da conduta do agente não significa que essa atuação seja totalmente indiferente para o direito penal, já que o autor ainda poderia responder a título de omissão de socorro[128].

Se a construção de Jakobs motivou uma série de críticas, também é inegável que a maior parte dessa discordância se deve mais às suas conclusões do que à consistência interna de seu sistema. Uma vez apreendidas as suas principais premissas, é relativamente fácil vislumbrar o desenvolvimento de uma ou outra solução dogmática. A partir desses esclarecimentos, podemos destrinchar o pano de fundo da discordância expressada por Roxin. Tal dissenso fica claro não só no pitoresco exemplo do garçom, mas também nas já mencionadas situações da venda de chaves-de-fenda, de martelos, da condução profissional de veículos etc. Nesses casos, Roxin entende que o comportamento do agente que atua ciente da inclinação delitiva do autor principal é dotado de significado delitivo.[129]

O emprego dos conhecimentos especiais para determinar os limites da participação punível motivou uma série de críticas. Para a presente discussão a respeito do tratamento roxiniano da tipicidade, merece menção

---

[127] JAKOBS, Günther, Strafrecht, p. 208; idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 34.

[128] Idem, ibidem; Idem, System der Strafrechtlichen Zurechnung, p. 33. Trata-se do chamado dever de solidariedade mínima. Para um panorama, ver CARO JOHN, Jose Antonio. Conductas Neutrales no Punibles em Virtud de La Prohibición de Regreso. In: LYNNET, Eduardo Montealegre; CARO JOHN, Jose Antonio (eds.). El Sistema Penal Normativista en El Mundo Contemporaneo; VON KÜHLEWEIN, Malte Rabe. Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer. JuristenZeitung, p. 1143. Para uma discussão acerca da capacidade de rendimento da figura da solidariedade no direito penal, ver PERSAK, Nina. Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung – ein solidaritätsbasierter Ansatz. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt. (eds.). Solidaritat in Strafrecht: Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritatspflichten. Baden Baden: Nomos, 2013, pp. 215 230.

[129] ROXIN, Strafrecht II, p. 209. Ainda, entende Roxin que a conclusão de Jakobs se apóia numa inadequada consideração de cursos causais hipotéticos.

o argumento, trazido por alguns setores da doutrina, no sentido de que essa abordagem traduziria um inadmissível direito penal de disposição interna (*Gesinnungsstrafrecht*)[130]. Se a afirmação de que o critério em questão viola o direito penal do fato for correta, a proposta de Roxin para lidar com o problema das condutas neutras estaria comprometida, porquanto inconciliável com a sua concepção político-criminal do tipo[131].

Roxin rechaça tal crítica, afirmando que a punição de lesões dolosas e imputáveis não seria equiparável ao castigo de uma mera disposição interna[132]. Isto porque o conhecimento especial a respeito do comportamento do autor principal não consistiria num fato psicológico interno, mas na periculosidade objetiva da conduta do agente[133]. Nesse sentido, a problemática dos conhecimentos especiais não decorre de uma suposta tensão entre o objetivo e o subjetivo, mas sim na questão referente à viabilidade de vincular informações individuais do autor à perspectiva abstrata e generalizante da tipicidade[134]. Sendo assim, nem toda consideração subjetiva no âmbito da imputação (o que inclui os conhecimentos especiais do agente) implica num direito penal de ânimo ou disposição interna, e toda crítica desse teor deve ser devidamente contextualizada[135].

Nas hipóteses em que o partícipe não tem pleno conhecimento a respeito do plano delitivo do autor, mas apenas suspeita dessa possibilidade, Roxin se afasta do critério da relação de sentido e recorre a outro expediente argumentativo. Assim, nos casos em que o conhecimento

---

130 Cf. RACKOW, op. cit., p. 94.
131 Cf. WOHLERS, Wolfgang. Complicidad Mediante Acciones Neutrales - Exclusion de la Responsabilidad Juridico-Penal en el Caso de la Actividad Cotidiana o Tipicamente Profesional. Derecho Penal y Criminología, 27, 129, p. 139.
132 ROXIN, op. cit., p. 216.
133 Cf. RACKOW, op. cit., p. 105.
134 RACKOW, op. cit., p. 106.
135 RACKOW, op. cit., p. 118.

sobre a conduta do autor não ultrapasse os limites do dolo eventual, a imputação estaria excluída em função do princípio da confiança[136]. Isto bastaria para afastar a punibilidade na maior parte das situações envolvendo ações cotidianas[137]. Do contrário, o risco de uma punição indiscriminada dessas condutas poderia conduzir a uma verdadeira "sociedade de desconfiança"[138].

Há, contudo, exceções à aplicação do referido princípio, o qual cederá nas situações em que o partícipe atua em estado de dúvida, mas diante de uma pessoa reconhecidamente inclinada a praticar uma infração penal[139]. Para tanto, não bastaria algo como uma "aparência suspeita"[140], sendo necessários indícios concretos[141]. Um exemplo dessa inclinação recairia no caso do vendedor de armas que percebe a ocorrência de uma briga de rua na frente do seu estabelecimento.

No geral, a proposta de Roxin para solucionar o problema das ações neutras é alvo de uma série de críticas. A mais relevante delas diz respeito à sua deficiente fundamentação, na medida em que não se compreende o que motiva a isenção de pena a estes casos[142]. Tampouco parece justificado o porquê do agente dotado de um conhecimento pleno acerca do plano delitivo do autor principal (e diante de uma inclinação reconhecível deste) receber um tratamento potencialmente mais benéfico do que quem se encontra em estado de dúvida na mesma situação, haja vista que a exigência de uma inequívoca relação de sentido delitiva se restringe ao primeiro[143]. Além disso, não faz sentido discutir questões subjetivas diante

---

136 ROXIN, op. cit., p. 214.
137 ROXIN, op. cit., p. 215.
138 RACKOW, op. cit., p. 95.
139 Cf. GRECO, op. cit., p. 83; ROXIN, op. cit., p. 214.
140 RACKOW, op. cit., p. 94.
141 ROXIN, op. cit., p. 215.
142 GRECO, op. cit., p. 86.
143 RACKOW, op. cit, p. 190.

do princípio da confiança, já que a sua incidência afasta, por si só, a desaprovação jurídica do risco[144]. Em outras palavras, não se trata de um critério empírico-psicológico, mas sim normativo[145].

Outra crítica se dirige ao conceito de inclinação reconhecível (a praticar o fato – *erkennbare Tatgeneigtheit*), o qual seria demasiadamente impreciso para traçar distinções claras em casos duvidosos[146]. Neste sentido, a distinção entre "mera suspeita", "reconhecível inclinação" e "conhecimento seguro" é pouco clara[147]. Em resumo: ainda que se concorde com a pretensão de resolver problemas dogmáticos a partir de valorações político-criminais, a proposta de Roxin, no geral, parece incorrer num problemático intuicionismo, com conclusões sustentadas menos nas premissas de seu sistema do que na percepção do leitor[148].

Tais dificuldades são ilustrativas em relação às objeções, por parte de alguns setores da doutrina, contra o funcionalismo teleológico de Roxin, cujas premissas seriam inconciliáveis com uma abordagem sistemática da dogmática penal[149]. Com efeito, a diferença de tratamento concedida ao caso da condução do táxi em comparação à hipótese da venda de materiais a uma empresa poluidora não parecem remeter a um fundamento claro[150].

---

144 GRECO, op. cit., p. 87.
145 RACKOW, op. cit., p. 187.
146 RACKOW, op. cit., pp. 190-191.
147 RACKOW, op. cit., p. 95; GRECO, op. cit., p. 85.
148 GRECO, op. cit., p. 85; PAWLIK, op. cit., pp. 50 e ss.
149 Ver, por todos, PAWLIK, op. cit., p. 50.
150 Nesse sentido, ver a explicação de José Danilo Tavares Lobato: "A diferença entre ambas as hipóteses, na visão de Roxin, reside no fato de que as condutas têm sentido e utilidade para o fabricante, independentemente do cometimento de crimes ambientais e tributários. O cometimento de tais crimes está fora da relação dele com o seu fornecedor de matéria-prima, o que significa que a conduta do fornecedor de matéria-prima não se equipara à conduta do taxista, conduta esta que só tem sentido e utilidade para o cliente quanto à realização do crime" (op. cit., p. 94).

Contudo, não se justifica o descarte sumário de uma construção teórica diante de uma ou outra limitação que esta possa vir a ter. Para o propósito do presente artigo, parece mais produtivo discutir a pertinência prática da proposta do penalista de Munique à luz da decisão do caso Gröning, bem como tendo em vista a sua concepção político-criminal da tipicidade.

4. AS IMPLICAÇÕES DA CONSTRUÇÃO ROXIANIANA NO CASO GRÖNING

Concluídos os esclarecimentos acerca do tratamento da tipicidade no funcionalismo de Claus Roxin e a exposição da problemática das denominadas condutas neutras, podemos abordar a análise do penalista de Munique a respeito da condenação de Oskar Gröning. Com isso não se pretende apenas discutir um caso concreto, mas também as possíveis implicações de uma determinada fundamentação em casos futuros.

Como a conduta do condenado não se limitava à prestação de serviços de contabilidade, esta seria dotada de uma relação de sentido com os assassinatos massivamente praticados nos campos de concentração:

> *"O 'serviço de rampa' e a vigilância dos deportados deveriam assegurar uma execução sem dificuldades dos assassinatos. Dado que (...) se tratava de assassinatos com roubo, a contabilidade e o reenvio do dinheiro despojado também estavam relacionados com as mortes levadas a cabo no campo de concentração."*[151]

Resta claro, portanto, que a utilidade do serviço prestado por Gröning se esgotava na facilitação dos crimes ali praticados. O conhecimento do agente a respeito do que ocorria também ia muito além de uma suspeita, haja vista a sua plena ciência acerca dos assassinatos então perpetrados[152]. Pode-se afirmar que tal entendimento supera, de forma minimamente satisfatória, a concepção tradicional da tipicidade, que passa

---

151 ROXIN, Complicidad, p. 178.
152 ROXIN, op. cit., p. 177.

a ser interpretada a partir de valorações político-criminais: não é a simples prestação de um serviço ou a colaboração meramente causal ao plano delitivo de terceiros que se encontra sob o manto da norma incriminadora, mas sim o inequívoco e juridicamente desaprovado favorecimento à lesão de certos bens jurídicos.

Assim, conceber a tipicidade como garantia possibilita restringir a punibilidade indiscriminada de profissionais que tenham atuado de forma neutra, como cozinheiros e enfermeiros que trabalhavam nos referidos locais. Da mesma forma, o entendimento de Roxin sobre os limites da cumplicidade psíquica[153] evitam a punição de quem se encontrava presente nos campos de concentração e extermínio. Não se trata, portanto, de invocar razões de política criminal para ampliar os limites do tipo (mediante a ampliação da cumplicidade psíquica ou da posição de garantidor, por exemplo) ou dissolver as fronteiras da legalidade estrita sob o pretexto – supostamente bem intencionado – de otimizar a proteção a bens jurídicos.

---

[153] Cf. ROXIN, Strafrecht II, pp. 198 e ss.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou dissecar as premissas do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, em especial no que diz respeito à sua concepção acerca da tipicidade e da cumplicidade mediante condutas neutras. Ao tentar aplicar e explicitar os reflexos destes argumentos numa constelação de casos particularmente complexa e emocionalmente carregada, pretendeu-se esclarecer não só os pontos problemáticos e discutíveis dessa proposta, mas também demonstrar a sua viabilidade prática.

Muito embora não se trate de uma solução isenta de imperfeições ou obscuridades (nesse tema específico, nenhuma alternativa parece atender a tais exigências), cremos a capacidade de rendimento de tal proposta resta demonstrada.

REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.). Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin: De Gruyter, 1984

BAUER, Fritz. Ideal- oder Realkonkurrenz bei nationalsozialistischen Verbrechen? JuristenZeitung, 1967

BAUNACK, Martina. Grenzfragen der Strafbaren Beihilfe. Berlin: Duncker und Humblot, 1999

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1. São Paulo: Saraiva, 2011

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 68

BUSATO, Paulo César. O Sentido da Cumplicidade. Revista Duc in Altum, v. 5, n. 8

BUNG, Jochen. Wissen und Wollen im Strafrecht – zur Theorie und Dogmatik des Subjektiven Tatbestands. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009

CARO JOHN, Jose Antonio. La Impunidad de Las Conductas Neutrales. In: MONTES FLORES, Efraín (coord.). El derecho penal contemporáneo - libro homenaje al Profesor Raúl Peña Carbrera, vol. 1. Lima: ARA Editores, 2006

DECKERT, Antje. Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat. ZIS 6/2013

DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTIN, Adán (coord.). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003

FAHL, Christian. Teilnahmehandlungen in Auschwitz - Vorüberlegungen zum Prozess gegen einen SS-Sanitäter in Auschwitz, p. 216. HRRS 5-2015

FERRAJOLI, Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 2011

FONSECA DE AGUILAR, Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade. Lisboa: AAFDL, 2014

FRISCH, Wolfgang. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. C.F. Müller, 1988

GRECO, Luis. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

_____. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Berlin: Duncker und Humblot, 2009

_____. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem "des Sonderwissens. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 117(3)

HARDWIG, Werner. Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 68(1)

HARTMANN, Arthur. Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales" Verhalten? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 116(3)

HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Ontologismus versus Normativismus?). In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001

HÖRNLE, Tatjana. Straftheorien. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011

_____. Claus Roxins straftheoretischer Ansatz. In: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Berlin/Boston: DeGruyter, 2011

HRUSCHKA, Joachim. "Kann Und Sollte Die Strafrechtswissenschaft Systematisch Sein?" JuristenZeitung, vol. 40, no. 1, 1985

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97(4)

_____. Strafrecht Allgemeiner Teil. Berlin: Walter DeGruyter, 1991

_____. System der Strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012

_____. Theorie der Beteiligung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014

KÖHLER, Michael. Strafrecht. Berlin: Springer, 1997

KUDLICH, Hans. BGH, 1. 8. 2000 — 5 StR 624/99. Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter. JuristenZeitung, 23

_____. Berufsbedingtes Vorschubleisten?. In: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011

LAMPE, Ernst-Joachim. Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems. In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001

LESCH, Heiko. Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision. Berlin: Heymanns, 1999

LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de Dinheiro e Ações Neutras. Curitiba: Juruá, 2014

LINARES, Fernando Miró. Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)

LOBATO, José Danilo Tavares. Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras. Curitiba: Juruá, 2010

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. In: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000

NIEDERMAIR, Harald. Straflose Beihilfe durch Neutrale Handlungen? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 107(3)

OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. JuristenZeitung, 56(9)

PAWLIK, Michael. Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre. Tübigen: Mohr Siebeck, 2014

PERSAK, Nina. Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung – ein solidaritätsbasierter Ansatz. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt. (eds.). Solidaritat in Strafrecht: Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritatspflichten. Baden Baden: Nomos, 2013

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

RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014

ROXIN, Claus. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Berlin: Walter De Gruyter, 1973

_____. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal (trad. Luís Greco). Rio de janeiro: Renovar, 2002

_____. Strafrecht I. München: C.H. Beck, 2006

_____. Strafrecht II. München: C.H. Beck, 2003

_____. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 116(4)

_____. Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz. In: Ciencias criminales en Alemania desde una perspectiva comparada e internacional, Serie CEDPAL Vol 2, Göttingen, GUP, 2018

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht. In: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973. Berlin, Boston: De Gruyter, 1973

SCHÜNEMANN, Bernd. Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe, Rechtsgut und Deliktstruktur. In: Rechtstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. C.F. Müller: 2017

SEELMANN, Kurt. Kollektive Verantwortungen im Strafrecht. Berlin: DeGruyter, 2002

SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basadas em Princípios y el Concepto de Bien Jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). La Teoria del Bien Jurídico. Marcial Pons: Barcelona, 2007

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Zur Beteiligung von Notaren am Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten. In: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich und Rechtssache – Festschrift für Klaus Tiedemann. Köln: Heymann, 2008

_____. Aproximacíon al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: BdeF, 2012

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010

TAG, Brigitte. Beihilfe durch neutrales Verhalten. Juristische Rundschau, 1997

WOHLERS, Wolfgang. Complicidad Mediante Acciones Neutrales - Exclusion de la Responsabilidad Juridico-Penal en el Caso de la Actividad Cotidiana o Tipicamente Profesional. Derecho Penal y Criminología, 27, 129

VOLK, Klaus, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97(4)

VON KÜHLEWEIN, Malte Rabe. Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer. JuristenZeitung, 57(23)