

## **PARTICIPAÇÃO EM GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ESCRITÓRIO COMO LAVAGEM DE DINHEIRO – UMA ABORDAGEM FUNCIONALISTA NORMATIVISTA DO ART. 1º, § 2º, INCISO II DA LEI 9.613/1998<sup>1</sup>**

*PARTICIPATION IN A GROUP, ASSOCIATION, OR OFFICE AS MONEY LAUNDERING - A FUNCTIONALIST- NORMATIVIST APPROACH TO ART. 1, § 2, II OF LAW 9.613/1998*

*Pablo Rodrigo Alflen*<sup>2</sup>  
UFRGS

### **Resumo**

O presente estudo analise o problema da amplitude do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1998. Parte-se da hipótese de que a solução apresentada pela doutrina, no sentido de que a expressão “participa” de grupo, associação ou escritório, deve ser delimitada no âmbito do concurso de pessoas é equivocada, sendo que a resposta adequada ao problema é oferecida pela teoria da imputação objetiva. Nesse sentido, considerando três situações específicas, examina-se o tipo penal citado à luz dos critérios do risco permitido, do princípio da confiança e da proibição de regresso, procurando, com isso, apresentar uma solução mais convincente para os problemas práticos que podem surgir no momento da aplicação deste tipo penal.

### **Palavras-chave**

Lavagem de dinheiro. Participação em grupo. Associação ou escritório. Funcionalismo normativista. Imputação objetiva.

### **Abstract**

*The present paper analyzes the problem of the breadth of art. 1, § 2, II, of Law 9.613/1998. It assumes that the solution presented by the doctrine, in the sense that the expression “participates” in a group, association or office, must be delimited in the context of the competition of persons is mistaken, and that the adequate answer to the problem is offered by the theory of objective imputation. In this sense, considering three specific situations, the cited criminal type is examined in the light of the criteria of permitted risk, the principle of trust and the prohibition of return, seeking, with this, to present a more convincing solution to the practical problems that can arise at the time of application of this criminal type.*

### **Keywords**

---

<sup>1</sup> Este trabalho foi realizado no marco do Projeto de Pesquisa Modernas Tendências do Direito Penal (36241), executado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>2</sup> Professor Associado do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir (Mestrado e Doutorado) da UFRGS.

*Money laundering. Participation in a group. Association or office. Normativistic functionalism. Objective imputation.*

## I. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, a chamada Convenção de Viena, foi promulgada, no Brasil, por meio do Decreto Presidencial nº 154, de 26 de junho de 1991. Somente sete anos após o Brasil assumir o compromisso jurídico internacional de tipificar a lavagem de dinheiro, sobreveio a Lei nº 9.613/1998, que dispôs sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Na elaboração dos tipos penais previstos nesta lei, evidentemente, o legislador brasileiro pautou-se pelas orientações internacionais, sobretudo, da citada Convenção. Porém, da sua entrada em vigência até então, a Lei nº 9.613/1998 sofreu diversas alterações. A maior parte destas alterações decorre de um esforço do legislativo nacional no sentido de implementar demais diretrizes supervenientes estabelecidas, igualmente, em atos normativos internacionais ratificados pelo Brasil, particularmente, na Convenção de Palermo, na Convenção de Mérida e na Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, assim como nas próprias Recomendações do GAFI (por força da determinação contida na Resolução nº 1.617/2005 da ONU). Como exemplos disso, pode-se mencionar a adaptação do rol de crimes antecedentes, por meio da Lei nº 10.701/2003, a drástica ampliação do rol de crimes antecedentes, o aprimoramento das disposições processuais e das pessoas sujeitas ao mecanismo de controle, por meio da Lei nº 12.683/2012, as alterações das normas relativos à criação e funcionamento do COAF por meio das Leis nºs 10.683/2003, 10.701/2003, 12.683/2012, 13.506/2017, 13.964/2019 e 13.974/2020, além de diversas outras alterações pontuais.

Apesar de todo o instrumentário normativo e o aparato implementado com o propósito de promover a prevenção e a repressão da lavagem de dinheiro, a complexidade com que se manifestam os fenômenos de lavagem conduz a dificuldades no que diz respeito a sua

apuração. Porém, estas dificuldades *se acentuam* amplamente, por um lado, em virtude da generalidade dos elementos contidos no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/1998, e, por outro lado, pelas figuras extensivas previstas nos tipos penais derivados contidos nos §§ 1º e 2º do art. 1º, causando, assim, problemas com relação à adequada conformação dos comportamentos aos tipos. Em vista disso, a doutrina e a jurisprudência empreendem esforços no sentido de proporcionar respostas plausíveis para os problemas apresentados, e, para tanto, seguem pela via do tipo objetivo ou pela via do tipo subjetivo. No primeiro caso, em que a solução é buscada no plano do tipo objetivo, a questão tem se restringido ao âmbito do concurso de pessoas, e, no segundo caso, quando a solução é buscada no plano do tipo subjetivo, discute-se o problema do dolo em sua concepção tradicional (finalista) caracterizada pela consciência e vontade (naturalística e inalcançável) ou, inclusive, recorrendo eventualmente à importação de teorias como a da cegueira deliberada<sup>3</sup>, sem, no entanto, sequer superar devidamente o plano do tipo objetivo.

Parece-nos, todavia, que a solução mais adequada, para a maioria dos casos, encontra-se, de fato, no plano do tipo objetivo, mas não pela via do concurso de pessoas, senão a partir do exame dos critérios de imputação objetiva em seu viés funcionalista-normativista. O art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998 é um exemplo paradigmático a esse respeito. Dispõe o citado artigo que incorre na mesma pena do *caput*, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, quem “*participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei*”.

A doutrina entende que este tipo penal representa uma expansão do conceito de *participação* em fato delituoso, por não exigir qualquer ato de colaboração efetiva com o crime, mas mero pertencimento a grupo que pratique tais atos. E, portanto, para evitar a “ampliação desmesurada”, tem-se entendido ser “mais razoável interpretar o art. 1º, § 2º, II, de acordo com as regras do art. 29 do Código Penal, imputando a prática da lavagem de dinheiro àqueles que ostentam a

---

<sup>3</sup> Fartamente citada em STF, AP 470/MG, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012. Com breve menção: STF, INQ 3.982/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 07/03/2017; STF, AP 996/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/05/2018;

qualidade de autores ou partícipes de tais atividades”<sup>4</sup>. Trata-se de uma interpretação equivocada, pois antes de se verificar se alguém é autor ou partícipe de um delito, é essencial identificar se o comportamento é objetivamente imputável no sentido jurídico-penal. Em vista disso, no presente estudo será analisado, em primeiro lugar, o problema do alcance do art. 1º, § 2º, inciso II, estabelecendo-se três hipóteses que servirão de diretriz para a discussão (II); em segundo lugar, será analisada a teoria da imputação objetiva, seus fundamentos e critérios, bem como sua capacidade de rendimento para solucionar as hipóteses colocadas à luz do art. 1º, § 2º, inciso II (III); e, por fim, será analisada a questão dos conhecimentos especiais (IV).

## II. O PROBLEMA ALCANCE DO ART. 1º, § 2º, II, DA LEI Nº 9.613/1998

O inciso II do § 2º do art. 1º dispôs que incorre na mesma pena do *caput*, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, quem “*participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei*”. Referida norma traz uma figura equiparada de lavagem de dinheiro. O propósito do legislador parece ter sido o de criar um delito associativo de lavagem, porém, a elaboração não foi adequada. A própria Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/1998, aliás, evidencia os equívocos do legislador, ao dispor que

“42. Considerado como um ilícito que envolve pessoas físicas e jurídicas de múltiplas camadas, a punição da lavagem de dinheiro deve alcançar modalidades especiais de colaboração delituosa.

43. Assim sendo, *a responsabilidade penal* de quem participa de grupo, associação ou de escritório que sabe organizado para fim de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores *é uma consequência natural da regra de incidência do art. 29*

---

<sup>4</sup> V. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 161; no mesmo sentido, e igualmente de forma sucinta, veja CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 337.

do *Código Penal* e do princípio da culpabilidade, que se extrai da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III) e da vedação da responsabilidade objetiva (CP, arts. 18 e 19).

44. Trata-se, no caso, de uma forma especial de concorrência que permitirá a *imputação típica* mesmo que o sujeito ativo não esteja praticando os atos característicos da lavagem ou de ocultação descritos pelo caput do art. 1º e do respectivo § 1º. Nos termos do presente *disegno di legge*, responde com as mesmas penas reservadas para a conduta de lavar dinheiro (*to launder money*) ou de ocultação de bens, direitos e valores, quem participa consciente e dolosamente do grupo, associação ou escritório de pessoas que se dedicam a essas condutas puníveis”.<sup>5</sup>

Em primeiro lugar, a norma foi inadequada em sua elaboração, por um problema subjacente. Os motivos que a ensejaram estão baseados em uma confusão realizada entre a norma do art. 29 do Código Penal e as regras de imputação objetiva. Para se atribuir a alguém a qualificação como autor ou partícipe é necessário concluir, antes de tudo, se esta pessoa é responsável no sentido jurídico-penal, e os critérios para responder a este problema são aqueles próprios da teoria da imputação objetiva. O citado art. 29 do Código Penal consolida o chamado sistema unitário funcional de autor, de matiz causal-naturalista, segundo o qual todo aquele que concorre para o crime responde pelas penas a ele cominadas na medida da sua culpabilidade, sendo que – apesar de nossa opinião contrária<sup>6</sup> – a diretriz predominante na jurisprudência nacional para a delimitação da autoria é a teoria do domínio do fato. Nesse sentido, antes de se falar em uma “imputação típica” (?) pela via da teoria do

---

<sup>5</sup> Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. *Exposição de Motivos nº 692/MJ*, de 18.12.1996. Disponível em <[https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613-1.pdf/@@download/file/exposicao-de-motivos-lei-9613\(1\).pdf](https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613-1.pdf/@@download/file/exposicao-de-motivos-lei-9613(1).pdf)>. (grifos nossos incluídos)

<sup>6</sup> Analisamos a questão, ampla e aprofundadamente, em ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 151 e ss., p. 159 e ss. e p. 243 e ss.; bem como em ALFLEN, Pablo Rodrigo. “Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras”. *Universitas JUS*, v. 25, n. 2, 2014. p. 15-33 «DOI: 10.5102/unijus.v25i2.2826».

domínio do fato, é necessário saber se a conduta praticada é imputável e, com isso, se a pessoa é responsável no sentido jurídico-penal.

Em segundo lugar, concluir que a “imputação típica” pode ocorrer mesmo que a pessoa não tenha praticado atos característicos de lavagem ou de ocultação descritos pelo *caput* do art. 1º, depende, igualmente, da superação do plano da imputação objetiva, mediante a constatação de que o comportamento por ela praticado ultrapassou o risco permitido, de que não incide a seu favor o princípio da confiança e de que não está abrigada pela proibição de regresso.

Em terceiro lugar, considerar que a pessoa “responde com as mesmas penas reservadas para a conduta de lavar dinheiro (*to launder Money*) ou de ocultação de bens, direitos e valores”, porque “participa consciente e dolosamente do grupo, associação ou escritório”, conduz ao risco da responsabilização jurídico-penal da pessoa pelos seus pensamentos ou pela simples posição que ocupa, e isto excede até mesmo a obsoleta teoria da *conditio sine qua non*.

Logo, interpretar a expressão “participa”, contida no art. 1º, § 2º, II, no sentido técnico do concurso de pessoas, ou seja, de “participação” em sentido lato (autor ou partícipe) ou em sentido estrito (partícipe em qualquer de suas modalidades, quais sejam, instigação, indução ou cumplicidade) é um grande equívoco. A expressão deve ser interpretada no sentido de praticar comportamento na condição de integrante de uma entidade, que, no caso, é caracterizada como “grupo, associação ou escritório”. Do contrário, a norma levaria à conclusão imediata de que pelo fato de a pessoa simplesmente ocupar a posição de integrante do grupo, associação ou escritório automaticamente se tornaria responsável no sentido jurídico-penal e, por isso, se deveria apenas concluir (segundo as normas do concurso de pessoas) qual a modalidade de participação (autor ou partícipe). Logo, a interpretação da expressão “participa” no sentido de praticar comportamento na condição de uma entidade, é mais adequada, pois impõe o exame das estruturas dogmáticas da imputação objetiva, para, após a conclusão de que a conduta praticada é imputável ao tipo, permitir (e tão somente após isso) a conclusão a respeito da modalidade de participação.

Vejamos alguns exemplos que, analisados, na sequência, detidamente, à luz da teoria da imputação objetiva, auxiliarão no que diz

respeito à proposição de diretrizes para a solução deste problema da excessiva amplitude.

a) Um escritório de gestão de ativos, lícita e regularmente constituído, possui três sócios, ou seja, integrantes, dos quais dois deles atuam efetivamente em operações de ativos que resultam na prática de lavagem de dinheiro, e o terceiro sócio, porém, apenas figura como tal, pois não exerce qualquer atividade e nem participa dos lucros decorrentes destas operações em específico, embora possua conhecimento de que seus sócios realizam tais atividades. Deve o terceiro sócio responder juridico-penalmente por participar do escritório, nos termos do art. 1º, § 2º, II da Lei nº 9.613/1998?

b) Uma secretária é contratada pelo escritório de gestão de ativos para realizar as funções regulares de sua atividade, porém, mediante solicitação de um dos sócios, efetua ligação telefônica para um cliente (empresa) a fim de pedir alguns documentos necessários para a realização de operações de gestão, que ela tem conhecimento de que serão utilizados pelos sócios para a prática de atos de lavagem de dinheiro. Deve a secretária responder juridico-penalmente por participar do escritório, nos termos do art. 1º, § 2º, II da Lei nº 9.613/1998?

c) Por fim, um escritório de gestão de ativos contrata uma copeira, cuja função é servir cafés e realizar a faxina do local, e na ocasião em que os sócios, reunidos com um cliente, dialogam sobre as vantagens por todos eles auferidas com certas práticas de lavagem de dinheiro, a copeira ingressa na sala para servir o café e, neste ato, toma conhecimento das práticas ilícitas ali realizadas. Deve a copeira responder juridico-penalmente por participar do escritório, nos termos do art. 1º, § 2º, II da Lei nº 9.613/1998?

Examinando as hipóteses acima referidas, que além do contexto do escritório, naturalmente, podem ser transferidas ao contexto de instituições – no sentido sociológico – como associações ou grupos, entendemos que somente a partir de um exame atento da imputação objetiva e dos seus respectivos critérios é possível dar uma resposta convincente, conforme passaremos a examinar.

### III. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

#### 1. “Papel” e sua função no contexto de imputação

A solução para os problemas colocados acima, como dito, começa pela determinação de qual contribuição, por ser objetivamente imputável, ingressa no plano do tipo, e qual contribuição, por não reunir as características de uma conduta objetivamente imputável, fica fora do tipo por ser um comportamento socialmente adequado.

Como toda e qualquer operação realizada em um sistema, a imputação supõe a verificação do *sentido do comportamento*. Isso quer dizer que ela não é um processo natural que simplesmente se deve constatar, mas um processo eminentemente sistêmico, coerente com o restante de suas operações e verificado segundo as próprias estruturas que o sistema estabelece.

Desde a perspectiva jurídico-penal, a imputação é uma ferramenta para que o sistema cumpra sua função na sociedade. E se a função do Direito Penal consiste na estabilização das expectativas que permitem o normal desenvolvimento da interação social<sup>7</sup>, esta função deve ser o norte de orientação de toda a imputação. As normas<sup>8</sup>, enquanto

---

<sup>7</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La estabilización normativa como función del Derecho Penal*. Santiago: Ediciones Olejnik. 2021. p. 25: “*el papel que tiene asignado el ordenamiento penal dentro del sistema jurídico consiste primariamente en estabilización (subsidiaria) de normas esenciales de convivencia. La norma estructura la vida social y sin estabilización normativa no hay sociedad u orden social que sobreviva o se pueda mantener en el tiempo*”; também JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021. p. 44 e ss.; bem como JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt a.M: Vittorio Klostermann, 2012. p. 25 e s.

<sup>8</sup> Segue-se, aqui, o conceito de norma de Jakobs, segundo o qual “por ‘norma’ deve entender-se a expectativa de que uma pessoa, em uma situação determinada, se comportará de uma determinada maneira e, certamente, não como consequência do resultado de compensar a satisfação com a insatisfação, senão, exclusivamente, devido ao ser-pessoa”, ou seja, “uma norma não ordena o mundo sob o esquema de satisfação/insatisfação dos indivíduos, senão sob o esquema deveres/espacos livres das pessoas, isto é, dos portadores de papeis, veja JAKOBS, Günther. *La imputación jurídico-*



expectativas institucionalizadas, assumem aqui papel fundamental, pois um sistema que contém normas por meio das quais se orienta o comportamento das pessoas e, posteriormente, se valora se estes comportamentos se conformam ou não com tais orientações, requer a realização de uma operação através da qual se determinará se a conduta é atribuível (imputável) ou não ao destinatário da norma.<sup>9</sup> Esta operação, porém, não pode ser corretamente realizada se se prescinde de que toda norma é elaborada em atenção a um *papel* socialmente configurado: toda conduta proibida por meio de uma norma é determinada, externamente, em face de um parâmetro objetivo construído socialmente e, internamente, pela relação subjetiva do destinatário com o seu *papel*. Entretanto, a determinação da conduta proibida não pode exceder os limites que o próprio sistema social atribui ao papel.<sup>10</sup> Seria uma *contradictio in adjecto* o sistema jurídico-penal (enquanto subsistema social) proibir aquilo que é próprio ou inerente a um papel que é socialmente reconhecido como admissível.

Por esta razão, de acordo com um esquema de interpretação funcionalista normativista, imputa-se à “pessoa” e não ao indivíduo, posto que “pessoa” é um conceito normativo, uma vez que é a existência de direitos e deveres que outorga ao homem seu caráter como tal.<sup>11</sup> E a pessoa imputável é aquela “portadora de um papel”, em virtude do qual ela se torna titular de um âmbito de organização com direitos e deveres

---

penal y las condiciones de vigencia de la norma, In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 177-178; mais sucinto JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*. 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 50 e ss.

<sup>9</sup> Cf. a respeito PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 246 e ss.

<sup>10</sup> PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 291.

<sup>11</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. de Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004. p. 51 e ss.; no mesmo sentido POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*. México: Flores, 2016. p. 98, afirmando: “que la persona sea un concepto normativo significa que los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol y en función de su rol a cada sujeto le corresponden una serie de derechos y deberes”; PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 291; no mesmo sentido, CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: Ara Editores. 2017. p. 30.

determinados. Este “papel” é comumente entendido como o conjunto de expectativas que em uma sociedade está vinculado à conduta do portador de uma determinada posição.<sup>12</sup> Os papéis fixam o *status* da pessoa na sociedade, de tal modo que na comunicação cada pessoa pode, em virtude do seu papel, distinguir os limites entre o papel próprio e o papel alheio. Em outras palavras, os papéis fixam os contornos das expectativas dos intervenientes na comunicação pessoal. Com base nisso se pode distinguir claramente o papel, por exemplo, de uma copeira, de uma secretária, de um empresário, de um taxista, de um parlamentar etc. Significa, portanto, que em virtude do seu papel a pessoa tem claramente definidos seus direitos e deveres na forma de um sinalagma de liberdade de organização e de responsabilidade pelas consequências.

O conteúdo deste papel, porém, é necessariamente objetivo, porquanto são abstraídas as particularidades individuais, a consciência do indivíduo, seus *conhecimentos especiais*. Ele vai além dos contatos íntimos entre indivíduos, e se refere, na verdade, às expectativas normativas que vigem em uma interação de contatos anônimos.<sup>13</sup> Jakobs sintetizada perfeitamente a questão ao afirmar que “os seres humanos se encontram no mundo social na condição de portadores de um papel”, e que “entre autor, vítima e terceiros, segundo o papel que desempenham, há de determinar-se a quem compete, por si só ou juntamente com outros, o acontecimento relevante”, ou seja, “quem responde jurídico-penalmente por ter violado o seu papel, administrando-o de modo deficiente”.<sup>14</sup>

Entretanto, poder-se-ia, aqui, colocar a questão se são somente as normas penais que determinam estas expectativas.

Naturalmente, em sociedade as pessoas desempenham uma infinidade de diferentes papéis, a maioria deles sem relevância para o Direito penal, porém, os que importam, em face da imputação jurídico-penal, são aquelas que em seu exercício expressam um desvio de expectativas manifestada pela violação, *prima facie*, da norma jurídico-penal.<sup>15</sup> Todavia, no processo de imputação o Direito Penal não pode, em

---

<sup>12</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Bd. 1, Hamburg: Rowohlt, 1972. p. 86.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014. p. 21

<sup>14</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 25.

<sup>15</sup> PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 154-155.

hipótese alguma, prescindir das *demais* normas sociais. O fundamento para isso é simples: nas sociedades modernas os subsistemas se diferenciam cada vez mais (por exemplo, na economia, na política, na ciência, no direito, etc.), e estes, por sua vez, se diferenciam internamente (veja-se, no direito: direito civil, direito penal, direito internacional, etc.), e estes sistemas, funcionalmente diferenciados, são dependentes e independentes ao mesmo tempo, ou seja, são autorreferenciais, o que é expressão de complexidade<sup>16</sup>; logo, a função do sistema jurídico-penal, como já referido, é proteger (mediante “re-estabilização”) as expectativas sociais, e *não forjá-las diretamente*. Nesse sentido, o sistema jurídico-penal não deve nem intervir onde não há norma social de respaldo, nem intervir de um modo parcial ou totalmente diferente, se, com isso, se afastar de sua função estabilizadora.<sup>17</sup>

Mas o fato de o Direito Penal não poder prescindir das *demais* normas sociais decorre não apenas da posição do direito penal como *subsistema* que se situa dentro do sistema social, senão, também, do fato de que a pessoa pode ocupar uma grande quantidade de papéis e que tais papéis emanam dos sistemas sociais nos quais ela participa, por exemplo, como esclarece Piña Rochefort<sup>18</sup>, um homem não só se relaciona com o banco através de seu gerente de contas, ele também é sócio de um clube, espera na fila para comprar entradas para o teatro, cumprimenta o desconhecido no elevador, ou seja, interatua em diferentes subsistemas sociais. Neste contexto de interação com outras pessoas surge o primeiro dever, o dever geral (negativo) de não lesionar outrem (*neminem laedere*), e deste sobrevém a responsabilidade por organização deficiente e da qual resulte um dano.<sup>19</sup> Ao lado deste dever geral, surgem, porém, deveres

---

<sup>16</sup> NEVES, Clarissa Baeta. “Niklas Luhmann e sua obra”, In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS/Goethe-Institut, 1997. p. 11; também, LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais*. Trad. de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 30 e ss.

<sup>17</sup> PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 181.

<sup>18</sup> PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 155.

<sup>19</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt a.M.: Fischer, 1968. p. 77 (§ 36): “sê pessoa e respeite os demais como pessoas”; o mesmo também foi enfatizado por FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Anti-Hobbes*. Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1798. p. 13: “O uso da liberdade de um ser racional não

especiais que decorrem justamente do papel especial que certas pessoas ocupam. Este papel especial decorre de especiais relações assim reconhecidas pela sociedade. Estas especiais relações, como as paterno-filiais ou as que apresentam determinados funcionários públicos com relação aos cidadãos, supõem a existência de determinadas instituições às quais a sociedade decidiu outorgar uma especial proteção, de modo que se atribui àqueles que se encontram em posições relacionadas com tais instituições um dever de proteção.<sup>20</sup>

Como todo contato social implica riscos, mesmo quando todos os intervenientes atuam de boa-fé<sup>21</sup>, no contexto do dever geral de não lesionar se identifica um emaranhado de outras normas que estabelecem expectativas mais específicas de comportamentos. Trata-se, aqui, da institucionalização do papel social, a qual se dá por meio da *diferenciação de papéis* e da conseqüente *atribuição de papéis*. E desde a perspectiva das normas, por meio da *diferenciação* se determina *quais normas devem imperar dentro do sistema*, e, por outro lado, por meio da *atribuição* se determina *qual ou quais pessoas devem cumpri-las*.<sup>22</sup>

Assim, por exemplo, no sistema social mundial encontra-se a chamada Classificação Internacional Uniforme de Ocupações – CIUO, de 1968, que, em virtude da complexidade decorrente da diferenciação dos subsistemas, em 1988 necessitou alterar seus próprios critérios de agregação. Pautando-se por este instrumento normativo, após anos de pesquisa, no Brasil elaborou-se a Classificação Brasileira de Ocupações (Portaria nº 397/2002, do MTE). As ocupações ali classificadas consistem nas atividades exercidas pelas pessoas em um emprego ou situação de trabalho similar quanto às atividades realizadas e socialmente reconhecidas

---

pode se opor ao uso da liberdade de todos os demais seres racionais”; veja também CARO JOHN, *op. cit.*, p. 32; PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 295; JAKOBS, *op. cit.*, 2004. p. 106.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. AT. 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 220 e 783.

<sup>21</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 25.

<sup>22</sup> Por “diferenciação de papéis” compreende-se aquele processo por meio do qual as necessidades se determinam e se agrupam em atenção às funções que devem ser satisfeitas, e por “atribuição de papéis” compreende-se o processo por meio do qual um ou mais grupos de funções são dirigidos em forma de expectativas a um ou mais indivíduos, veja a respeito: PIÑA ROCHEFORT, *op. cit.*, p. 155.

como tais. São as características do contexto, como a área de conhecimento, função, atividade econômica, processo produtivo, equipamentos e bens produzidos que identificam a atividade. Referida Classificação descreve de forma sumária as atividades desempenhadas para cada ocupação, ou seja, as competências atribuídas a cada papel socialmente reconhecido, e, por isso, servem, por exemplo, como um aporte para o reconhecimento da atuação dentro do risco permitido. De modo mais específico, no contexto da imputação objetiva isso significa, segundo Jakobs, que “os limites dos papéis funcionam como limites da responsabilidade”.<sup>23</sup>

## 2. Critérios de imputação objetiva

De acordo com a imputação objetiva uma conduta somente pode ser declarada tipicamente relevante pelo seu sentido *antinormativo*, e não pela mera modificação do mundo exterior causada pela conduta, muito menos pela representação psíquica que a pessoa poderia ter sobre o fato.<sup>24</sup>

O delito constitui um fenômeno comunicativo, é expressão de um sentido, caracterizado pela frustração da expectativa normativamente estabelecida ao detentor de um determinado papel. Por meio dele, portanto, o autor procura afirmar que o seu comportamento, isto é, a frustração da expectativa normativa, se enquadra nos comportamentos que são válidos, e, assim, a expectativa normativa em questão seria para a sociedade um acessório irrelevante. Daí a aplicação da pena, que declara contrafaticamente<sup>25</sup>, que, ao contrário, este comportamento não pertence à configuração social que se deve ter em conta.

Por outro lado, quando o comportamento praticado efetivamente se enquadra nos limites da expectativa normativa socialmente configurada, ou, dito de outro modo, quando é organizado em atenção aos limites estabelecidos (competências) ao papel que se ocupa, não há que se falar em imputação objetiva. Para estabelecer o sentido do

---

<sup>23</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 27.

<sup>24</sup> CARO JOHN, *op. cit.*, p. 30.

<sup>25</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2004. pp. 43 e 66.

comportamento como antinormativo ou não, há que se observar quatro institutos ou critérios de imputação objetiva, saber: 1) risco permitido; 2) princípio da confiança; 3) proibição de regresso; 4) competência da vítima. Para os fins aqui propostos, entendemos que os três primeiros institutos fornecem parâmetros suficientes para determinar limites fáticos ao art. 1º, § 2º, II da Lei nº 9.613/1998.

## 2.1. Risco permitido

a. Não é parte do papel de todo cidadão eliminar todo e qualquer risco de lesão a outrem, uma vez que existe um *risco permitido*.<sup>26</sup> O risco permitido é o estado normal de vigência de normas em uma sociedade. Quando as normas vigem ininterruptamente é porque a interação social se desenvolve em atenção a um risco permitido, que a vem ser o mesmo que o reconhecimento de um *status quo* de interação social em que as pessoas se comportam amoldando corretamente suas condutas ao papel que lhes compete desempenhar no contexto social em que desenvolvem sua personalidade. Como bem esclarece Jakobs, “a sociedade não constitui um mecanismo cujo único fim é oferecer a máxima proteção aos bens jurídicos, senão está destinada a possibilitar as interações”, pois “a proibição de toda e qualquer criação de risco, seja da índole que for, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, incluindo também os comportamentos de salvamento”<sup>27</sup>.

Sem dúvida, no desenvolvimento da interação social existem determinadas formas de comportamento que desde o princípio estão abarcadas pelos tipos penais. Trata-se de condutas típicas que sintetizam uma determinada forma de atuação desaprovada pela sociedade. Assim, por exemplo, é desaprovado iludir o controle aduaneiro sobre o pagamento de imposto devido pela entrada ou saída de mercadoria do país (descaminho), privar uma pessoa de sua liberdade sem o seu consentimento (sequestro) ou apropriar-se, sendo funcionário público, de valores que detém em razão do cargo (peculato).

---

<sup>26</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 28.

<sup>27</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 28.

Mas há condutas que apresentam riscos intrínsecos, e apesar de representarem um risco para os demais, não são abarcadas pelos tipos penais<sup>28</sup>, porque sua incriminação significaria uma limitação intolerável da liberdade de atuação, como, por exemplo: conduzir um veículo pelas vias de trânsito, ainda que dentro do limite de velocidade normativamente estabelecido, cria o risco de ocasionar um atropelamento; transportar produtos químicos em um navio cargueiro cria o risco de, em face de um acidente, poluir as águas; encerar o piso do saguão do hotel cria o risco de lesão a um hóspede devido à queda, etc. Ademais, como todo contato social traz consigo um risco, ainda que as pessoas atuem de boa-fé, é possível, por exemplo, contaminar uma pessoa com alguma enfermidade com um aperto de mãos, transmitir uma doença por meio de um contato sexual, intoxicar alguém servindo-lhe comida ou bebida, etc., o que importa, efetivamente, é que não está proibido juridicamente *per se* praticar tais condutas descritas. Portanto, estas condutas estão compreendidas dentro do socialmente adequado e, por conseguinte, no sentido jurídico-penal, do risco permitido. Desta forma, todo aquele risco que subsiste, mesmo com o cumprimento das normas de cuidado que devem acompanhar a execução de toda atividade socialmente admitida, recebe a denominação de risco permitido.<sup>29</sup>

As situações caracterizadoras de um risco permitido podem ser divididas em dois grandes grupos, a saber<sup>30</sup>: o daquelas hipóteses nas quais a atividade geradora de riscos é permitida em determinadas circunstâncias, seja pela existência de regulamentação expressa (por exemplo, o tráfego de veículos, o funcionamento de uma empresa, a realização de atividades desportivas, etc.), seja pela inexistência de tal regulamentação expressa (como as normas de cuidado conhecidas nos delitos culposos; as hipóteses de *lex artis* na atividade médica e na

---

<sup>28</sup> SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. “Lavado de activos: consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal”, In: MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo; CARO JOHN, José Antonio. *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 409.

<sup>29</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3ª ed., Bogotá: Temis, 2005. p. 95.

<sup>30</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Cuyo: Ediciones Jurídicas, 2001. p. 72; com exemplos semelhantes, veja POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 261.

construção civil; os cuidados para com a educação dos filhos, etc.); e, por outro lado, o daquelas hipóteses em que o elemento preponderante é a normalidade social da conduta criadora de risco (como no caso do sobrinho que envia o tio a passear em meio a uma tempestade).

b. Para se saber, nos casos concretos, se foi criado um risco *juridicamente desaprovado* (não-permitido) é preciso revisar o conjunto de deveres inerentes ao papel<sup>31</sup> que obrigava a pessoa, para somente então concluir se ela atuou conforme o seu papel ou se, ao contrário, criou um risco não-permitido. No sentido do delito de lavagem de dinheiro, um contador, que atua em uma empresa, realizando atividades inerentes a sua função (papel), como registros contábeis e organização de balanços financeiros, *sem exceder os limites daquilo que lhe compete como tal*, ainda que tome conhecimento de que os gestores, no âmbito daquela empresa, *praticam comportamentos independentes dos seus*, que caracterizam lavagem de dinheiro, não pode ser responsabilizado jurídico-penalmente, pois atuou dentro dos limites do risco permitido. Não há que se cogitar qualquer contribuição nesta hipótese, uma vez que o contador organizou o seu comportamento de forma absolutamente adequada. Responsabilizá-lo nos termos do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1988 seria uma inequívoca hipótese de punição pelo mero conhecimento, isto é, sem qualquer contribuição, principal ou acessória, para o resultado delitivo.

No caso anteriormente colocado (*supra*, II, letra a), do escritório de gestão de ativos que possui três sócios, sendo que dois deles atuam efetivamente em operações de ativos, que resultam na prática de lavagem de dinheiro, enquanto o terceiro sócio não exerce qualquer atividade na empresa e nem participa dos lucros decorrentes destas operações em específico, *mas toma conhecimento* de que seus sócios realizam

---

<sup>31</sup> REYES ALVARADO, *op. cit.*, p. 95, referindo que “a violação formal ou o literal descumprimento de uma regulamentação serve tão somente como indicador de uma eventual desaprovação do risco criado, mas de modo algum deve ser considerada como requisito suficiente para sua demonstração”. E segue, observando em relação às fontes normativas, que “a regulamentação daquelas atividades que no desenvolvimento da vida social tendem a criar riscos não é, infelizmente, uniforme, pois sua amplitude varia de acordo com o interesses que o respectivo país tenha na eficaz proteção da vida e integridade pessoal dos cidadãos”, para tanto, não somente as normas penais servem como parâmetros para determinar o risco permitido/não-permitido, mas também as normas não penais, as regulamentações extrajurídicas escritas e não-escritas.



tais atividades de lavagem, entendemos no mesmo sentido, que se o terceiro sócio não praticou qualquer comportamento que ultrapasse os limites daquilo que lhe compete como cogestor, não pode ser responsabilizado pelos comportamentos praticados pelo demais, considerando que a sua atuação estava dentro dos limites do risco permitido. De modo mais claro e objetivo, o terceiro sócio, embora “íntegro” a sociedade (ocupe posição), não “participa” dela no sentido de praticar comportamentos de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal e nem comportamentos de contribuição acessória para estes. No mesmo sentido do caso anteriormente citado, responsabilizá-lo jurídico-penalmente nos termos do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1988, por simplesmente ocupar uma posição, seria uma inequívoca hipótese de punição pela posição atrelada ao mero conhecimento, isto é, sem qualquer contribuição, principal ou acessória, para o resultado delitivo. Esta solução, aliás, vem corroborada pelo fato de que, ainda que se considere que o terceiro sócio teria dever de comunicar, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998, mas não o fez, a própria lei prevê em relação a ele responsabilização administrativa, mas não penal<sup>32</sup>. Logo, no caso referido, não poderia ser responsabilizado jurídico-penalmente por ter atuado dentro dos limites do risco permitido.

Quanto à hipótese anteriormente colocada (*supra*, II, c), em que o escritório de gestão de ativos contrata uma coqueira, cuja função é servir alimentos, café, água e organizar a copa, e na ocasião em que os sócios, reunidos com um cliente, dialogam sobre as vantagens auferidas com certas práticas de lavagem de dinheiro, a coqueira ingressa na sala para servir o café e, neste ato, toma conhecimento das práticas ilícitas ali realizadas, tem-se uma inequívoca hipótese de ausência de imputação objetiva por atuação dentro dos estritos limites do risco permitido. Responsabilizar jurídico-penalmente a coqueira por participar do escritório,

---

<sup>32</sup> Veja neste sentido, sobre a opção brasileira pela não criminalização da omissão de comunicação, ASMAT COELLO, Diana Marisela. “Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos”, In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Carlos Dino; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*. Lima: Jurista Editores. 2015. p. 416.

nos termos do art. 1º, § 2º, II da Lei nº 9.613/1998, como na hipótese anteriormente referida, seria uma inequívoca hipótese de punição pelo mero conhecimento, isto é, sem qualquer contribuição, principal ou acessória, para o resultado delitivo.

## 2.2. Princípio da confiança

Quando os comportamentos das pessoas se entrelaçam, não é parte do papel de cada cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais: do contrário, não seria possível a divisão do trabalho.

Como esclarece Polaino-Orts, as relações sociais encontram um firme apoio na confiança, porém, não se trata de uma confiança individual, psicológica, sentimental, mas de uma confiança mediada pelo social<sup>33</sup>. Significa que uma pessoa que atua conforme às obrigações inerentes ao seu papel pode confiar razoavelmente que os demais cidadãos se comportarão como pessoa em Direito. Por esta razão, o princípio da confiança libera de responsabilidade a quem atuou confiando no comportamento socialmente adequado dos demais sujeitos autorresponsáveis com aqueles que interage.

Tomando o conhecido exemplo do tráfego de automóveis: um condutor que em uma avenida se aproxima de um cruzamento com o seu carro, e o semáforo, em verde, lhe autoriza a passagem, pode e deve confiar, normativamente, que os condutores que trafegam pela via transversal e que estão diante do semáforo vermelho, o respeitarão. No caso de ocorrer um acidente, os resultados lesivos não podem ser imputados ao condutor que trafegava pela via principal com o semáforo em verde, mesmo que não tivesse tomado qualquer cautela ao chegar no cruzamento, pois podia confiar normativamente no respeito às normas por parte dos demais condutores. Embora se saiba que há condutores que não respeitam os semáforos e que produzem acidentes (a chamada desconfiança fática), não é imputável ao condutor que assim se comporta, em hipótese alguma, o resultado lesivo que possa ocorrer.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 268; no mesmo sentido SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *op. cit.*, p. 414.

<sup>34</sup> SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *op. cit.*, p. 855.

No tocante ao delito de lavagem de dinheiro o raciocínio não é diferente. Como regra os profissionais que interagem, por exemplo, nos contextos empresariais, devem poder se socorrer plenamente do princípio da confiança com relação aos seus clientes, ainda que se saiba que haverá alguns que possam frustrar esta confiança. Somente quando o acontecimento em que normativamente se acreditava poder confiar ocorre faticamente é que o profissional deverá deixar de confiar, antes não.<sup>35</sup>

Porém, duas importantes consequências práticas de manifestam sobre o princípio da confiança, especificamente com relação ao delito de lavagem de dinheiro.

Em primeiro lugar, o princípio da confiança impõe um dever de cautela a alguns profissionais, de modo tal que a atual Lei de Lavagem de Dinheiro não pode ser interpretada no sentido de um *dever imediato* de comunicação das operações financeiras (estabelecido em seus arts. 11 e 11-A), pois estes devem ser conjugados com as próprias obrigações do próprio profissional como, por exemplo, o contador, o qual não tem ampla e irrestrita liberdade para comunicar os dados dos seus clientes, principalmente, na atualidade, em que os dados pessoais registrados e operações efetivadas que envolvam dados pessoais estão sujeitas às normas de proteção da LGPD. Nesse sentido, uma comunicação de dados do cliente a pessoas alheias pode vulnerar o direito à intimidade, violando o segredo profissional de circunstâncias que se teria tomado conhecimento no exercício da profissão. Assim, por exemplo, se uma comunicação feita por uma instituição financeira não apresenta uma suspeita fundada, e, após, não se confirma a existência de uma operação de lavagem, por certo, pouquíssimos clientes confiariam em uma instituição que comunica levemente seus clientes por suspeita de lavagem de dinheiro. A comunicação errônea de lavagem de dinheiro gera um clima de desconfiança entre outros clientes ou possíveis clientes, que afeta o princípio da confiança.<sup>36</sup>

Em segundo lugar, o princípio da confiança, enquanto critério de imputação objetiva, obriga a que se reconsidere as atribuições de responsabilidade em contextos globais. Assim, por exemplo, um processo

---

<sup>35</sup> SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *op. cit.*, p. 856.

<sup>36</sup> SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *op. cit.*, p. 857.

criminal é promovido contra os supostos lavadores, assim como a diversos empregados de um banco e contadores, há que se observar, primeiramente, que se o contador teria operado com dinheiro que já passou pelo “filtro” bancário de prevenção à lavagem de dinheiro, poderá amparar-se no princípio da confiança, ou seja, se as transações monetárias estavam “avalizadas” por uma instituição financeira, não se poderia exigir que o contador tivesse que realizar as mesmas comprovações. Do contrário, estar-se-ia dotando o próprio contador da posição de garante das instituições financeiras, ao lhe estabelecer um dever positivo.<sup>37</sup>

### 2.3. Proibição de regresso e as condutas neutras ou estereotipadas

A proibição de regresso é uma teoria excludente da participação delitiva de quem atua em conformidade com um papel estereotipado dentro de um contexto de intervenção de múltiplas pessoas em um fato delituoso.<sup>38</sup> Esta teoria, originariamente desenvolvida por Frank, foi absolutamente reformulada por Jakobs – podendo-se afirmar, inclusive, que nesta nova formulação teria restado somente o nome<sup>39</sup> –, o qual parte do princípio da irresponsabilidade pelos fatos de terceiros e a exclusiva responsabilidade sobre fatos próprios<sup>40</sup>. Nas palavras do autor, “quem assume com outrem um vínculo que de modo estereotipado e inócuo, não rompe com o seu papel como cidadão, ainda que o outro insira este vínculo em uma organização não permitida”<sup>41</sup>.

Assim, nos casos em que existe uma pluralidade de intervenientes, se um ou mais deles cruza a fronteira da tipicidade, cria-se

---

<sup>37</sup> SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *op. cit.*, p. 857.

<sup>38</sup> Cabe observar de imediato que a intervenção múltipla não é considerada aqui como sinônimo de concurso pessoas, pois naquela há concorrência de vários comportamentos para um resultado, sem a existência de vínculo subjetivo entre os intervenientes, ao passo que neste último há a concorrência de vários comportamentos subjetivamente orientados à consecução do mesmo resultado.

<sup>39</sup> CARO JOHN, *op. cit.*, p. 52.

<sup>40</sup> Cfe. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regresso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Lima: Ediciones Olejnik, 2018. p. 42.

<sup>41</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 31.

uma comunidade delitiva que vincula somente quem a integra, e não quem atuou sem ultrapassar os limites do seu próprio papel. Logo, em virtude da proibição de regresso, um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação em uma organização não permitida. Trata-se, aqui, de casos em que um autor desvia para o campo delitivo o comportamento de um terceiro que *per se* carece de sentido delitivo.<sup>42</sup>

Neste contexto, é bastante elucidativo o caso do taxista peruano, empregado por Caro John e reiterado por Polaino-Orts<sup>43</sup>: um grupo de jovens contrata os serviços de um táxi e solicita que os transporte a uma determinada direção, sem baixar a bandeira. Chegando ao lugar, os jovens solicitam ao taxista que introduza o veículo em uma garagem, na qual o taxista ingressa. Ali, os jovens introduzem diversos objetos no bagageiro do automóvel e lhe solicitam para seguir caminho, porém, desta vez indicando como destino outra direção. Um vizinho do imóvel percebe a situação e aciona a polícia em virtude do roubo cometido pelos jovens. Uma viatura da polícia persegue o taxista. Em um semáforo os jovens fogem e deixam o taxista com os objetos roubados, momento no qual a polícia chega e aborda o taxista.

Este caso se insere no grupo de criação do risco não permitido referente aos âmbitos da vida em que não existe regulação jurídica, fixando-se a delimitação dos âmbitos de responsabilidade a partir do padrão de comportamento de uma pessoa prudente neste âmbito, isto é, a partir do papel correspondente ao de um taxista prudente. A atividade de um taxista corresponde a um modelo claramente estereotipado na sociedade. Se a sua organização é usada pelos seus clientes, os quais a incluem em um plano delitivo, não responderá penalmente porque sua prestação ou contribuição para o fato foi realizada no marco do seu papel.<sup>44</sup>

Considerando o singelo caso colocado anteriormente (*supra* II, b), da secretária que é contratada pelo escritório de gestão de ativos para realizar as funções regulares de sua atividade, porém, mediante solicitação de um dos sócios, efetua ligação telefônica para um cliente (empresa) a fim

---

<sup>42</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 32.

<sup>43</sup> CARO JOHN, *op. cit.*, p. 24 e ss., e p. 55; POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 272 e ss.

<sup>44</sup> CARO JOHN, *op. cit.*, p. 55.

de solicitar documentos necessários para a realização de operações de gestão, que ela tem conhecimento de que serão utilizados para a prática de atos de lavagem de dinheiro pelos sócios. Deve a secretária responder jurídico-penalmente por participar do escritório, nos termos do art. 1º, § 2º, II da Lei nº 9.613/1998? Entendemos que não, em virtude da incidência da proibição de regresso. Do mesmo modo que no caso do taxista, o comportamento da secretária foi realizado no marco do seu papel, e, de fato, os sócios é que utilizam sua organização para seu plano delitivo.

#### **IV. CONHECIMENTO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL?**

Esclarecidos estes aspectos, pode subsistir a questão relativa aos chamados conhecimentos especiais, ou seja, a modo de pergunta: pode o conhecimento ser fundamento da responsabilidade jurídico-penal por delito de lavagem de dinheiro? Esta pergunta se coloca sobretudo, em face do disposto no art. 1º, § 2º, II, ao estabelecer que incorre na mesma pena (do *caput*) quem “participa de grupo, associação ou escritório *tendo conhecimento* de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

Assim como o sentido delitivo de uma conduta é inseparável do fato em si, também a pessoa – especificamente, a pessoa em Direito, e não a pessoa como sistema psicofísico natural – é inseparável do conhecimento.<sup>45</sup> A pessoa, como amplamente demonstrado (*supra* III, 1), desempenha um papel no mundo social e o papel é um elemento complexo que reúne o aspecto formal ou externo (a identificação externa do papel) e um aspecto material ou interno (que é um conjunto de direitos e deveres). Objeto da imputação, como visto, é o desvio do papel. No núcleo do papel, portanto, se incorporam direitos e deveres e, obviamente, nada impede que determinados conhecimentos se vejam revestidos da

---

<sup>45</sup> Cfe. POLAINO-ORTS, Miguel. “Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales”, In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Carlos Dino; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*. Lima: Jurista Editores. 2015. p. 269.

condição de dever. Se o conhecimento é normativizado, perde sua condição puramente subjetiva (psíquica) e se reveste de um caráter de dever comum, estandardizado ou objetivado, ou seja, é incorporado ao papel, e, por conseguinte, também será objeto idôneo de imputação se, devendo cumprir-se, for violado.<sup>46</sup> Significa, portanto, que o conhecimento é introduzido no papel perdendo seu caráter de conhecimento (subjetivo) para converter-se em dever (normativo). Um exemplo neste sentido, colocado por Polaino-Orts<sup>47</sup>, é o chamado contexto caótico, em que o dono de uma loja de ferragem vende uma afiada faca de cozinha a um cliente manifestamente alterado, que, em meio a uma briga, consegue agarrar seu oponente pelo pescoço. Esta situação é perfeitamente adaptável ao delito de lavagem de dinheiro, em particular, na modalidade prevista no art. 1º, § 2º, II, pois nesta regulação se exige o conhecimento de uma situação quando não existe um dever jurídico prévio e, sobretudo, quando se realizam atividades perfeitamente profissionais, adequadas a um papel, que, portanto, condutas neutras ou estereotipadas carentes de um prévio sentido delitivo.

Assim considerando, o caso do taxista anteriormente referido, dar-se-ia a mesma resposta na hipótese de ele afirmar que tomou conhecimento das intenções delitivas dos sujeitos que solicitaram seu serviço no momento em que o fizeram ingressar na garagem do imóvel? Como esclarece Caro John, se o papel do taxista é oferecer comodidade e segurança ao seu cliente durante a viagem, levando-o pontualmente ao seu destino, então, por que estaria obrigado a conhecer, a preocupar-se com os planos, os nomes, as direções e outros aspectos da vida privada de seus clientes<sup>48</sup>. Evidentemente, o detentor de um papel está obrigado somente a evitar aquilo que forma parte do seu papel<sup>49</sup>. Assim como a ninguém ocorreria pensar que o taxista teria que participar dos lucros do seu cliente, porque este é um pianista muito famoso que vai oferecer um concerto no local de destino, do mesmo modo, não se pode torná-lo partícipe das más obras que leve a cabo o seu cliente no ponto de destino. Está claro que se o autor se aproveita de uma atuação alheia que é adequada a um papel,

---

<sup>46</sup> POLAINO-ORTS, *op. cit.*, 2105, p. 269.

<sup>47</sup> POLAINO-ORTS, *op. cit.*, 2105, p. 269.

<sup>48</sup> CARO JOHN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>49</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2014. p. 76.

para os seus fins delitivos, isso não obriga o titular do papel a se informar sobre os desencadeamentos posteriores do curso lesivo, e tampouco lhe obriga a evitá-los, não ao menos no papel em que ele se encontra. A razão, portanto, é simples: os conhecimentos especiais excedem os limites do papel e, portanto, ficam fora do plano de imputação. Para utilizar a afirmação de Jakobs: “nem tudo é assunto de todos” (“*nicht jeden alles angeht*”)<sup>50</sup>.

Por conseguinte, no mesmo caso acima relatado, da secretária, o conhecimento especial que ela detinha, excedia os limites do seu papel, de modo que, não poderá responder pelo art. 1º, § 2º, II, da Lei 9.613/1998, em virtude da proibição de regresso: seu comportamento socialmente estereotipado não a obriga a conhecer, a preocupar-se com os planos, o conteúdo dos documentos e outros aspectos da vida privada dos clientes. Considerando o seu papel neutro, estereotipado, sua responsabilização pelo conhecimento que detinha constitui ignóbil responsabilização jurídico-penal pelos pensamentos.<sup>51</sup>

## V. CONCLUSÃO

No presente estudo procurou-se demonstrar que o inciso II do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998, não encontra melhor solução para os problemas que podem surgir no âmbito do concurso de pessoas.

1. A expressão “*participa*” (*de grupo, associação ou escritório*) não pode ser entendida como participação lato sensu (autor e partícipe) e nem stricto sensu (partícipe em qualquer de suas modalidades), pois, do contrário, se estará partindo da premissa de que o mero fato de “*integrar*” um grupo, associação ou escritório já é suficiente para responsabilizar o integrante, bastando averiguar, por conseguinte, sua qualificação como autor ou partícipe (em qualquer das suas modalidades).

---

<sup>50</sup> JAKOBS, Günther. “Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, *ZStW*, nº 89, 1977. p. 30.

<sup>51</sup> O mesmo ocorreria, a nosso juízo, em relação ao primeiro caso colocado (*supra* II, a) com relação ao sócio que não pratica qualquer comportamento de lavagem ou de contribuição para tal, mas tem conhecimento de os seus sócios praticam atos de lavagem.



2. É somente no plano da teoria da imputação objetiva, particularmente, pelo exame dos seus critérios do risco permitido, do princípio da confiança e da proibição de regresso que se encontrará, por um lado, uma limitação à ampla margem semântica do tipo, e, por outro lado, uma resposta adequada e convincente aos problemas que podem surgir e necessitem de uma solução:

a) Pessoa é um conceito normativo que somente existe em sociedade, uma vez que é a existência de direitos e deveres que outorga ao homem seu caráter como tal. Toda pessoa é portadora de um papel, sendo que os limites dos papéis funcionam como limites da responsabilidade.

b) Para se saber, no caso concreto, se foi criado um risco juridicamente desaprovado (não-permitido) é preciso revisar o conjunto de deveres inerentes ao papel que obrigava a pessoa. Assim, quem realiza atividades inerentes a sua função (papel), sem exceder os limites daquilo que lhe compete como tal, ainda que tome conhecimento da prática de comportamentos independentes dos seus, que caracterizam lavagem de dinheiro, não pode ser responsabilizado jurídico-penalmente no sentido do art. 1º, § 2º, II, da Lei 0.613/1998, pois atuou dentro dos limites do risco permitido.

c) Também no delito de lavagem de dinheiro, como regra, os profissionais que interagem em contextos empresariais devem poder se socorrer plenamente do princípio da confiança com relação aos seus clientes, ainda que se saiba que haverá alguns que possam frustrar esta confiança.

d) Em um contexto de intervenção de múltiplas pessoas em um fato delituoso, um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação em uma organização não permitida, mesmo que o autor desvie o comportamento do terceiro para o campo delitivo.

e) O conhecimento especial que excede os limites do papel, não conduz à responsabilização jurídico-penal nos termos do art. 1º, § 2º, II, da Lei 9.613/1998, em virtude da proibição de regresso: o comportamento socialmente estereotipado não obriga a pessoa a conhecer, a preocupar-se com os planos, o conteúdo dos documentos e outros aspectos da vida privada daqueles que praticam atos de lavagem, pois “nem tudo é assunto de todos” (Jakobs).

## REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. “Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras”. *Universitas JUS*, v. 25, n. 2, 2014. p. 15-33 «DOI: 10.5102/unijus.v25i2.2826».

ASMAT COELLO, Diana Marisela. “Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos”, In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Carlos Dino; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*. Lima: Jurista Editores. 2015. p. 407-452.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Cuyo: Ediciones Jurídicas, 2001.

CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: Ara Editores. 2017.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La estabilización normativa como función del Derecho Penal*. Santiago: Ediciones Olejnik. 2021.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Lima: Ediciones Olejnik, 2018.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Anti-Hobbes*. Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1798.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt a.M.: Fischer, 1968.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021.

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 2012.

JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*. 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

JAKOBS, Günther. “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. de Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. AT. 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JAKOBS, Günther. “Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, *ZStW*, n° 89, 1977. p. 1-35.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssozologie*. Bd. 1, Hamburg: Rowohlt, 1972.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais*. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2006.

NEVES, Clarissa Baeta. “Niklas Luhmann e sua obra”, In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS/Goethe-Institut, 1997. p. 9-17.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. Barcelona: Bosch, 2005.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*. México: Flores, 2016.

POLAINO-ORTS, Miguel. “Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales”, In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Carlos Dino; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance*. Lima: Jurista Editores. 2015. p. 253-292.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3ª ed., Bogotá: Temis, 2005.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. “Lavado de activos: consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal”, In: MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo; CARO JOHN, José Antonio. *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 402-429.