



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Luís Guilherme Ferrante Vieira Scherma Reis

**Participação por consultoria jurídica no direito penal brasileiro**

Rio de Janeiro

2022

Luís Guilherme Ferrante Vieira Scherma Reis



**Participação por consultoria jurídica no direito penal brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial à aprovação para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R375 Reis, Luís Guilherme Ferrante Vieira Scherma.

Participação por consultoria jurídica no direito penal brasileiro/ Luís  
Guilherme Ferrante Vieira Scherma Reis. - 2022.

133 f.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Delito – Teses. 3. Responsabilidade penal –  
Teses. I. Batista, Nilo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Luís Guilherme Ferrante Vieira Scherma Reis

**Participação por consultoria jurídica no direito penal brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial à aprovação para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em 17 de maio de 2022.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

---

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Thiago Bottino do Amaral  
Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2022

## AGRADECIMENTOS

Uma série de agradecimentos são necessários àqueles que me auxiliaram como pessoa, como advogado ou como estudante durante o curso do mestrado.

Agradeço a minha família por todo o esforço empreendido na minha formação acadêmica e pelo amor que me foi dedicado, especialmente aos meus pais, Ana Lucia e Luís Fernando: esta dissertação não teria sido concluída sem seu apoio. Muitas pessoas queridas também não me deixaram perder o ânimo durante essa longa caminhada de três anos. Entre todas elas, é imprescindível citar Gabriel Vieira, Iago Benac, Felipe Avellar, Melissa Oliveira e Nastassja Chalub. Obrigado a todos vocês.

Alguns colegas de escritório – que não deixam, por isso, de serem igualmente amigos – assumiram, várias vezes, o desempenho de tarefas que me incumbiriam, de forma a possibilitar o atendimento das demandas do curso. Por todos que caminharam ao meu lado no exercício da advocacia durante minha trajetória acadêmica no mestrado, é preciso reconhecer a importância especial de Maria Clara Mendonça, Rafael Fagundes, Rafael Borges e Raphael Gaudio.

Um aluno nunca aprende sozinho. Faço uma menção de reconhecimento a todos os professores que participaram de minha formação acadêmica, desde os ensinamentos fundamental e médio no Colégio de São Bento até a graduação em Direito na Fundação Getúlio Vargas. Em particular, agradeço aos ensinamentos do professor Thiago Bottino, cujas aulas foram determinantes para que eu enveredasse pela advocacia criminal.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os professores, e funcionários do PPGD-UERJ com os quais convivi. É preciso agradecer, especialmente, a todos aqueles colegas que estiveram ao meu lado nessa jornada: Mario Alexandre Ferreira, Edson Amaral, Paulo Castelo Branco, Rodrigo Amaral e Pedro Sutter.

Uma menção singular deve ser dirigida ao professor Nilo Batista, por ter aceitado me orientar nesta dissertação, tarefa que desempenhou com o mesmo brilhantismo que esbanjou durante toda sua trajetória profissional e acadêmica. Tive a sorte de ser orientado daquele que foi sempre minha referência no direito penal brasileiro.

## RESUMO

REIS, Luís Guilherme Ferrante Vieira Scherma. *Participação por consultoria jurídica no direito penal brasileiro*. 2022. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A presente dissertação pretende apresentar limites à possibilidade de responsabilização penal decorrente de uma consultoria jurídica, fornecida ou recebida, no Brasil. Para tanto, será necessário, inicialmente, introduzir as principais questões relativas à autoria e à participação delitivas e percorrer o significado jurídico-penal de aconselhamento no direito brasileiro. Em seguida, a escolha do objeto deste estudo como o aconselhamento ou assessoramento técnico de natureza exclusivamente jurídica será justificada. As características que delimitam a consulta jurídica estrita pelo trabalho serão apresentadas para, simultaneamente, diferenciar tal atividade de outras condutas relacionadas ao exercício da advocacia que também podem ensejar a responsabilização penal daquele que os praticar. À luz da disciplina do concurso de agentes, o trabalho parte da premissa de que a relação entre o consultor jurídico – aquele profissional que profere uma opinião legal – e o consulente – aquele que solicita o aconselhamento jurídico – configura, via de regra, o tipo de instigação. Por isso, a partir dessa espécie de participação criminal, este estudo irá se debruçar sobre as possíveis responsabilidades penais do consultor e do consulente, formulando problemas de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade para as respectivas imputações de cada um desses sujeitos. Ainda, serão propostos critérios para separar o aconselhamento jurídico lícito do ilícito, com base em preceitos deontológicos que regem a advocacia e de contribuições da teoria da hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal. Participação criminal. Consultoria jurídica.

## ABSTRACT

REIS, Luís Guilherme Ferrante Vieira Scherma. *Criminal liability due to legal counseling under Brazilian criminal law*. 2022. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The objective of the present work is to present limits to the possible criminal liability that follows a legal counseling, both to the lawyer and his client, according to the Brazilian criminal law. Therefore, it will be necessary, initially, to introduce the questions concerning the rules that defines when a person is an author of an offense and when he is merely an accomplice of such offense; then the study will visit the historical meaning attributed to the act of counseling in the Brazilian criminal law. Then, it will be explained the work's methodological choice of narrowing its scope to legal counseling. This study will present what is understood as strict legal counseling and, by doing so, will separate this activity from others legal practice activities that may also bring cause criminal liability. According to the Brazilian criminal law, it will be presumed that between the counselor – who provides a legal opinion – and the consultant – who solicits the legal counseling – there is, as a rule, a possible criminal liability under the category of *instigação* (inducement). Then, this study will analyze the possible criminal liability of both the counselor and the consultant, by offering questions of typicity, justification and culpability concerning each of those agents. Lastly, there will be proposed criteria to distinguish lawful legal counseling from unlawful legal counseling, based on the deontological standards of advocacy in Brazil and on contributions provided by theories of legal interpretation.

Key-words: Criminal Law. Criminal liability. Legal counseling.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
1	<b>CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	12
1.1	<b>Introdução</b> .....	
	12	
1.2	<b>Teorias diferenciadoras entre autoria e participação</b> .....	
	17	
1.3	<b>A recepção da teoria do domínio do fato no Brasil</b> .....	
	20	
1.3.1	<u>Imputação de responsabilidade por autoria: o protagonismo na conduta típica</u> .....	
	20	
1.3.1.1	Autoria nos delitos de domínio.....	
	21	
1.3.1.1.1	Autoria por domínio da ação.....	
	22	
1.3.1.1.2	Autoria por domínio de funções.....	22
1.3.1.1.3	Autoria por domínio da vontade.....	23
1.3.1.2	Autoria nos delitos de dever.....	
	25	
1.3.1.2.1	Delitos especiais.....	
	25	
1.3.1.2.2	Delitos de mão própria.....	
	26	
1.3.1.2.3	Delitos omissivos.....	
	26	
1.3.1.2.4	Delitos culposos.....	
	27	
1.3.2	<u>Imputação de responsabilidade por participação: a contribuição atípica relevante a fato criminoso alheio</u> .....	
	28	

1.3.2.1	Participação nos delitos de domínio.....	29
1.3.2.2	Participação nos delitos de dever.....	29
1.4	<b>Problemas de imputação criminal em estruturas coletivas.....</b>	31
1.5	<b>O advogado como <i>compliance officer</i>.....</b>	34
2	<b>PERCURSO HISTÓRICO DO CONCURSO DE PESSOAS E DA ATIVIDADE DE ACONSELHAMENTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....</b>	39
2.1	<b>Código Criminal de 1830.....</b>	39
2.2	<b>Código Penal de 1890.....</b>	44
2.3	<b>Código Penal de 1940.....</b>	52
3	<b>A CONSULTORIA JURÍDICA COMO OBJETO DE ESTUDO: DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA POLÍTICO-CRIMINAL DA ATIVIDADE.....</b>	59
3.1	<b>Definição do objeto do estudo.....</b>	59
3.1.1	<u>O que se entende por consultoria jurídica.....</u>	59
3.1.2	<u>A limitação à consultoria técnica de natureza jurídica.....</u>	63
3.1.3	<u>Contribuições que ultrapassam a simples consultoria jurídica.....</u>	65
3.2	<b>Importância político-criminal da autonomia da consultoria jurídica</b>	

	<b>como prerrogativa da advocacia: notas sobre o</b>	
	<b>“crime de hermenêutica” no direito penal brasileiro.....</b>	
69		
4	<b>RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSULTOR JURÍDICO.....</b>	
75		
4.1	<b>A consultoria jurídica como uma possível ação de instigação.....</b>	
75		
4.1.1	<u>A consultoria jurídica como uma “ação neutra”.....</u>	
77		
4.1.2	<u>A consultoria jurídica e o tipo objetivo de instigação.....</u>	
86		
4.1.3	<u>A consultoria jurídica e o tipo subjetivo de instigação.....</u>	
90		
4.2	<b>A consultoria jurídica como possível ação antijurídica.....</b>	
95		
4.2.1	<u>A imunidade do consultor: uma questão de tipicidade</u>	
	<u>ou de justificação?.....</u>	
98		
4.2.2	<u>Crériterios para determinação da regularidade da consultoria jurídica.....</u>	
99		
4.3	<b>A consultoria jurídica como ação culpável.....</b>	
106		
5	<b>RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSULENTE.....</b>	
108		
5.1	<b>A ação orientada por prévia consulta jurídica:</b>	
	<b>hipóteses de erro de tipo e de proibição.....</b>	
110		
5.2	<b>A qualidade do parecer e a evitabilidade do erro por ele motivado.....</b>	
116		
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	
121		
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	
125		



## INTRODUÇÃO

Após receber de advogado orientação jurídica indicando a desnecessidade do recolhimento de um determinado tributo, o administrador de uma sociedade empresária determina a prática dos atos que constituem o fato gerador desse tributo, sendo posteriormente atuado pelo Fisco. Tendo recebido da Procuradoria-Geral do Município parecer sobre a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de um determinado serviço, o Prefeito desse ente municipal pratica os atos necessários à dispensa do certame e à celebração do respectivo contrato, contratação essa que o Ministério Público vem, em seguida, a reputar como ilícita. Uma seguradora estrangeira é investigada por ter começado a atuar em território brasileiro, mesmo sem expressa autorização da Superintendência de Seguros Privados, com base em uma opinião legal, subscrita por advogado, apontando a desnecessidade de prévia autorização da referida autarquia para a comercialização do produto oferecido no Brasil.

Os três exemplos elencados acima ilustram o objeto de estudo desta dissertação: identificar, dentro da teoria do concurso de agentes, como o advogado que responde a uma consulta jurídica poderia ser responsabilizado penalmente por ações ou omissões praticadas com fundamento em sua opinião legal<sup>1</sup> e apresentar limites dogmáticos a essa possível responsabilização. O presente estudo se propõe a apresentar, ainda, os possíveis efeitos da consulta na responsabilização criminal do consultante, aquele que agiu ou se omitiu após buscar um assessoramento jurídico junto a um causídico, fiando-se na correção do parecer técnico do advogado que consultou.

A possível responsabilização criminal do consultor e do consultante dependerá, ainda, da classificação da consultoria, oferecida pelo primeiro e recebida pelo segundo, como *lícita* ou como *ilícita*, tarefa que demanda o estabelecimento de critérios objetivos para aferição dessa licitude, tendo como norte as disposições da Lei Federal nº 8.906/94 e do Regulamento Geral de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, além de contribuições das teorias sobre a atividade de interpretação jurídica.

Por trás da discussão sobre a eventual imputação criminal do parecerista e de seu cliente está, portanto, uma das questões centrais do Direito, a premissa teórica de que a

---

<sup>1</sup> Algumas das questões que incidem sobre a licitude do assessoramento jurídico, bem como à possível responsabilização criminal do consultor e do consultante, também se aplicam a outras espécies de assessoramento técnico, como aquela em matéria contábil, financeira, ambiental, em segurança do trabalho etc. Outras espécies de consultoria técnica não serão abordadas neste modesto estudo, tendo em vista que um dos seus objetivos é sugerir critérios específicos para a aferição da licitude da consultoria jurídica. Esse maior alcance temático encontra-se na obra derivada da dissertação de mestrado de Tiago Caruso: CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

hermenêutica jurídica é uma atividade essencialmente subjetiva, embora não arbitrária<sup>2</sup>. Dois intérpretes, ao realizarem a subsunção da mesma norma jurídica a uma situação fática, frequentemente apresentam razões jurídicas legítimas para alcançar conclusões contrárias. Tal constatação antecedeu, inclusive, a célebre expressão “crime de hermenêutica”, utilizada por Rui Barbosa na defesa da imunidade dos magistrados por suas decisões fundamentadas<sup>3</sup>. Contudo, o ato de interpretar normas jurídicas não é privativo de servidores públicos, como juízes, promotores ou delegados: também o fazem diuturnamente advogados, que ostentam similar prerrogativa profissional no exercício de suas funções<sup>4</sup>, na defesa dos interesses de seus clientes.

Quanto a esses, por sua vez, somente alguém absolutamente desvinculado da realidade concreta brasileira, sobretudo num momento de expansiva produção normativa<sup>5</sup>, será partidário da tese de que todos os cidadãos são conhecedores de seus direitos e deveres legais, motivo pelo qual o ato de buscar assessoramento com um profissional, uma fonte técnica de informações, poderia ser indiferente para a determinação de sua responsabilidade penal.

---

<sup>2</sup> Na clássica definição de Carlos Maximiliano: “*A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1. A superação da tradicional perspectiva puramente dedutiva do hermeneuta na apreciação do ordenamento jurídico é bem sintetizada por Lenio Streck: “*não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente*”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 199. O apego ao sentido do texto legal (lei de proibição da negação) é, ao lado da necessidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico (lei da proibição da contradição), um dos princípios na construção do método dogmático para a construção de uma ciência do Direito Pena apontados por Nilo Batista: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 114-119.

<sup>3</sup> Expressão cunhada durante o patrocínio de Alcides da Mendonça Lima, à época juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Revisão Criminal nº 215 do Supremo Tribunal Federal. Mendonça Lima fora condenado pela suposta prática do delito de excesso nos limites das funções próprias de servidor público, previsto no art. 226 do Código Penal de 1890, por ter declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de lei estadual sul-rio-grandense que, em oposição à Constituição da República de 1891, abolia a recusa peremptória e estabelecia a votação aberta dos jurados na formação dos veredictos. Preciosa a reprodução do seguinte trecho das razões recursais submetidas por Rui Barbosa: “*só determina responsabilidade penal, portanto, a interpretação errônea, quando atentatória de disposições literais. Se a disposição não for literal, a matéria é opinativa: pertence ao domínio de fenômenos intelectuais, que não toleram coação, ou repressão; pode ser conscienciosamente objeto de soluções diferentes, ou contraditórias, submetida à apreciação de juízes distintos*”. BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 278.

<sup>4</sup> Art. 2º, § 3º. BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2020.

<sup>5</sup> Nesse sentido, vale registrar que pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com recursos do Ministério da Justiça, identificou que havia, no dia 7 de agosto de 2009. 1.688 (mil, seiscentos e oitenta e oito) tipos penais em vigor no Brasil. BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça. **Série Pensando o Direito nº 6/2009: Penas alternativas**. São Paulo, novembro de 2009.

Ocorre que, não raro, interpretações jurídicas dissonantes sobre determinado tema têm ensejado a persecução penal tanto do parecerista consultado, quanto do consulente que se orientou pela opinião legal que recebeu. Se nem todo aconselhamento, embora emitido por um advogado com a devida qualificação acadêmica e profissional para tal, pode ser considerado lícito, tampouco deve-se reputar ilícito toda e qualquer entendimento jurídico divergente daquele proveniente de um órgão estatal, dando origem à criminalização daqueles que seguem um entendimento jurídico oposto.

Contextualizado esse cenário, para atingir os objetivos desta pesquisa, o primeiro capítulo se inicia com a classificação dos modelos teóricos que regem a autoria e participação no mundo e com a recapitulação dos critérios dogmáticos elaborados para diferenciar contribuições típicas de autoria e de participação. Afinal, nos termos expostos, a questão sob estudo envolverá, necessariamente, a intervenção de mais de um agente no fato, em tese, típico, ilícito e culpável principal – o consultor e o consulente.

Diante das lacunas legislativas e da insuficiência das demais teorias diferenciadoras para dar conta de todas as formas de autoria delitiva, o trabalho defende não só a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, mas a necessidade de adoção do conceito restritivo de autor proveniente da teoria do domínio do fato no Brasil. Essa teoria será, assim, o marco utilizado pela dissertação na avaliação dos títulos de responsabilidade de consultor e consulente.

Sendo a consultoria jurídica uma atividade profissional, essa atividade muitas vezes é realizada por advogados dentro de estruturas coletivas, como entidades públicas ou sociedades empresárias. O causídico pode exercer, dentro dessas estruturas, uma função de garante, distinta do mero aconselhamento, como é o caso dos *compliance officers*, circunstância que lhes atribui deveres específicos e uma responsabilidade criminal própria a ser explorada. Nesse contexto, será realizada, ainda na primeira parte, uma sucinta apresentação de problemas da imputação de responsabilidade em estruturas coletivas.

Na investigação do problema proposto, será útil percorrer, no segundo capítulo, as disposições que regulamentaram o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro ao longo da história, dedicando especial atenção aos enquadramentos legais incidentes sobre as atividades de aconselhamento.

Somente depois de introduzir as principais questões sobre autoria e participação no Direito Penal brasileiro, será possível diferenciar, no terceiro capítulo, a atividade típica de consultoria jurídica dos demais atos privativos da advocacia que, embora também sejam aptos

a ensinar a responsabilização penal daquele que os praticar, não serão o enfoque deste estudo. Nesse sentido, serão elencados motivos para o enfoque exclusivo na consulta técnica de natureza jurídica, dentre eles a importância político-criminal da afirmação de um certo grau de imunidade para as opiniões legais provenientes de advogados em um Estado Democrático de Direito.

À luz da disciplina do concurso de agentes, a atividade de consultoria jurídica será tratada, com ressalvas de hipóteses excepcionais, como uma possível ação de instigação, por meio da qual o consultor poderia ser considerado instigador e o consulente autor do delito. Esse enquadramento, que enseja o tema deste trabalho, será o objeto de estudo do quarto capítulo. Afinal, caso um causídico se limite a responder uma opinião jurídica que lhe foi formulada, sem praticar qualquer outra contribuição delitiva, sua possível responsabilização, como instigador, ocorreria exclusivamente em razão da consultoria prestada, tarefa que encontra obstáculos dentro da moderna teoria do delito a nível de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, a serem exploradas.

Essa possível criminalização depende, ainda, da licitude da consultoria prestada, razão pela qual serão propostos critérios para distinguir o aconselhamento lícito do ilícito, a partir dos preceitos deontológicos decorrentes do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, de forma a sugerir limites à responsabilização de causídicos por seus atos e manifestação de aconselhamento jurídico. Segundo os parâmetros que serão oferecidos adiante, a licitude do assessoramento não coincidirá, necessariamente, com a *correção* da conclusão contida no parecer numa perspectiva *ex post*, mas com a razoabilidade da fundamentação apresentada pelo profissional.

Por fim, no quinto e último capítulo, a dissertação abordará a outra perspectiva do problema investigado: a restrição da responsabilização criminal dos consulentes, já que a moderna formulação da teoria do delito promove, também, desafios à imputação do sujeito que orienta sua conduta a partir do recebimento de um parecer que afirme a licitude da ação ou da omissão que realiza, especialmente a partir da teoria sobre o erro, de tipo e de proibição. Nesse sentido, deve-se registrar, novamente, que a crescente produção normativa torna, não apenas recomendável, mas efetivamente necessário que cidadãos busquem o respectivo aconselhamento de especialistas para que possa considerá-los, de fato, responsáveis penalmente por suas ações e omissões.

# 1 CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

## 1.1 Introdução

Quando se imputa a alguém a autoria de um delito, atribui-se a responsabilidade jurídico-penal pela realização de um fato típico (objetiva e subjetivamente), antijurídico e culpável. Quando mais de um agente contribui para a realização de um fato criminoso, é mister observar se a participação de cada um deles constitui, isolada ou conjuntamente, um ilícito penal; uma vez constatado que mais de um sujeito realizou um ilícito penal, é possível, ainda, por razões de política criminal, diferenciar a relevância das contribuições individuais para o fato, separando aqueles que serão considerados autores daqueles que serão considerados meros partícipes, bem como distinguir as penalidades aplicáveis a cada agente. Por isso, no estudo das regras sobre a autoria delitiva em diversas legislações, são essenciais duas classificações teóricas que se inter-relacionam.

A primeira delas é a adoção de um sistema unitário ou diferenciador das contribuições delitivas. No sistema unitário, há a previsão de uma mesma penalidade para todas as contribuições individuais para o delito, podendo todas as contribuições causais para o delito serem equiparadas (sistema unitário formal) ou distinguidas conceitualmente (sistema unitário funcional). No sistema diferenciador, por sua vez, são definidas formas diversas de contribuição para um fato criminoso, com a atribuição de penalidades diversas de acordo com a natureza de cada contribuição<sup>6</sup>.

A segunda categoria diz respeito à amplitude da figura do autor em cada legislação. No conceito extensivo de autor, todos aqueles que intervêm no fato criminoso são considerados autores, cabendo ao legislador mitigar a punibilidade de certas contribuições específicas<sup>7</sup>. Segundo o conceito restritivo, por sua vez, autor é apenas aquele que realiza as

---

<sup>6</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Esclarecimentos terminológicos**. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 13.

<sup>7</sup> Exemplo da possibilidade do legislador mitigar a punibilidade de certas contribuições delitivas seria a escusa absoluta prevista no art. 345, §2º, CP, que isenta de pena ascendentes, descendentes, cônjuges ou irmãos do agente de crime ao qual é cominada a pena de reclusão que se subtrai da ação de autoridade pública. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

ações típicas, enquanto os demais intervenientes no fato criminoso seriam impuníveis na ausência de norma expressa que previsse a punibilidade de outras formas de intervenção<sup>8</sup>.

Apresentadas essas duas classificações teóricas fundamentais ao tema estudado, deve-se expor, ainda, as razões pelas quais este trabalho não utiliza a distinção conceitual entre sistemas de concurso de pessoas monista, dualista ou pluralista. Como registra Nilo Batista, a discussão sobre

se, em caso de concurso de agentes, deve considerar-se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores, outros pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos autores e partícipes, na verdade não passa de uma formulação epifenomênica<sup>9</sup>.

No mesmo sentido, Luís Greco *et al* asseveram que a pergunta que enseja toda a celeuma entre monismo, dualismo ou pluralismo (“*caso vários sujeitos tomem parte em um delito, há apenas um delito em que vários sujeitos tomam parte ou há, ao contrário, tantos delitos quantos intervenientes houver?*”) é, “*do ponto de vista teórico, duvidosa, e, de uma perspectiva prática, irrelevante*”<sup>10</sup>. Possivelmente reconhecendo o caráter infrutífero das referidas classificações, autores como José Danilo Tavares Lobato, que se reconhece monista, têm ressignificado tal conceito, de forma a considerar que a adoção de tal teoria “*significa tão-somente que, em regra, todos os atuantes cometem um só crime (...) apesar de uns poderem ser qualificados como partícipes, enquanto outros, como autores*”<sup>11</sup>.

Feita essa ressalva, as diferenças entre as classificações expostas acima são perceptíveis a partir da comparação entre as normas, atualmente vigentes, que regem o concurso de pessoas no Brasil e na Alemanha:

Código Penal Brasileiro de 1940

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

---

<sup>8</sup> GRECO *et al*. Op. cit. p. 13. Também sobre as diferenças entre um conceito extensivo ou restritivo de autor: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 30-36.

<sup>9</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 30-31.

<sup>10</sup> GRECO *et al*. Op. cit. p. 13.

<sup>11</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15. Também Beatriz Corrêa Camargo, apesar de partidária de que o sistema penal brasileiro é monista, conclui que “*mais importante que a nomenclatura que se utiliza é a consciência das possibilidades e limitações que nosso sistema oferece. Ele tanto pode ser chamado de monismo, se considerada a igualdade das molduras penais para todos os concorrentes, como pode também ser chamado de dualismo, se considerada a adoção de tipos de participação e autoria*”. CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 231.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Casos de impunibilidade

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)<sup>12</sup>

Código Penal Alemão

§ 25. Autoria. (1) É punido como autor quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor).

§ 26. Instigação. É punido como instigador, com pena igual a do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso.

§ 26. Cumplicidade. (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ela deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1<sup>13</sup>.

Como se vê, há na legislação penal alemã normas que distinguem expressamente a ação que caracteriza a condição de autoria daquelas contribuições que constituem participação, seja por meio de instigação, seja por meio de cumplicidade. A lei prevê que o cúmplice deve receber uma pena inferior ao(s) (co)autor(es) e ao instigador. Adota-se, assim, um sistema diferenciador, que pressupõe um conceito restritivo de autor, cujas hipóteses são previstas taxativamente pela própria lei.

No Brasil, por sua vez, a literalidade da redação do art. 29, *caput*, do Código Penal, conjugada com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, consagrada no art. 13<sup>14</sup>, parece adotar um conceito extensivo de autoria, que considera autor todo aquele que pratica

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>13</sup> Tradução feita por Luís Greco e Alaor Leite em: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal**. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22-23.

<sup>14</sup> “Relação de causalidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Art. 13 -O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Superveniência de causa independente (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

uma ação cuja hipotética supressão do curso causal elimina o resultado delitivo, ainda que sua conduta não seja aquela prevista expressamente no respectivo tipo penal. Dessa maneira, a legislação brasileira também apresenta um sistema unitário formal, por prever formas distintas de contribuição ao fato criminoso não definidas conceitualmente, prevendo penalidades idênticas para todas elas – com exceção da participação de menor importância (art. 29, §1º, CP).

Além da simplificação normativa sobre o concurso de pessoas em comparação às legislações anteriores (tema a ser abordado no segundo capítulo), a redação dos dispositivos mencionados é objeto de outras críticas.

No que tange à causalidade, problemas decorrentes da adoção da equivalência das condições são, há muito, explorados pela doutrina<sup>15</sup>. Especificamente no que tange ao concurso de agentes, constata-se que o legislador parece tomar *concausar* como sinônimo de *concorrer*, o que vai na contramão da causalidade como um critério de imputação que visa a limitação do poder punitivo. É preciso ressaltar que “*concorrer para o crime é diferente de contribuir causalmente para o resultado*”<sup>16</sup>. Se a causalidade restringe objetivamente a imputação no âmbito da análise do tipo objetivo, reclamando a demonstração de um nexo causal entre a conduta do agente e o resultado típico, que existe mesmo nos crimes instantâneos<sup>17</sup>, deve ser utilizada também para restringir a tipicidade no concurso de agentes<sup>18</sup>.

Nesse sentido, a partir do finalismo, entende-se que os tipos penais não contêm a descrição de meras causas, mas sim de ações humanas orientadas para um determinado fim, dada sua capacidade de “*prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta*”<sup>19</sup>. Por esse motivo, “*nem todo comportamento que representa uma condição necessária para o resultado segundo a teoria da conditio sine qua non fundamenta uma*

<sup>15</sup> Entre elas: (I) a possibilidade de regresso ao infinito; (II) a impossibilidade de resolver os casos de dupla causalidade alternativa; (III) a necessidade de recurso a uma causalidade jurídica (e não puramente física) nos crimes omissivos: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018. p. 200-217. As críticas à tradicional noção de causalidade foram ampliadas após as descobertas trazidas pela física quântica. Nesse sentido, Juarez Tavares destaca que “*a filosofia contemporânea praticamente eliminou a noção de causa e passou a trabalhar com a noção de condição, segundo um critério de probabilidade*”: TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Juarez Cirino dos Santos refuta as críticas mais comuns à teoria da equivalência das condições: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 130-132.

<sup>16</sup> BATISTA, **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 44 e 54-55.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 163-170.

<sup>18</sup> Sobre as críticas à causalidade como critério central do concurso de agentes: BATISTA, **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 29-59.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 220.

*autoria*<sup>20</sup>, pois a ação típica é apenas aquela atividade orientada a partir de uma determinada finalidade. A construção dogmático-redutora do finalismo influenciou o tipo de injusto de autor na direção de um conceito restritivo de autoria, e também e na limitação da tipicidade da participação punível.

Não obstante as disposições genéricas do Código Penal, autores vêm, há muito, as reinterpretando de forma a adequar o Direito Penal brasileiro a um sistema diferenciador de contribuições delitivas, que necessita de um conceito restritivo de autor. Nesse sentido, defende Nilo Batista que “o art. 29 CP diz que quem – de qualquer modo = seja por autoria direta, autoria mediata ou co-autoria, ou por instigação ou cumplicidade – concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”<sup>21</sup>. Para ele, caberia à doutrina, diante da lacuna legislativa, preencher cada uma dessas categorias, bem como reconstruir o art. 29 “em conjugação com os tipos da parte especial e os demais dispositivos que prevejam formas de participação”<sup>22</sup>.

A diferenciação entre autoria e participação, a partir da definição de um conceito restritivo de autor, busca satisfazer, no ordenamento jurídico nacional, a exigência do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inc. II, CR<sup>23</sup>), em sua dimensão de exigência de reserva de lei, restringindo o conteúdo da proibição contida em cada tipo penal ao autor, o que torna a punição do partícipe como uma extensão do injusto principal provocada pelo art. 29, *caput*, CP, tido, assim, como um comando geral de não contribuição a um fato ilícito alheio<sup>24</sup>.

Além disso, em atenção ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, CR), a distinção entre autores e partícipes recomenda que a penalidade cominada aos últimos seja inferior àquela atribuída aos primeiros<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO *et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 54.

<sup>21</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 45.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 44.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>24</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO *et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 79. Existem, porém, os delitos autônomos que representam a tipificação específica de contribuições que, tradicionalmente, configurariam mera participação (por exemplo, o delito de favorecimento pessoal – art. 348, CP). Nesses casos, aquele que realiza a contribuição habitualmente tida como de partícipe é autor. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 159.

<sup>25</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 189.

## 1.2 Teorias diferenciadoras entre autoria e participação

Na tentativa de estabelecer um sistema penal de carácter diferenciador, várias teorias foram formuladas com o objetivo de resolver o problema concreto de distinguir conceitualmente entre autores e partícipes, abarcando todas as formas conhecidas de autoria delitiva. As quatro principais serão apresentadas a seguir.

Para o critério objetivo-formal, “o autor realiza a ação típica (a ação de matar, no homicídio; a ação de subtrair, no furto etc.); o partícipe realiza ação de instigação ou de ajuda extratípica para a realização do tipo de injusto”<sup>26</sup>. A teoria predominou na doutrina alemã do século XIX, exercendo influência na Itália quando da elaboração do código Rocco e sendo extremamente prestigiada no Brasil no século XX<sup>27</sup>. Como fundamentos do critério, são apontados (I) a circunstância de que a execução do delito possui maior periculosidade e reprovabilidade em relação à realização de atos preparatórios; (II) a tentativa de vincular a distinção entre autor e partícipe na literalidade dos tipos penais; e (III) a derivação do critério advir dos textos legais<sup>28</sup>.

Contudo, ao se pautar na ação executiva, a teoria apresenta problemas em casos de coautoria, caracterizada justamente pela comum realização do fato criminoso, ou seja, quando a contribuição de um coautor pode, individualmente considerada, afastar-se da conduta típica. Segundo esse critério, aquele que distrai a atenção da tia para que um terceiro possa colocar veneno em seu café seria mero partícipe<sup>29</sup>. Além disso, a teoria é incapaz de abranger a autoria mediata, porque é o instrumento, não o autor mediato, quem realiza pessoalmente a ação típica<sup>30</sup>. Em suma, como bem concluem Luís Greco e Adriano Teixeira, “o formalismo dessa teoria desemboca em um naturalismo tosco”, razão pela qual para dar conta de todas as formas de autoria “se vê pressionada a flexibilizar seu enfoque na casualidade de um ato físico (...) e aproximar-se de uma construção de natureza mais jurídica”<sup>31</sup>.

A elaboração de um critério material-objetivo de distinção entre autor e partícipe teve como base o estabelecimento de “diferenças quantitativas ou qualificativas entre as

<sup>26</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 370.

<sup>27</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 60-65.

<sup>28</sup> Ibid. p. 62.

<sup>29</sup> Exemplo extraído de: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 370.

<sup>30</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 64-65.

<sup>31</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 55.

*contribuições*” desses agentes<sup>32</sup>, que seriam, respectivamente, “*condutas causais – condutas não causais; causa – condição; causa adequada – causa inadequada; causa necessária – causa desnecessária causa positiva – causa negativa*”<sup>33</sup>. Nilo Batista elogia a circunstância de que a teoria questione a causalidade calcada na teoria da equivalência das condições como motriz do concurso de agentes, ressaltando a necessidade de que duas contribuições igualmente causais devem passar por um “*processo de quantificação física e valorativa*” que revele suas diferenças<sup>34</sup>. Esse juízo seria, inclusive, explicitamente reclamado pela causa de diminuição da pena da participação de importância instituída no art. 29, §1º, CP<sup>35</sup>.

Ocorre que, em função da própria adoção da teoria da equivalência das condições pelo Código Penal brasileiro, a diferenciação entre causas e condições – além de extremamente complexa do ponto de vista teórico num plano que escape ao juízo de tipicidade – seria uma proposição *de lege ferenda*<sup>36</sup>.

Influente na jurisprudência alemã até os dias atuais<sup>37</sup>, a chamada teoria subjetiva da autoria e da participação tinha como critério determinante para a autoria o grau do interesse próprio no delito, diante da impossibilidade de diferenciar autoria, instigação e cumplicidade a partir de uma perspectiva puramente causal<sup>38</sup>. Assim, seria autor aquele que deseja o fato típico como seu (*animus auctoris*) e seria partícipe aquele que deseja o fato típico como alheio (*animus socii*)<sup>39</sup>. Esse critério consegue, dessa forma, resolver o problema da autoria mediata, já que é do autor mediato a vontade de autor que não realiza a ação típica de mão própria<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> ZAFFARONI *et al.* **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 432.

<sup>33</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 65.

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> ZAFFARONI *et al.* **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 432.

<sup>37</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: GRECO *et al.* *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23-24. No mesmo sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 371.

<sup>38</sup> “*Si se parte de la base de que todas las circunstancias objetivas pertenecen al injusto y son reconducibles al principio de la modificación causal del mundo externo, em tal caso no se puede señalar ninguna diferencia objetiva entre autoria, inducción y complicidade (§§ 25, 26 e 27), pues las tres formas de intervención son igualmente causales respecto del resultado. Y entonces se está forzosamente obligado a buscar la delimitación en la parte subjetiva del hecho (...)*”. ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2. ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>39</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 370.

<sup>40</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 68-69.

Os problemas da teoria são evidentes diante de dois casos concretos, frequentemente mencionados pela doutrina. No “caso da banheira”, uma mulher que afogara o sobrinho numa banheira foi considerada apenas partícipe desse homicídio, em razão de ter agido a pedido da irmã. De forma similar, no caso Staschinsky, um espião soviético que matara duas pessoas em território alemão a mando de seu superior também foi condenado a título de participação<sup>41</sup>. Com efeito, ao se pautar num critério puramente subjetivo, a teoria considera meros partícipes aqueles que executaram pessoalmente a ação típica quando ausente o ânimo de autor. Além disso, os próprios conceitos de *animus auctoris* e *animus socii* são apontados como vagos<sup>42</sup>, bem como mais próximos de um direito penal do autor do que de um direito penal do fato<sup>43</sup>.

Para a superação dos problemas das teorias diferenciadoras anteriores, foi fundamental o advento da teoria do domínio do fato, delineada por Claus Roxin em 1963, cujo cerne consiste na assertiva de que “o autor é a figura central do acontecer típico”<sup>44</sup>. Apesar dessa ideia reitora da distinção entre autoria e participação, a teoria propõe critérios distintos de acordo com o tipo de delito que se busca imputar. Isto é, para distintos grupos de delito, incidirão critérios diversos para determinação da autoria delitiva. Aos delitos de ação ou de domínio – delitos comissivos dolosos comuns – incide, efetivamente, a ideia de domínio do fato; já para os delitos de dever – delitos comissivos especiais ou próprios, delitos omissivos e delitos culposos – é determinante a infração de um dever especial imposto a um agente pelo tipo penal, independente do efetivo domínio do curso causal por esse sujeito. Se o autor é o protagonista do fato criminoso, o partícipe seria, por sua vez, o coadjuvante do delito, seja por contribuir para ele sem dominá-lo (nos delitos de domínio), seja por não possuir o dever especial reclamado pelo tipo penal (nos delitos de dever)<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Vide GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23-24; ZAFFARONI et al. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes.** Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 430-431.

<sup>42</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 68.

<sup>43</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53.

<sup>44</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24.

<sup>45</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25; BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 77-79.

A demonstração da compatibilidade da teoria do domínio do fato com o Direito Penal brasileiro e o aprofundamento de suas implicações para fins de autoria e participação criminal serão realizados simultaneamente no tópico 1.3.

Antes disso, é preciso demarcar, sucintamente, aquilo que não é objeto da teoria. Com efeito, a partir do julgamento do caso “Mensalão” (a ação penal nº 470) pelo Supremo Tribunal Federal, houve uma grande difusão da expressão “domínio do fato”, mas também muita confusão sobre o conteúdo da teoria. A utilização do critério na decisão proferida pela corte naquela oportunidade foi criticada pelo próprio Claus Roxin<sup>46</sup>.

Como registra Alaor Leite em preciso artigo sobre o tema, a teoria do domínio do fato não é uma teoria que amplia a punibilidade em relação às demais teorias diferenciadoras, mas sim que a restringe. Além disso, ela propõe uma fórmula dedutiva, ou seja, deve-se investigar em cada caso concreto se aquele agente dominava ou não o fato criminoso. Invocar o domínio do fato como uma teoria processual, que inverte o ônus da prova em matéria penal, incumbindo ao agente demonstrar que não dominava o curso causal dos fatos que lhe são imputados, especialmente se o suposto domínio decorre de sua posição hierárquica em determinada estrutura organizacional, é desvirtuar por completo a formulação proposta por Claus Roxin<sup>47</sup>.

### 1.3 A recepção da teoria do domínio do fato no Brasil

#### 1.3.1 Imputação de responsabilidade por autoria: o protagonismo na conduta típica

Como visto, no desenvolvimento de um sistema diferenciador das contribuições delitivas e de um conceito restritivo de autor no Direito Penal brasileiro, especialmente diante das lacunas legislativas do Código de 1940 sobre o tema, a teoria do domínio do fato, desenvolvida por Claus Roxin, que propõe um critério final-objetivo para definir quem é autor e, por consectário lógico, quem, não sendo autor, é partícipe, foi extremamente bem-vinda.

A teoria superou a dicotomia entre os critérios meramente objetivos ou subjetivos para determinação da autoria, defendendo que o autor é sempre a figura central do acontecer

<sup>46</sup> CONSULTOR JURÍDICO. **Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em 19 jul. 2021.

<sup>47</sup> LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

típico<sup>48</sup>. O protagonismo da conduta típica, contudo, pode se manifestar de formas diversas, a depender do tipo de delito que se busca imputar: aos delitos de ação ou de domínio – delitos comissivos dolosos comuns – aplica-se, efetivamente, a noção de domínio do fato; já para os delitos de dever – delitos comissivos especiais ou próprios, delitos omissivos e delitos culposos – aplica-se o critério de violação um dever, independente do domínio do curso causal pelo sujeito<sup>49</sup>.

### 1.3.1.1 Autoria nos delitos de domínio

Nos delitos comissivos dolosos comuns, é autor quem, “*na concreta realização do fato típico domina o curso causal do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo*”<sup>50</sup>. Na mesma forma, Álvaro Mayrink da Costa assevera que “*é autor quem obra com a vontade e possui o domínio final da ação*”<sup>51</sup>. Resumidamente, o domínio pelo autor pode ocorrer por meio da realização direta da conduta típica (domínio da ação), por coordenação de funções no agir típico coletivo, mediante uma comum resolução para o fato e uma comum realização dessa divisão (domínio funcional do fato) ou, ainda, pelo domínio da vontade de um terceiro como instrumento, por erro ou coação, ou mediante o domínio de um aparato organizado de poder (domínio da vontade)<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24-25.

<sup>49</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25-35. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 77-79.

<sup>50</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 69.

<sup>51</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p 822.

<sup>52</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25-31. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 57-61. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 75-154.

#### 1.3.1.1.1 Autoria por domínio da ação

A autoria direta ou imediata se dá por meio do domínio da ação e não oferece complexidades: ocorre quando o autor realiza, por conta própria, todos os elementos de um determinado tipo penal. Em outras palavras, “*é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo*”<sup>53</sup>. Segundo as premissas que serão adotadas neste trabalho adiante, o consultante será, em tese, autor direto do delito, por dominar a ação típica que pratica, estando o consultor numa posição apenas de contribuir para esse fato, sem dominá-lo, o que pode configurar participação.

#### 1.3.1.1.2 Autoria por domínio de funções

Na coautoria, há o co-domínio funcional do fato, ou seja, todos os agentes possuem domínio sobre o “se” e “como” o fato criminoso se desenrola e, se um coautor falha na sua colaboração, falha o empreendimento como um todo. A verificação da coautoria depende de dois requisitos (I) a comum resolução para o fato (o ajuste recíproco de vontades mencionado pelo art. 31 do CP para atuação num empreendimento comum, prévio ou simultâneo ao fato); e (II) a comum realização dessa resolução<sup>54</sup>.

Se houve comum execução do fato criminoso, mas não houve ajuste entre os agentes, verifica-se a chamada autoria colateral, como no caso de duas pessoas que, inscientes uma da outra, atiram ao mesmo tempo na vítima. A autoria colateral deve ser tratada como duas ou mais autorias diretas autônomas. Se, por outro lado, houve resolução comum entre os agentes, é necessário ainda para a configuração da coautoria que o interveniente *aporte* contribuição decisiva para o empreendimento criminoso<sup>55</sup>. Há grande divergência sobre a necessidade dessa contribuição ser realizada na fase executória do *iter criminis* para caracterização da

---

<sup>53</sup> GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 57.

<sup>54</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. p. 30-31. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 58.

<sup>55</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 101-102 e 115.

coautoria, especialmente nos casos de execução fracionada do delito, nos quais há um lapso entre o modo e o núcleo da conduta típica<sup>56</sup> e para o chamado organizador do empreendimento coletivo (figura prevista no art. 62, inc. I, CP)<sup>57</sup>.

Questão relevante na coautoria diz respeito ao excesso praticado por um dos agentes. Como leciona Nilo Batista, o excesso caracteriza-se por: “1. não estar incluído, ainda que tacitamente, na comum resolução para o fato; 2. Não significar um desvio desde sempre possível na comum execução do fato; 3. Ocorrer no mesmo contexto da ação conjuntamente dominada”<sup>58</sup>. O art. 29, § 2º, CP, determina que o coautor só responde pelo crime que quis participar, podendo sua pena ser majorada até a metade no caso da prática de delito agravado pelo resultado, quando esse resultado for previsível.

### 1.3.1.3 Autoria por domínio da vontade

Por fim, na autoria mediata há o domínio da ação se valendo o agente de um terceiro que atua como mero instrumento, o que aproxima a autoria e a instigação, porque o terceiro é instigado ao cometimento do delito, embora atue sem liberdade. O domínio do terceiro como instrumento pode ser causado por (I) erro; (II) coação; ou (III) pelo domínio de um aparato organizado de poder (o chamado domínio da organização)<sup>59</sup>. Nosso Código Penal reconhece quatro formas de autoria mediata, que se encaixam nas três hipóteses de domínio da vontade de outrem.

A primeira está prevista no art. 20, § 2, que cuida do caso de *erro* do instrumento em relação aos elementos constitutivos do tipo penal provocado pelo autor mediato. Essa hipótese de autoria mediata é a mais importante para o trabalho, uma vez que é aquela que se pode configurar quando o consulente dominar a realização de uma ação típica praticada

---

<sup>56</sup> GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 58.

<sup>57</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 106-107.

<sup>58</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 123.

<sup>59</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26-31. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 58-61.

diretamente pelo seu consultor, que a realiza por confiar no parecer que recebeu apontando a atipicidade de sua conduta.

A segunda delas é a *coação*, que, caso exercida de forma física, é bom frisar, transmuta o coator em autor direto (não mediato) por domínio da ação. Quanto à coação moral, pode ela ser irresistível (art. 22, primeira parte, CP), caracterizando a autoria mediata (caso de impunidade do instrumento por inexigibilidade de conduta diversa), ou resistível, hipótese de instigação para a qual à autoria direta do instrumento é atribuída a atenuante do art. 65, inc. III, alínea c, CP.

A terceira delas é a utilização de um *instrumento impune* em virtude de condição ou qualidade pessoal (para a qual o art. 62, inc. III, CP, comina uma agravante), o que ocorre, por exemplo, no caso do domínio da vontade de inimputáveis<sup>60</sup>.

A quarta e última forma de domínio da vontade prevista na legislação brasileira merece especial atenção, pois ela influenciou diretamente na formulação da teoria por Claus Roxin. É o caso de obediência hierárquica (art. 22, segunda parte, CP). Em se tratando de ordens direcionadas por um superior hierárquico, é preciso distinguir entre três situações que ensejam imputações diversas: (I) o executor conhece a ilegalidade da ordem e não pode a ela se opor, o que configura a inexigibilidade de conduta diversa para o subordinado e autoria mediata para o superior; (II) o executor supõe a licitude da ordem enquanto a executa, caracterizando o erro de proibição, que exclui sua culpabilidade (considerando esse erro *invencível*); e (III) o executor conhece a ilicitude do comando e poderia se opor à ordem que executa, quando o subordinado é autor direto e o superior será coautor ou partícipe, a depender do caso concreto<sup>61</sup>.

Foi a partir dessa última hipótese, na qual não há coação hierárquica reconhecível e as ordens proferidas são manifestamente ilícitas, pensada a partir da experiência histórica do nazifascismo, que Claus Roxin formulou a ideia de domínio da ação por meio de um aparato organizado de poder, no qual há autoria mediata do superior por meio de um instrumento plenamente responsável e, portanto, também considerado autor.

Essa forma de autoria é desenhada, portanto, para organizações verticalmente estruturadas (que afastam aquele que profere ou retransmite a ordem do executor, permitindo a ele se negar a cumpri-la), que são dissociadas do direito (isto é, não possuem fins lícitos) e

---

<sup>60</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 135-141.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

nas quais há fungibilidade do executor<sup>62</sup>. A utilização do domínio da organização em organizações que possuem pelo menos parte de suas atividades realizadas de forma lícita e, portanto, não preenchem os requisitos elencados pela teoria roxiniana foi outro aspecto controvertido do já mencionado julgamento da ação penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal<sup>63</sup>.

### 1.3.1.2 Autoria nos delitos de dever

Nos delitos de dever, por sua vez, a qualidade de autor decorre da violação do dever específico ao qual ele está sujeito por imposição do correspondente tipo penal. Por essa infração ao dever, o autor é protagonista do fato criminoso, ainda que não domine o acontecer típico<sup>64</sup>. São espécies de delitos de dever no Direito Penal brasileiro: (I) os delitos comissivos dolosos especiais; (II) os delitos comissivos dolosos próprios; (III) os delitos omissivos, próprios e impróprios; e (IV) os delitos culposos.

#### 1.3.1.2.1 Delitos especiais

Os delitos especiais são aqueles cuja autoria reclama uma qualificação legal, de ordem natural ou normativa. São exemplos os crimes praticados por funcionário público. Os delitos especiais podem ser puros, para os quais não há corresponde figura típica *comum* (é o caso da advocacia administrativa, a título exemplificativo), ou impuros, tipos nos quais a qualificação do sujeito representa uma forma específica de realização de uma infração penal de comissão geral (relação entre os crimes de peculato e apropriação indébita, por exemplo)<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. p. 26-30.

<sup>63</sup> Sobre o tema, novamente: LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 138-145.

<sup>64</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 31-33. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 78-79.

<sup>65</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 95-96. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Delitos especiales y Moderna Dogmática del Derecho Penal Económico.** In: Silva Sánchez, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica.* Madrid: La Ley, 2013.

Por força do art. 30 do Código Penal, de questionada compatibilidade com a formulação original da teoria do domínio do fato, a condição de autor de um delito especial é comunicável àquele que, embora não detenha a pessoal reclamada pelo tipo penal especial (o *extraneus*), realiza o fato criminoso (hipótese de coautoria) e necessariamente conheça a qualificação do *intraneus*, caso se trate de delito especial puro (nos delitos especiais impuros, o *extraneus* responderia pelo delito comum análogo)<sup>66</sup>.

#### 1.3.1.2.2 Delitos de mão própria

Nos delitos de mão própria, não se admite a coautoria ou a autoria mediata, pois é autor somente quem realiza, pessoalmente, a conduta típica<sup>67</sup>. Utiliza-se, nesse tipo de crime, um critério exclusivamente formal-objetivo<sup>68</sup>. Paradigma desse delito é o falso testemunho (art. 342 do Código Penal).

#### 1.3.1.2.3 Delitos omissivos

Por sua vez, os crimes omissivos, ou comissivos por omissão, também decorrem da violação de um dever<sup>69</sup>. Como leciona Juarez Tavares, “*nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há coautoria nem participação*”<sup>70</sup>, uma vez que “*cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor*”<sup>71</sup>.

Não se utiliza a noção de domínio do fato, tendo em vista que o autor que não age conforme a determinação legal não domina ativamente o curso causal. Os delitos omissivos

<sup>66</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 61 e 73-76. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 167-171.

<sup>67</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 33-34.

<sup>68</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 96-98.

<sup>69</sup> Nesse sentido, Juarez Tavares afirma serem os crimes omissivos delitos de dever porque neles “*já uma certa especialização dos sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo, e assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico*”. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 405. A primeira hipótese descreve os crimes omissivos próprios, enquanto a segunda corresponde aos crimes omissivos impróprios.

<sup>70</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 405.

<sup>71</sup> *Ibid.* p. 406.

são *próprios*, quando a violação advém do próprio tipo penal, ou *impróprios*, quando a violação decorre de sua posição de garantidor – o que ocorre quando configuradas uma das hipóteses previstas pelo art. 13, §2º, do Código Penal<sup>72</sup>.

#### 1.3.1.2.4 Delitos culposos

Por fim, os delitos culposos também podem ser compreendidos como delitos decorrentes da violação de um dever de cuidado: cuidam da culposa causação de um resultado típico<sup>73</sup>. A teoria da imputação objetiva ressalta que à autoria culposa não basta a violação de um dever objetivo de cuidado, mas a criação de um risco juridicamente desaprovado que efetivamente dê causa ao resultado delitivo. Tanto em relação aos crimes omissivos quanto em relação aos crimes culposos, não há coautoria, pois, como os deveres que fundamentam as proibições são conferidos a cada agente individualmente, são eles infracionáveis. Por isso, não há para esses delitos coautoria, apenas autoria direta colateral.

---

<sup>72</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 31-33. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 62-63. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 84-96.

<sup>73</sup> Em seu estudo seminal sobre o tema, Juarez Tavares leciona que “a ação que compõe, nuclearmente, o tipo dos delitos culposos conjuga em si duas características: a) de conduta voluntária; b) de conduta descuidada e violadora do risco autorizado”. TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos.** 5. ed. rev. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 317. Cabe destacar, ainda, quanto à tipicidade dos delitos culposos, a necessidade de aferir a relação de causalidade entre a conduta descuidada e o resultado típico e a imputabilidade normativa desse resultado ao agente. Ibid. p. 358-426.

<sup>74</sup> GRECO, Luís. LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 34-35. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 63-64. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 79-83.

<sup>75</sup> GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.79-87.

### 1.3.2 Imputação de responsabilidade por participação: a contribuição atípica relevante a fato criminoso alheio

Delineada a imputação por meio de autoria, na qual o autor é protagonista do fato criminoso, deve-se expor os critérios para responsabilização criminal por meio de participação, que precisa ser entendida, dessa maneira, como uma extensão da punibilidade, ou melhor, uma extensão da proibição contida pelos tipos penais, exigida pelo princípio da reserva legal, para contribuições que não se coadunam ao agir típico contido nos diversos tipos de injusto previstos na legislação penal<sup>76</sup>.

Sendo o partícipe coadjuvante no delito, sua punibilidade do partícipe, em nome do princípio da acessoriedade limitada, depende do fato principal ser típico e antijurídico e, em atenção ao art. 31 do Código Penal, ter sido ao menos tentado, ou seja, que tenha havido o início da execução da conduta típica pelo autor. Além do caráter acessório à ação principal, a participação requer uma agressão autônoma – para alguns, mediata – ao bem jurídico objeto de referência do tipo penal, o que torna atípicas, por exemplo, as condutas daquele que instiga ou auxilia outrem a lesionar bens jurídicos de sua própria titularidade e as ações de agente provocador, caracterizadas pela consciência desse agente de que não se consumará a lesão ao bem jurídico tutelado<sup>77</sup>.

A participação deve ser sempre dolosa, seja por dolo direto ou dolo eventual, dirigida a colaborar com o autor, de forma imediata, e com a realização do fato principal, de forma mediata<sup>78</sup>. Essa exigência consagra a convergência ou homogeneidade do elemento subjetivo entre a conduta do partícipe e a conduta do autor principal. Por esta razão, não há participação

<sup>76</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 13-14. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 65-66. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 42-45. Ressalva-se, novamente, a existência de tipos penais autônomos que representam a posituação de contribuições que, tradicionalmente, configurariam de mera participação.

<sup>77</sup> ZAFFARONI et al. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 430 e 467-468. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 66. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 157-167.

<sup>78</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 394.

culposa em crime doloso (hipótese de, eventualmente, autoria culposa para o partícipe), nem participação dolosa em crime culposo (o que caracterizaria autoria mediata)<sup>79</sup>.

A atuação do partícipe consiste, portanto, na colaboração dolosa e atípica a delito de outrem, que pode se dar por meio de instigação ou de cumplicidade. Pelas razões já expostas, adota-se aqui a definição de instigação como gênero do qual são espécies a determinação e a instigação em sentido estrito, respectivamente, a provocação ou o reforço no autor principal da decisão de realizar o fato criminoso. A cumplicidade é o auxílio, a contribuição de natureza exclusivamente material prestada pelo partícipe ao fato criminoso, que pode ocorrer por ação ou omissão<sup>80</sup>. A consulta técnica realizada por um advogado, como atividade de cunho intelectual, será enquadrada, por conseguinte, na categoria da instigação.

#### 1.3.2.1 Participação nos delitos de domínio

Em relação aos delitos comissivos dolosos comuns, a teoria do domínio do fato, ao exigir do autor o domínio causal do fato típico, considera, simultaneamente, partícipe aquele que contribui causalmente para o fato típico principal sem dominá-lo<sup>81</sup>.

#### 1.3.2.2 Participação nos delitos de dever

Já excluída a possibilidade de participação em delitos culposos, em razão da exigência de homogeneidade do elemento subjetivo na participação, que é necessariamente dolosa, falta tratar da participação nos demais delitos de dever: os delitos especiais, os delitos próprios e os delitos de omissão. Como visto, sendo autor o protagonista do injusto, nos delitos de dever a autoria é atribuída aos portadores desse dever; os partícipes seriam todos aqueles que contribuem para o injusto, ainda que não detenham a qualidade exigida pelo tipo penal.

---

<sup>79</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 25-29. GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 8-9. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 158-159.

<sup>80</sup> As justificativas que amparam esse entendimento serão expostas no segundo capítulo, cujo objeto é, justamente, percorrer sucintamente a evolução do tratamento legislativo sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.

<sup>81</sup> GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 65.

Em relação aos crimes omissivos, na compreensão deste estudo, não se admite nem instigação, nem cumplicidade, tendo em vista que esses delitos tem como sujeitos ativos os portadores do dever de agir previsto por lei. As contribuições do terceiro ao omitente podem, a depender das circunstâncias concretas, constituir sua autoria direta por ação, colateral à autoria por omissão do omitente (como seria o caso daquele que convence o guarda do presídio a permitir a fuga de preso, respondendo ambos pelo delito do art. 351, CP, o primeiro de forma comissiva, o segundo por omissão imprópria<sup>82</sup>), ou em autoria mediata, nos casos nos quais o omitente é utilizado como instrumento – por erro ou por coação – de autoria direta mediata do delito correspondente à prestação realizada pelo terceiro interveniente (hipótese daquele que, ameaçando um controlador de voo, impede-o de transmitir informações a uma aeronave, o que vem a causar um acidente<sup>83</sup>).

Especialmente relevante para o trabalho é a chamada dissuasão, a possível instigação para que o portador do dever não aja, que pode se configurar quando o parecer influencia a vontade do consultor, por concluir que não há para o obrigado a incidência de um determinado mandamento de agir. Apesar de alguns autores tratarem a dissuasão como cumplicidade psíquica, reitera-se aqui que a cumplicidade possui caráter necessariamente material no direito penal brasileiro. Deve essa figura, portanto, ser tratada como uma potencial modalidade de instigação. A doutrina diverge entre tratar o dissuasor como partícipe no delito omissivo principal ou como autor direto quando haja um delito correspondente à ação instigada<sup>84</sup>, alternativa que se considera correta, pelas razões já expostas. Não se deve, contudo, esquecer “*que a observância do dever compreende também o esquivar-se da tentação de violá-lo*”<sup>85</sup>.

Os delitos de mão própria, por sua vez, não aceitam, por definição, coautoria ou autoria mediata. Dessa maneira, todo *extraneus* que intervir no fato criminoso será, necessariamente, partícipe<sup>86</sup>, mesmo que sua participação consista em efetiva realização do fato típico.

Como abordado anteriormente, nos delitos próprios admite-se que *extranei*, caso conheçam a qualidade do *intranei*, respondam apenas como partícipes nos delitos especiais puros, por faltar-lhes a qualificação exigida pelos tipos respectivos, ou como partícipes ou coautores - a depender da colaboração concreta prestada - do tipo penal comum análogo nos

---

<sup>82</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 89.

<sup>83</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 408.

<sup>84</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 88-89.

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 91.

<sup>86</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 96-98.

delitos especiais impuros. Por força da comunicabilidade das circunstâncias imposta pelo art. 30 do Código Penal brasileiro, o *extraneus* é coautor, se colabora na realização do fato, ou participe, se colabora de forma não típica, nos delitos especiais puros e impuros, desde que conheça a qualificação do *intraneus*<sup>87</sup>.

#### 1.4 Problemas de imputação criminal em estruturas coletivas

Apresentadas as categorias atinentes ao concurso de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se demonstrar, de forma breve, a dificuldade adicional na operacionalização desses conceitos em estruturas coletivas – não apenas sociedades empresárias, mas também outras pessoas jurídicas<sup>88</sup> –, pois o assessoramento jurídico, com frequência, ocorre nesse ambiente.

A necessidade de aconselhamento técnico, aliás, é atualmente uma exigência de boa governança corporativa. A importância da assessoria jurídica, em especial, é evidente diante da proliferação de programas de *compliance* (ou de cumprimento normativo) e do fenômeno da administrativização do Direito Penal, por meio do crescente número de normas penais em branco e de tipos penais que contêm elementos normativos.

Não obstante se reconheça a necessidade desse esforço adicional do jurista na investigação da autoria delitiva em estrutura empresárias, deve-se rejeitar, de pronto, a proposta de se estabelecerem critérios específicos de definição de autoria para essas situações, tal como proposto por aqueles que defendem uma pretensa autonomia do chamado “Direito Penal Econômico”<sup>89</sup>: a possibilidade de responsabilização dos advogados por atos de assessoramento pode e deve seguir as mesmas regras do Direito Penal “comum”.

A investigação da autoria delitiva em um ambiente coletivo, decorre, inicialmente, da limitação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, no direito brasileiro, aos crimes

<sup>87</sup> GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 61 e 73-76. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 167-171.

<sup>88</sup> Apesar da maioria dos autores tomar apenas sociedades empresárias como as estruturas nas quais as questões ora levantadas são pertinentes, é possível visualizar os mesmos problemas em outras pessoas jurídicas que não tenham como foco principal a produção ou comercialização de bens e serviços, como autarquias, por exemplo. Por isso, quando mencionados adjetivos que designem empresas, os comentários também serão aplicáveis a essas outras estruturas coletivas.

<sup>89</sup> Em sentido oposto, defendendo a autonomia do Direito Penal Econômico face ao Direito Penal “clássico”: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal.** In: *Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.* Brasília: ESMPU, 2011. p. 118-123.

ambientais<sup>90</sup>. Sendo necessário individualizar responsabilidades, a vedação da responsabilidade penal objetiva exige a indicação de uma contribuição específica, e não genérica, praticada pelo sujeito, que configure uma ação ou omissão típica. Não basta deduzir essa imputação da posição detida pelo agente, até porque sua possível participação não necessariamente está relacionada às funções oriundas do cargo por ele exercido<sup>91</sup>.

Dois aspectos especiais de uma organização coletiva, marcada pela divisão de funções, merecem destaque: o fato de uma ação delitiva transpassar, muitas vezes, os diversos níveis hierárquicos dessa estrutura, por meio da emissão e da execução de uma ordem, e a responsabilidade pelos riscos não evitados decorrente da posição de garante.

Na cadeia de *formulação* e de *execução* de ordens característica de um empreendimento coletivo verticalizado, o superior que dá a ordem é, via de regra, instigador e o funcionário que a executa é autor direto<sup>92</sup>. Robles Planas aponta que a responsabilidade criminal dos subordinados, que, por definição, possuem competência executiva, mas não decisória, é limitada. Para o referido autor, mesmo quando as ações desses funcionários configurarem, em tese, contribuição a um delito, como representam a execução de uma ordem emanada por um superior hierárquico, podem ser essas condutas objetivamente atípicas quando respeitarem os limites de prestação laboral regular daquela atividade<sup>93</sup>. Mesmo para funcionários executivos, há, no entanto, a possibilidade de delegação de um dever de garantia, ensejando sua potencial imputação a título de omissão imprópria<sup>94</sup>, o que será explorado a seguir.

Ordens proferidas em estruturas horizontais, como as decisões tomadas por órgãos colegiados, por sua vez, representam uma hipótese de coautoria, pois há um plano comum

---

<sup>90</sup> Por força do art. 225, §3º, da CRFB/1988 c/c o art. 3º, caput e parágrafo único, da Lei Federal nº 9.605/1998.

<sup>91</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. **O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 83-84.

<sup>92</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. **O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 87-108. ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 450-455.

<sup>93</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 449-450.

<sup>94</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 366-367.

delitivo e uma contribuição relevante de todos os membros do colegiado que votarem no sentido da ordem que caracteriza a infração penal<sup>95</sup>.

Um dos desafios de apuração de responsabilidade numa entidade coletiva são os casos nos quais a imputação não decorre de uma ação praticada por uma pessoa física, mas pela omissão de um determinado agente, que ocupa a posição de garantidor, em evitar a ocorrência do resultado típico.

Numa sociedade empresária, a posição de garante numa organização é ocupada, a prioristicamente, por aqueles que a gerenciam, isto é, por aqueles que de fato a administram<sup>96</sup>. O dever oriundo dessa função consiste em evitar resultados típicos, por meio (I) do controle sobre as fontes de perigo decorrentes de sua atividade – gerando um dever de vigilância sobre seus produtos e funcionários– e (II) da proteção dos bens jurídicos a ela confiados – fundamentando um dever de proteção. Para imputação dos administradores, exige-se, além do mero dever, a possibilidade concreta de agir para evitar o resultado e que a omissão seja considerada causa desse resultado. Além disso, exige-se, via de regra, que a omissão seja dolosa, admitindo-se a omissão culposa apenas para os delitos que preveem essa modalidade<sup>97</sup>.

A posição de garante detida pelos administradores, tornando-os garante das atividades realizadas pela entidade coletiva, pode, contudo, ser delegada. O instrumento da delegação, essencial para a divisão de funções em estruturas complexas, possui um duplo efeito: eximir o delegante da responsabilidade pela tarefa delegada, desde que escolha adequadamente o

---

<sup>95</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 363-366. ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 455-458. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. **O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 88-90.

<sup>96</sup> Sobre o tema: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 166-172. No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145.

<sup>97</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 356-360. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal**. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 140. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. **O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 108-120.

delegado e exerça a supervisão da atuação desse delegado e, simultaneamente, fazer surgir no delegado a responsabilidade criminal pela evitação do resultado<sup>98</sup>.

A compatibilidade da teoria da delegabilidade com as previsões do art. 13, §2º, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, do Código Penal, é defendida por Artur Gueiros, que expõe, também, diversos fundamentos dos deveres de garantia dos administradores de uma empresa trazidos pela legislação nacional<sup>99</sup>.

Não é objeto desta dissertação expor, detidamente, os problemas subjacentes à identificação de autoria numa estrutura coletiva. As breves linhas dedicadas ao tema servem, na realidade, para introduzir uma hipótese que importa ao estudo: a posição do advogado que figura como *compliance officer* ou *legal officer*.

### 1.5 O advogado como *compliance officer*

Um programa de *compliance* consiste num vasto conjunto de práticas que visam dar conformidade entre a empresa e as normas atinentes a sua atuação, minimizando ou prevenindo riscos e práticas ilícitas. Um dos principais pontos de um programa de *compliance* efetivo é a designação de um *compliance officer*, ou seja, de um “*responsável de prevenção, coordenador de prevenção, oficial de ética*”<sup>100</sup>.

Esse cargo de *chief legal officer* é exercido por um diretor jurídico - e, nessa condição de direção jurídica, necessariamente por um advogado<sup>101</sup> - ou por um escritório de advocacia

<sup>98</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa.** In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 356-360.

<sup>99</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais.** In: *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>100</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa.** In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 372.

<sup>101</sup> Nesse sentido: “*Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...) II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas*”. BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021. Ainda: “*Art. 7º A função de diretoria e gerência jurídicas em qualquer empresa pública, privada ou paraestatal, inclusive em instituições financeiras, é privativa de advogado, não podendo ser exercida por quem não se encontre inscrito regularmente na OAB*”. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/regulamentogeral.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020. Art. 1º, inc. II, da Lei nº 8.906/94 c/c art. 7º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

especializado<sup>102</sup>. A posição hierárquica e a natureza de seu cargo conferem ao(s) profissional(is) que exercem essa função a condição de garante na companhia, impondo-lhe(s) o dever de vigilância sobre o cumprimento normativo da empresa.

Com efeito, trata-se de uma delegação do dever de vigilância que cabe, inicialmente, aos administradores da empresa, por meio do instrumento da contratação de um profissional para esse fim (art. 13, § 2º, ‘b’, Código Penal). Nas inúmeras tarefas que lhe competem numa empresa, pode também o *chief legal officer* delegar a avaliação de riscos de departamentos ou de situações específicas a seus próprios subordinados, que também exercem a função de *compliance officers* (oficiais de cumprimento normativo). Caberá a esse delegante, dada sua posição superior hierárquica, supervisionar a regular atuação dos delegados para que esteja eximido de responsabilidade criminal por eventuais delitos que os últimos deixaram de evitar.

Como se vê, a possibilidade de delegação sucessiva de um dever, que incumbiria, originariamente, ao administrador da sociedade, é um dos fatores que complexifica a imputação de autoria nos delitos relacionados às atividades de uma estrutura coletiva.

Os *compliance officers* são “*profissionais dotados de expertise técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa com objetivo de prevenir ou minimizar os riscos da responsabilidade legal*”<sup>103</sup>. A atuação desses profissionais não se dá somente em relação aos riscos jurídicos, mas também àqueles provenientes de outras áreas de atuação da sociedade empresária.

Interessa ao presente artigo a possível responsabilidade dos oficiais de cumprimento jurídico – *se e quando* advogados forem –, cujas funções é analisar os riscos aos quais se submete a empresa diante de normas eminentemente jurídicas (isto é, não de natureza técnica, com o perdão da redundância). Nessa medida, a função exercida por esses profissionais se aproxima do aconselhamento ou do assessoramento jurídicos, objeto deste estudo, na medida em que, de forma similar, caberá e eles interpretar a correção das atividades desempenhadas pela empresa face ao ordenamento jurídico.

A atividade desempenhada por um oficial de cumprimento normativo está sendo abordada neste trabalho de forma separada do advogado que atua como assessor por uma razão metodológica simples: a responsabilidade paradigmática que incide sobre o primeiro pode não decorrer diretamente de uma opinião legal sua, tal como ocorre com o último, mas

---

<sup>102</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 82.

<sup>103</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 83.

de sua eventual omissão para evitar um resultado típico em função da posição de garante por ele assumida<sup>104</sup>.

Como apontado anteriormente neste capítulo, os delitos omissivos são caracterizados pela omissão de uma conduta devida. Dessa forma, é autor o portador do dever omitido, não aquele que domina a ação típica.

O oficial de conformidade possui deveres de garantia e vigilância na empresa, sendo apto a ser responsabilizado criminalmente a título de omissão imprópria após a constatação de um resultado típico em área que a ele incumbia supervisionar, desde que, é claro, estejam presentes os demais requisitos da imputação a título de omissão imprópria<sup>105</sup>. Sua possível imputação, portanto, seria consequência da não execução da ação que lhe era devida, dentro de sua respectiva esfera de competência.

As atividades de assessoramento jurídico desempenhadas para evitar resultados típicos dentro de uma empresa pelos *officers* atrairiam, assim, em razão dessa especial posição, a responsabilidade omissiva imprópria. Contudo, como assevera Heloisa Estellita, o dever desse profissional é cumprido, com maior frequência, quando ele “*dá cumprimento ao compromisso assumido com os órgãos de administração, ou seja, a transmissão da informação aos dirigentes*”<sup>106</sup>, uma vez que “*a competência de intervir para evitar diretamente o resultado não é delegada ao encarregado, mas permanece nas mãos do garantidor originário*”<sup>107</sup>. De forma semelhante, Tiago Caruso adverte que o dever do oficial de cumprimento normativo “*se esgota na transmissão de uma informação confiável, fundamentada, plausível e qualificada*”, uma vez que ele “*não consegue controlar a decisão que será tomada pelo consulente*”<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Deve-se alertar que a imputação por omissão imprópria possui limites dogmáticos e não implica em responsabilização objetiva decorrente exclusivamente da posição de garante, nem a necessidade de evitação de qualquer risco no seio de uma empresa. Exige-se (I) o conhecimento da situação omissiva típica; (II) a indicação da ação concreta que o omitente poderia praticar para que o resultado típico não se produzisse; e (III) a possibilidade de que esse agente pudesse, de fato, agir nesse sentido. Por todos: TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 389-412.

<sup>105</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 376. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais**. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 25, ns. 1 a 4, Coimbra, jan.-dez., 2015. p. 138-143.

<sup>106</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 224.

<sup>107</sup> Ibid. p. 221-222.

<sup>108</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 227.

Uma vez transmitida a informação sobre a existência de um risco delitivo identificado dentro da empresa, não há dúvidas de que o *compliance officer* terá cumprido a tarefa que lhe foi delegada, eximindo-se de responsabilidade jurídico-penal<sup>109</sup>, independentemente da decisão a ser tomada pelo agente garantidor a quem destinou essa informação.

Questão problemática – e que interessa a este estudo – se apresenta quando o oficial de cumprimento normativo avalia uma determinada situação fática e a considera regular, isto é, despida de risco à empresa, deixando, por conseguinte, de transmiti-la ao delegante. Sobre o tema, cabe reproduzir a reflexão de Cornelius Prittwitz: a ameaça de sancionar o *compliance officer* por toda e qualquer desconformidade encontrada na empresa o desestimula a identificar e reportar irregularidades, pois, constatado um resultado típico na estrutura coletiva, ele mesmo poderá ser considerado penalmente responsável por não o ter evitado<sup>110</sup>.

Nas hipóteses em que identifique uma potencial desconformidade normativa e conclua equivocadamente pela inexistência de um risco à empresa que posteriormente venha a se concretizar, o *compliance officer* terá *agido*, tendo realizado uma atividade de hermenêutica jurídica, embora sua conduta não tenha sido aquela necessária à evitação do resultado delitivo. Isso porque a conclusão pela ausência de risco foi fruto de uma análise jurídica feita por advogado no exercício dessa função.

O exercício desse cargo, contudo, não afasta as prerrogativas inerentes à atividade de aconselhamento jurídico desse profissional, como será aprofundado adiante. Nesse sentido, Carla Rahal Benedetti registra que

o fato de proferir parecer técnico ou qualquer consulta jurídica, o que se inclui o trabalho de *Criminal Compliance*, não justifica a responsabilidade penal do advogado por si só. Se, ao contrário fosse, estar-se-ia a admitir, impropriamente a responsabilidade penal objetiva<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> A conclusão é igual mesmo se o oficial de cumprimento transmitir a informação, acompanhada de uma recomendação de que o garante não aja. Nesse cenário, além de ter cumprido seu dever, não podendo ser responsabilizado a título de omissão imprópria, não aplicar-se-ia ao *compliance officer* a figura da dissuasão – categoria que abriga a instigação ao delito omissivo (abordada no tópico 1.3.2.2) –, uma vez que prevalece a prerrogativa do delegante de acolher ou não essa opinião. Nesse sentido, Nilo Batista pondera que “*a observância do dever compreende também o esquivar-se da tentação de violá-lo*”. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 91. Além disso, assevera o referido autor, em raciocínio que se aplica à atividade de consultoria jurídica, que “*a dissuasão que consista no esclarecimento, feito de boa-fé, de riscos reais pertinentes à operação de salvamento do bem não fundamenta autoria do tipo comissivo correspondente, e é impunível*”. Ibid. p. 92. Cabe ressaltar a hipótese excepcional de autoria mediata – já mencionada no tópico 1.3.2.2 e a ser aprofundada no tópico 3.1.3 –, na qual o *compliance officer* utilizaria o consultante como instrumento mantido em erro por seu parecer.

<sup>110</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**. In: Kuhlen, Lothar; Pablo Montiel, Juan; Urbina Gimeno, Íñigo Ortiz de. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 216-217.

<sup>111</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 99.

Portanto, muitas das considerações a serem exploradas adiante sobre a necessidade de se resguardar a autonomia do profissional que assessora juridicamente o gestor que ocupa a função de garante numa estrutura coletiva serão igualmente aproveitáveis ao causídico que ocupa essa posição, assim como os critérios deontológicos para avaliação da correção do aconselhamento.

Assim como ocorrerá com o consultor instigador, o consultor *compliance officer* poderá ser imputado a título culposo por um delito que preveja essa modalidade de imputação subjetiva, caso viole seu dever objetivo de cuidado em seu mister de apresentar uma opinião legal devidamente fundamentada. Para o primeiro profissional, o parecer defeituoso será considerado causa do delito executado diretamente pelo consulente cliente; quanto ao segundo, por sua vez, sua omissão em transmitir uma informação juridicamente aceitável ao consulente garantidor será considerada causa do resultado lesivo, pois se compreende que a subscrição de uma opinião legal correta (a ação que lhe era devida) evitaria o surgimento dos efeitos da ação típica.

Contudo, é importante registrar, desde já, que um dos axiomas deste trabalho, a ser aprofundado em seguida, é que o simples desacordo com a conclusão jurídica contida no parecer subscrito por um advogado não pode significar que ele tenha violado seu dever de cuidado no exercício de sua atividade. A simples divergência hermenêutica não deve ensejar a responsabilidade jurídico-penal do intérprete. Sustenta-se, aqui, que apenas nos casos de opiniões legais com conteúdo que não esteja adequadamente fundamentado ou com soluções manifestamente insustentáveis, nos termos a serem propostos, oportunamente, poderá se cogitar de culpa do parecerista em sentido penal.

Por fim, deve-se anotar que, havendo condutas comissivas e omissivas do oficial de cumprimento normativo *causais* do suposto delito a ele imputado, hipótese de concurso aparente de normas, deve prevalecer a norma mais grave, no caso, a responsabilidade por comissão<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 120-121.

## 2 PERCURSO HISTÓRICO DO CONCURSO DE PESSOAS E DA ATIVIDADE DE ACONSELHAMENTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Apresentadas as classificações mais importantes no estudo do concurso de pessoas, bem como as diferentes teorias que almejaram a diferenciação entre autoria e participação, torna-se mais fácil discorrer sobre a história legislativa da atividade de aconselhamento no Brasil, a partir da comparação das disposições sobre o tema nos diferentes códigos. O percurso terá como marco inicial o Código Criminal do Império, pois, como adverte Nilo Batista, as Ordenações Filipinas “*não possuíam – como de resto, comum nas leis de sua época – sequer um embrião de parte geral (...), onde se inserisse alguma norma sobre concurso de agentes*”<sup>113</sup>.

Nessa tentativa, será dedicada especial atenção ao tratamento jurídico de cada legislação ao concurso de pessoas, com foco na atividade de aconselhamento, que englobará o assessoramento jurídico, foco desta dissertação, com o objetivo de reunir obstáculos elencados pela doutrina à responsabilização criminal de consultores (quarto capítulo) e consulentes (quinto capítulo) no direito penal brasileiro.

### 2.1 Código Criminal de 1830

Elaborado a partir de mandamento da Constituição Política do Império do Brasil (art. 179, inc. XVIII), outorgada por Dom Pedro I em 24 de março de 1824, o Código Criminal do Império do Brasil foi publicado somente no dia 16 de dezembro de 1830<sup>114</sup>. Teve como fonte principal o projeto apresentado à Câmara Legislativa no dia 4 de maio de 1827, por Bernardo Pereira de Vasconcellos<sup>115</sup>. Seu conteúdo estava inserido em “*dois grandes eixos, no primeiro*

<sup>113</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 3.

<sup>114</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”. BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>115</sup> Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 125; BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 40; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 208.

*dos quais encontramos a contradição entre o liberalismo e a escravidão, e o no segundo o movimento político de descentralização e centralização*<sup>116</sup>.

Os principais dispositivos do referido *codex* que dizem respeito ao concurso de pessoas e, por isso, merecem reprodução são os seguintes:

Art. 4º São criminosos, como autores, os que commetterem, constrangerem, ou mandarem alguém commetter crimes.

Art. 5º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes.

Art. 6º Serão também considerados complices:

1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram.

2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commetterem, ou pretendem commetter taes crimes.

Art. 16. São circumstancias agravantes:

(...)

11. Ter o delinquente commettido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa.

(...)

17. Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.

Art. 18. São circumstancias attenuantes dos crimes:

(...)

7º Ter o delinquente commettido o crime, aterrado de ameaças.

Art. 34. A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.

Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo grão a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de degredo, ou de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos.

Art. 35. A complicitade será punida com as penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente<sup>117</sup>.

Como se vê, o Código Criminal de 1830 apresentava um conceito restritivo de autor, que diferenciava autoria (art. 4º) e cumplicidade (art. 5º e 6º)<sup>118</sup>. Ao mesmo tempo, previa um sistema diferenciador das penalidades, ao estabelecer para a cumplicidade sanção equivalente

<sup>116</sup> BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 33.

<sup>117</sup> BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o Codigo Criminal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>118</sup> Para os delitos de imprensa, a lei adotava um conceito mais amplo de autor, refutando, ao mesmo tempo, a possibilidade de cumplicidade. Nesse sentido: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 3-4.

àquela prevista para o delito tentado (art. 35), que seria, por sua vez, a pena do delito consumado reduzida de um terço (art. 34)<sup>119</sup>. Ainda quanto ao concurso de agentes, o Código trazia agravantes para os casos de crimes praticados a paga ou por promessa de recompensa (art. 16, §11) e para aqueles praticados mediante prévio ajuste (art. 18, §7º), ao mesmo tempo que contava com uma atenuante para os delitos praticados sob ameaça, desde que não houve coação física ou moral irresistível (art. 18, §7º c/c art. 10, §3º).

Há, sem dúvidas, dispositivos do Código Imperial que não encontram guarida na evolução dogmática do concurso de agentes. Se, por um lado, o art. 4º parece acolher a autoria direta (“cometerem”), uma possibilidade de autoria mediata (“constrangerem”) e a coautoria (diante da agravante prevista no art. 16, §17), por outro equipara à autoria a instigação (“mandarem alguém cometer”), o que denota uma influência da teoria subjetiva em sua redação. Ainda, são elevadas à categoria de cumplicidade punível formas participativas *ex post facto* (art. 6º, §1º e 2º)<sup>120</sup>, que atualmente seriam classificadas, respectivamente, como os delitos de receptação (art. 180, CP) ou de favorecimento pessoal (art. 348, CP). Antonio Luiz Ferreira Tinoco anotava, nesse sentido, que a “*complicidade pôde dar-se antes, durante ou depois da execução do crime*”<sup>121</sup>. A lei não distinguia a possibilidade de excesso dos co-intervenientes, problema que veio a ser resolvido pela doutrina, conforme será explicado adiante.

Beatriz Corrêa Camargo recorda que, apesar do Código Criminal de 1830 se propor a apresentar uma distinção textual entre autor e partícipe, seus dispositivos foram criticados por Tobias Barreto, em sua obra *Mandato Criminal*, demonstrando, justamente, “*o embate entre uma definição detalhada dos modos de responder pelo crime em contraposição a uma definição simples e concisa*”<sup>122</sup>. Com efeito, Barreto possuía uma “*tendência positivista-*

<sup>119</sup> Thomaz Alves Junior afirma que na tentativa de distinguir autores e cúmplices, o Código Criminal de 1830 seria um “*daquelles que se esforço para fazer a gradação da penalidade, diferenciando os grãos de perversidade de um delicto*”. ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 156.

<sup>120</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. Como aponta Nilo Batista em: p. 5-6.

<sup>121</sup> TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brazil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 23. Vale ressaltar que, já em 1864, Thomaz Alves Junior criticava a possibilidade de cumplicidade *ex post facto*: “*em regra de jurisprudência criminal não se pôde reconhecer os factos descriptos no art. 6º §§ 1º e 2º como complicidade: são violações de direito que exigem uma sanção, nunca, porém, como complicidade, e sim como crimes sui generis*”: ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 170.

<sup>122</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 26.

*naturalista*” que veio a “*se impor na legislação brasileira, culminando no sistema adotado pelo Código Penal de 1940, em grande parte mantido pelo legislador de 1984*”<sup>123</sup>.

A noção de mandato criminal é sobretudo relevante para análise de qual seria a classificação do assessoramento jurídico segundo o referido diploma penal. De início ressalva Tobias Barreto, “*importa observar que o Código não usa da mesma expressão mandato; foi a doutrina que a creou e a introduziu na praxe*”<sup>124</sup>.

Redigido sob um paradigma eminentemente causal de ação, consagrado pelo art. 2º, § 1º, o código considerava criminosa toda a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais, desde que houvesse “*má fé*”, isto é, “*conhecimento do mal, e intenção de o praticar*” (art. 3º), demonstrando a confusão conceitual entre tipicidade subjetiva e culpabilidade. Braz Florentino comenta que “*à voluntariedade da acção ou omissão deve acompanhar a voluntariedade do resultado*”<sup>125</sup>; nessa toada, quanto aos elementos subjetivos do mandato criminal, Tobias Barreto afirmava ser “*evidente que o dolus lhe é essencial*” e que não haveria mandato culposo, o que ensejaria uma autoria mediata provocada por erro de terceiro, denominada de mandato aparente<sup>126</sup>.

Repita-se que Tobias Barreto se preocupava com eventuais lacunas na responsabilização a título de autoria decorrentes da redação do art. 4º do Código Criminal de 1830, especialmente nos delitos próprios, que não admitem, por definição, autoria mediata<sup>127</sup>. Defensor da equiparação do mandatário à categoria de autor trazida pela legislação, Barreto criticava interpretações restritivas dessa terceira forma de autoria delitiva prevista no *codex imperial*<sup>128</sup>. Uma dessa leituras consta do estudo de Thomaz Alves Junior, para quem

a palavra *mandar* não enuncia relação entre superior e inferior, e sim entre dous iguaes; é o mandato consignado em direito, isto é, o contrato pelo qual alguém delega a outro o poder de fazer alguma coisa e o outro aceita aquillo que se lhe delega, e executa uma verdadeira comissão. Com razão em tal caso o mandante deve ser considerado autor do crime, pois, como aquelle, que constringe, é a causa mediata, o provocador do crime. Em tal circumstancia, o gráo de perversidade equipara o mandante ao executor, e ambos devem ser punidos com igual pena, pois que uma convenção criminosa em que ambos pensão e deliberão a sangue frio<sup>129</sup>.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892. p. 229.

<sup>125</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 108.

<sup>126</sup> BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892. p. 242-243.

<sup>127</sup> Ibid. p. 228.

<sup>128</sup> Ibid. p. 238.

<sup>129</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 159.

Para o jurista sergipano, por sua vez, “*os autores mencionados na ultima parte do art. 4 vão além os que ordenam, comissionam ou encarregam outrem da perpetração de um crime*”, razão pela qual inclui nessa categoria, também, a partir da tradição jurídica romana, “*os instigadores, provocadores e maus conselheiros na genetica do crime*”<sup>130</sup>. Aqui, Tobias Barreto inclui expressamente o conselho<sup>131</sup>.

Contudo, a condição de mandante dependeria da capacidade de “*determinar o mandatário, por um meio eficaz, á pratica do delicto*”, pois, caso sua intervenção se limitasse a “*confirmar e reforçar no autor a deliberação já existente*”, haveria mera “*cumplicidade intellectual*”<sup>132</sup>. Tobias Barreto registra, ainda, que “*a vontade dolosa do mandante é sempre anterior à vontade dolosa do mandatário*”<sup>133</sup>. Precursor da atual instigação, o mandato parecia limitado, assim, ao que hoje se compreende como determinação, ao passo que a instigação propriamente dita seria, segundo a lei da época, tratada como ação de cumplicidade<sup>134</sup>.

Portanto, nos termos propostos pelo presente estudo, tendo em vista que, via de regra, a busca pela consulta é um sinal de predisposição do consulente em realizar o possível fato em tese criminoso, a responsabilidade do consultor se daria, de acordo com o Código Criminal de 1830, a título de cumplicidade. Em entendimento semelhante, Thomaz Alves Junior advoga que, “*segundo o nosso Codigo o que dá conselho não é autor, porque não está compreendido no art. 4º*”, e arremata propondo que, “*se o conselho der causa ao delicto, o conselheiro não é mais do que agente secundário do crime, que para ele concorreu directamente; é na verdade complice, segundo o art. 5º*”<sup>135</sup>.

Isto é, para Thomaz Alves Junior, não seria *qualquer* conselho punível segundo o direito penal brasileiro. Como um adendo, o penalista menciona que o Código Penal português de 1852 – que teve forte influência do aludido diploma brasileiro<sup>136</sup> – estabelecia como autores “*os que aconselham, quando o conselho fôr causa determinante, e sem elle não se executaria o crime*” (art. 25º, § 4º) e como cúmplices “*os que aconselham, sendo o conselho alguma das causas determinantes do crime*” (art. 26º, § 1º). Novamente

<sup>130</sup> BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892. p. 230 e 236, respectivamente.

<sup>131</sup> Ibid. p. 242.

<sup>132</sup> Ibid. p. 241.

<sup>133</sup> Ibid. p. 242.

<sup>134</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 5 -6 e 182.

<sup>135</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 162.

<sup>136</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 126-127.

minimizando a importância do conselho (“o conselho é sempre uma parte secundária do crime”), Thomaz Alves Junior reproduz importante crítica de Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, o Conselheiro Ferrão, sobre esses dispositivos da legislação portuguesa: “o conselho, por mais qualificado que seja, difficilmente poderá converter-se em acto da mesma importância e igualmente punível como o próprio facto criminoso”<sup>137</sup>.

As passagens transcritas acima refletem o estágio do desenvolvimento da dogmática penal de seu tempo, com suas respectivas limitações. Mais do que a conceituação como cumplicidade segundo a legislação da época, pode-se extrair relevantes contribuições dos aludidos estudos do Código Criminal de 1830 que serão úteis à análise contemporânea da participação criminal por meio de consultoria jurídica. Algumas questões postas pelos comentadores do período repercutem até hoje, como: (I) a necessidade de que a ação principal tenha sido ao menos tentada para punição da cumplicidade<sup>138</sup>, indiciando a natureza acessória da participação em relação à autoria<sup>139</sup>; (II); a negação de participação por ratificação a um fato praticado<sup>140</sup>; e (III) a limitação da responsabilidade do instigador pelo excesso praticado pelo instigado, por meio da indicação de um elemento volitivo em relação ao resultado da ação principal<sup>141</sup>.

## 2.2 Código Penal de 1890

---

<sup>137</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 166.

<sup>138</sup> De forma clara, disserta Thomaz Alves Junior que, “*embora haja contrato proposto e aceito, e o crime se não revela, não ha crime que aliás se havia projectado, e nem o mandante nem o mandatario são responsáveis. A razão é clara e obvia, e vem a ser porque o pensamento só é crime, no mundo externo, quando ha principio de execução manifestado por actos exteriores: a convenção ilícita póde estar definida como crime, mas neste caso a responsabilidade é diversa*”: ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 161. Tobias Barreto, na seguinte passagem: “*que essa outra pessoa, em virtude da determinação de sua vontade por intermedio do mandante, tenha commettido a acção respectiva*”: BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892. p. 241.

<sup>139</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 241.

<sup>140</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 161. Nesse sentido: “*A vontade dolosa do mandante é sempre anterior á vontade dolosa do mandatario. Esta circumstancia torna comprehensivel que o mandato, quando se dirige a um jam alies facturus, se reduza a simples cumplicidade, bem como que a aprovação posterior dada a um crime, por mais significativa que ella seja, não possa todavia assumir o caracter de autoria moral*”. BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892. p. 241.

<sup>141</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 161; BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal**. In *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892. p. 247.

Após a Proclamação da República, realizada no dia 15 de novembro de 1889, o ministro da justiça do Governo Provisório, Campos Salles, encarregou o professor João Batista Pereira da elaboração de um novo Código Penal. O trabalho legislativo foi rapidamente concluído, sendo promulgado o novo diploma no dia 11 de outubro de 1890, antes mesmo da promulgação da primeira constituição republicana brasileira, datada de 24 de fevereiro de 1891<sup>142</sup>. A pressa na produção do código é uma das causas apontadas pela doutrina para as várias críticas endereçadas ao texto, desde questões de técnica legislativa até o tratamento de diversos institutos em descompasso com as contribuições contemporâneas da dogmática<sup>143</sup>.

As muitas críticas formuladas pelo Código Penal de 1890 deram origem a vários projetos visando sua reforma ou mesmo substituição, antes da edição do Código Penal de 1940: o projeto Vieira de Araújo (de 1893), o projeto Galdino Siqueira (de 1913), as três versões do Sá Pereira (de 1927, 1928 e 1930) e o projeto Alcântara Machado (de 1938)<sup>144</sup>. Breves exposições sobre os tratamentos conferidos por cada um desses programas criminalizantes ao concurso de agentes foram feitas por Nilo Batista<sup>145</sup>, mas fogem ao alcance da presente dissertação.

No que toca à disciplina do concurso de agentes, o Código Penal de 1890 em pouco diferiu do Código Criminal de 1830. O tema foi normatizado pelos seguintes dispositivos:

Art. 17. Os agentes do crime são autores ou cúmplices.

Art. 18. São autores:

§ 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

<sup>142</sup> BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>143</sup> Nesse sentido: GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 246. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 127-128; BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 66-68; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 210-211.

<sup>144</sup> Nesse sentido: CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, v. 6, n° 24, out./dez. 1969. p. 120-121. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2021; COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 64-65. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 127-128; BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 68-69 e 83-84; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 211-213. ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal: Parte Geral, 1º vol.** 3. ed. Recife: Inojosa Editores, 1977. p. 67.

<sup>145</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 11-14.

§ 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica;

§ 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio, sem o qual o crime não seria cometido;

§ 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.

Art. 19. Aquelle que manar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsável como autor:

§ 1º Por qualquer outro crime que o executor cometer para executar o de que se encarregou;

§ 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.

Art. 20. Cessará a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime.

Art. 21. Serão cúmplices:

§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para cometê-lo, e prestarem auxílio á sua execução;

§ 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxílio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios;

§ 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem;

§ 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem.

Art. 39. São circunstancias aggravantes:

(...)

§ 10. Ter o delinquente cometido o crime por paga ou promessa de recompensa;

(...)

§ 13. Ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos;

Art. 42. São circunstancias attenuantes:

(...)

§ 7º Ter o delinquente cometido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel;

§ 8º Ter o delinquente cometido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico;

Art. 63. A tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.

Art. 64. A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> BRASIL. Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021. Para os crimes de imprensa havia, tal como no Código Criminal de 1830, um tratamento específico para a autoria delitiva, prevista nos arts. 22 e 23, uma espécie de “responsabilidade solidária”: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 7. Cabe destacar que o Código Penal de 1890 inaugurou uma classificação bipartida das espécies de infrações penais baseadas na gravidade das sanções a elas cominadas, divididas em crimes e contravenções (art. 2º c/c 7º e 8º). Por força da incidência do princípio da legalidade na interpretação do art. 17, que mencionava apenas “*os agentes do crime*”, a doutrina questionou se as regras atinentes ao concurso de pessoas alcançariam apenas os crimes e não as contravenções penais. No sentido de alcançarem: SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 83. Subsiste, até hoje, a divisão das infrações penais em crimes e contravenções penais; a possibilidade de concurso de pessoas em contravenções penais, contudo, foi resolvida pelo art. 1º da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n° 3.688,

Apesar de ter mantido a diferenciação expressa contido no Código Imperial entre autores e cúmplices (art. 17), bem como a previsão de uma penalidade reduzida para os últimos em relação àquela aplicada aos primeiros (art. 63 c/c 64)<sup>147</sup>, a novel legislação teve como aspecto mais significativo a “*elaboração de uma conceituação bastante minuciosa das figuras do autor e do cúmplice, com descrições dos meios empregados e referência à importância da conduta para a execução do crime*”<sup>148</sup>.

As hipóteses de autoria delitiva (art. 18) foram ampliadas para abarcar (I) a resolução e execução pessoal do crime (§ 1º); (II) a instigação de delito praticado por outrem, por um dos meios previstos em lei, inclusive o mandato criminal (§ 2º); (III) a atualmente denominada cumplicidade necessária (§ 3º); e (IV) a execução direta de delito determinado por outrem (§ 4º). No art. 19, *caput*, o legislador considerou como contribuições de autoria duas formas intervenções delitivas, tratadas, hoje, como instigação, que estavam abrangidas, à época, sob a categoria do mandato criminal; os dois parágrafos desse dispositivo preveem, ainda, a responsabilidade do mandante por qualquer crime executado pelo mandatário como meio ou como consequência do delito instigado, num retrocesso jurídico, no que tange ao princípio da culpabilidade, em relação à legislação anterior. Essa responsabilidade ampliada do mandante cessaria apenas quando cessada sua cooperação ao crime (art. 20).

Por outro lado, pode-se afirmar que o Código Penal de 1890 restringiu a cumplicidade (art. 21). Embora tenha previsto quatro hipóteses de ações de cumplicidade, contra duas contidas no Código Criminal de 1830 (art. 6, § 1º e 2º), a nova codificação não reproduziu a cláusula geral que definia como cúmplice todos que concorressem diretamente para a prática de crimes (art. 6º, § 2º). Dessa maneira, segundo o Código Batista Pereira, seria cúmplice aquele que (I), não tendo resolvido ou provocado o crime, fornecesse instruções para o seu cometimento ou prestasse auxílio a sua execução (art. 21, § 1º); (II) promettesse, antes ou depois da execução, auxílio ao autor para fugir, ocultar ou suprimir instrumentos e provas do crime (art. 21, § 2º); (III) recebesse, ocultasse ou comprasse bens produto de crimes (art. 21, § 3º); e (IV) aquele que desse asilo ou morada para assassinos e ladrões (art. 21, § 4º) – dois últimos dispositivos similares àqueles previstos no art. 6º, § 1º e 2º do Código de 1830.

---

de 3 de outubro de 1941), ao prever que se aplicam “*as contravenções às regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso*”.

<sup>147</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 7-8.

<sup>148</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 71.

Comentando as alterações trazidas pelo primeiro código penal republicano, Beatriz Corrêa Camargo aponta que

as circunstâncias atenuantes e agravantes dos arts. 39 (§§ 10 e 13) e art. 42 (§§ 7º e 8º) mantiveram, no entanto, basicamente a mesma lógica do Código Criminal de 1830, distinguindo-se apenas pela adição da hipótese em que o autor se encontra submetido ao poder de seu superior hierárquico<sup>149</sup>.

Na apreciação do Código de 1890 e de suas novidades no tratamento do concurso de agentes, a doutrina nacional, sobretudo na pessoa de Costa e Silva, ofereceu importantes contribuições à teoria do concurso de agentes. É possível listar etapas do gradual reconhecimento da natureza acessória da participação em relação à autoria, como a necessidade do fato principal possuir caráter ilícito (a acessoriedade limitada)<sup>150</sup> e de ter sido ao menos tentado (o princípio da executoriedade)<sup>151</sup>. Por meio de comentários à tipicidade subjetiva do partícipe, defendeu-se, ainda, a impossibilidade de participação culposa em delitos dolosos<sup>152</sup> e de participação em delitos culposos<sup>153</sup> (o princípio da convergência ou da

<sup>149</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 72.

<sup>150</sup> Costa e Silva registra que “*não existe concorrência criminosa, se o facto não constitue crime, como no suicídio. O inductor ou auxiliador commette um crime sui generis*”. SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 82. Entendimento semelhante: “*para que a participação seja punível é necessario que preencha os seguintes requisitos: 1) que se refira a uma acção punível como crime (...)*”. SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 209.

<sup>151</sup> “*Ha tentativa de participação quando os actos, pelos quaes se pretendeu tomar parte em uma infracção, não surtiram efeito, ou não tiveram influencia sobre a mesma infracção. Se a infracção, em que se pretendeu participar, não teve começo de execução, uma tentativa de participação não se pôde conceber, por isso que é impossível cooperar em uma empresa que não foi começada*” SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 212. “*A responsabilidade criminal do instigador começa com a do autor physico. Se esta não se decide á pratica do crime, se dela desiste, após havel-a principiado, ainda em tempo oportuno, não incorre aquelle em qualquer pena*”. SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 95.

<sup>152</sup> Nesse sentido, Costa e Silva menciona que “*concebe-se perfeitamente que alguém concorra para acção criminosa de outrem, sem o saber; nesse caso, é possível se verifique um delicto culposos, não, porém, uma cumplicidade*”. SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 105-106. Oscar de Macedo Soares, embora afirme não haver “*cumplicidade criminal, senão quando o concurso, que a constitue, é prestado dolosamente*”, admite participação culposa em razão da modalidade “recebimento” do art. 21, § 3º, equivalente ao atual delito de receptação culposa: SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 50 e 53, respectivamente.

<sup>153</sup> “*Entende-se por concorrência criminosa (concurso plurium ad idem delictum) a sciente e voluntaria cooperação de duas ou mais pessoas em um mesmo crime, compartilhando a respectiva responsabilidade. Desta definição se conclue imediatamente que não é bastante uma simples cooperação material: faz-se mistér a voluntas sceleris, pouco importando que essa vontade tenha sido communicada aos outros participantes ou destes não seja conhecida. Por ausencia deste requisito, não é possível a concorrência criminosa nos delictos*

homogeneidade do elemento subjetivo). Também a partir das exigências quanto ao dolo, foi oferecida solução alternativa – e comparativamente mais redutora do poder punitivo – àquela contida no código para o excesso do mandatário (ou do coautor) em relação ao planejado pelo mandante<sup>154</sup>.

Apesar da legislação se manter silente sobre esses temas, os intérpretes do Código Penal de 1890 dedicaram atenção à comunicabilidade das circunstâncias subjetivas e objetivas aos demais intervenientes no fato criminoso<sup>155</sup> e à possibilidade de desistência voluntária e arrependimento eficaz no concurso de agentes<sup>156</sup>.

Cabe destacar aqui, porque interessante à atividade de aconselhamento jurídico, os comentários acerca da chamada autoria intelectual ou psíquica, categoria dogmática atualmente superada. Essa autoria seria, segundo Basileu Garcia, a determinação da atuação criminosa, ao passo que a autoria material ou física consistiria na execução do delito<sup>157</sup>. Embora o Código Penal de 1890 previsse a possibilidade de um mesmo agente ser autor intelectual e material do delito – a atual autoria direta ou individual - (art. 18, § 1º)<sup>158</sup>, a controvérsia residiria nas hipóteses de intervenções puramente intelectuais num delito materialmente realizado por outrem, que poderiam configurar a autoria do art. 18, § 2º, ou a cumplicidade do art. 21, § 1º.

Como ressalta Macedo de Soares<sup>159</sup>, a diferenciação entre autoria e cumplicidade, no referido marco teórico, partiria da circunstância de o art. 21, § 1º, ter em seu alcance, por

*culposos*”: SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 81, “*Por isso que a participação em uma infração somente é punível quando intencional, resultante de prévio concerto, é evidente que não se pôde verificar nos delictos culposos*”. SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 217.

<sup>154</sup> “*Perante o nosso código, fielmente interpretado, o provocador ou mandante é responsável pelo delicto que serviu de meio, assim como pelo que resultou do crime objecto da instigação. Não é necessario que o provocador ou mandante tenha querido ou sequer previsto o novo delicto. Há ahi uma engulhosa presumpção de culpa. Todas as distinções que se não deparam nos escriptores entre instigação (autoria intellectual) determinada e indeterminada, excesso nos meios e excesso na execução, etc., difficilmente se harmonizam com o texto rigido e insofismavel do artigo supra. Doutrinariamente, é indefensável a ampla responsabilidade que o legislador pátrio adoptou*”. Por todos: SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 100. Esse autor também refutava a aplicação do art. 19 à cumplicidade. *Ibid.* p. 106.

<sup>155</sup> *Ibid.* p. 116-118.

<sup>156</sup> *Ibid.* p. 103-104.

<sup>157</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 668.

<sup>158</sup> Nesse sentido: SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 220-221.

<sup>159</sup> SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 50.

expressa disposição legal, aqueles que não tenham “*resolvido ou provocado de qualquer modo o delito*”. Além de, à época, a cumplicidade depender, *lege lata*, da inexistência de determinação ou instigação ao delito, outro traço característico da autoria intelectual do art. 18, § 2º, seria o emprego pelo sujeito dos meios indicados na lei para provocação ou determinação do instigado, quais sejam dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica. Apesar da diferença “*mais ou menos acentuada*” entre essas modalidades, havia na doutrina intensa discussão sobre a natureza taxativa ou exemplificativa do rol desse dispositivo<sup>160</sup>.

Entre as intervenções típicas de autoria elencadas pela lei, a mais interessante para esse estudo seria o já mencionado mandato criminal, posto que a atual instigação é considerada sua herdeira. Para Costa e Silva, essa figura estaria configurada quando o mandante, “*em seu próprio interesse, commette a outrem a execução de um delicto*”<sup>161</sup>. Galdino Siqueira distingue o mandato simples – “*a comissão dada a alguém para commetter um crime no interesse e por conta exclusiva de quem a confere, ou do mandante*” – do qualificado – que estaria configurado quando “*o mandatario tem também interesse no commettimento do crime, despertado pelas dadivas, promessas ou pelo temor de mal futuro*”<sup>162</sup>.

Contudo, para Basileu Garcia “*o conselho, como influência criminosa, (...) não estava incluído*” no rol do art. 18, § 2º<sup>163</sup>. Da mesma forma, Macedo Soares assevera que “*no conselho não há mandato; nem constitue meio de provocação e determinação*”<sup>164</sup>. Sobre o aludido dispositivo legal, Galdino Siqueira “*na enumeração feita pelo nosso código não se encontra o conselho*”<sup>165</sup>.

Nos limites propostos por esta dissertação, a atividade de assessoramento jurídico não encontraria, via de regra, guarida no conceito de autoria intelectual, nem mesmo no de mandato criminal, segundo o Código de 1980. Além do argumento de *lege ferenda* exposto (o

<sup>160</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 668.

<sup>161</sup> SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 92-93.

<sup>162</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 229 e 231, respectivamente.

<sup>163</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 669.

<sup>164</sup> SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 45.

<sup>165</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 228.

*fazer surgir* em outrem a deliberação criminosa), já se registrou que, na relação entre advogado e cliente, o próprio ato do consulente de se assessorar com um advogado costuma ser indício de sua predisposição a realizar o ato sobre cuja licitude não se tem certeza.

Segundo o Código Batista Pereira, restaria para a consultoria jurídica o enquadramento, em tese, como cumplicidade, por meio da equiparação dessa conduta ao fornecimento de instruções previsto no art. 21, §1º. Sobre essa categoria prevista no Código Penal de 1890, aponta Costa e Silva que “*fornecer instruções significar dar scientemente informações ou esclarecimentos que sirvam para facilitar ou tornar possível a execução do delito*”, orientações essas que “*não implicam a idéia de um plano minucioso, com previsão dos obstáculos e indicação dos meios de superal-os*”<sup>166</sup>. Em linha semelhante, Macedo Soares registra que o conselho “*é um aviso, uma opinião, que cada qual deve apreciar por si, que se apropria, sem obedece-la*”, razão pela qual opiniões não seriam “*assás poderosos para determinar a vontade d’aquelles a quem são dados*”<sup>167</sup>. Por isso, conclui que

O fornecimento de *instruções* constitue participação intelectual no crime não pode ser confundido com o conselho, porque na *instrução* o cúmplice vaee além do conselho, *instrue, ensina, esclarece*, explica como deve ser o crime realizado. A *instrução* revela maior interesse, o desejo de *auxiliar* o criminoso<sup>168</sup>.

Essas considerações são especialmente relevantes para a moderna distinção entre o aconselhamento como mero parecer (instigação) e como direção da empreitada criminosa (coautoria).

Mesmo que endereçados à figura do mandatário, então autor intelectual, cabe trazer à lume duas objeções formuladas por Galdino Siqueira que igualmente poder impedir o surgimento da participação criminal por meio do aconselhamento jurídico, atualmente: (I) a determinação de quem já está resolvido a praticar o crime – o chamado *omnino do facturus*<sup>169</sup>; e (II) a imputação decorrente da ratificação posterior do delito, ao contrário do que estabelece no direito civil o brocardo *in maleficio rati habitio mandato comparatur* de Ulpiano<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 107.

<sup>167</sup> SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 50-51.

<sup>168</sup> Ibid. p. 51.

<sup>169</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 227.

<sup>170</sup> Ibid. p. 230. Sobre a influência desse brocardo no direito civil: POUSADA, Estevan Lo Ré. **Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31082010-084341/publico/versao\\_definitiva\\_13\\_01\\_2010.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31082010-084341/publico/versao_definitiva_13_01_2010.pdf)>. Acesso em 13.abr.2022.

Como asseverado anteriormente, a interpretação de uma atividade segundo uma legislação já revogada, como o Código de 1890, mais do que um exercício arqueológico, representa uma tentativa de construir o significado histórico do aconselhamento no Direito Penal brasileiro, bem como reunir um arsenal teórico que vise restringir a imputação contemporânea de consultores e consultentes.

Dessa maneira, o Código Batista Pereira propiciou limitações punitivas apresentadas pela doutrina incidentes à atividade de assessoramento jurídico, como: (I) distinção entre o mero conselho e o fornecimento detalhado de instruções necessárias à prática do delito, principalmente decorrentes; (II) exigências superiores a nível de tipicidade subjetiva para tipicidade da conduta do consultor, com a exclusão de participação decorrente de culpa ou da participação em delito culposos; e (III) limitações temporais (proibição de responsabilidade após cessação da cooperação no crime ou por ratificação a delito previamente realizado) e objetivas (vedação da instigação daquele já determinado à prática delitiva).

### 2.3 Código Penal de 1940

O Código Criminal de 1890 foi substituído pelo diploma decretado no dia 8 de dezembro de 1940. Como relata o então ministro da justiça Francisco Campos na exposição de motivos do código, seu texto teve como origem a versão do projeto Alcântara Machado entregue em 1938, posteriormente revisado por uma comissão de juristas<sup>171</sup>.

O novel diploma, em suas disposições originais, é o mais sucinto da história penal brasileira no que tange ao concurso de pessoas, resumido aos artigos reproduzidos abaixo:

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 18. Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Pena da co-autoria

Art. 25. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 26. Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Casos de impunibilidade

---

<sup>171</sup> Nesse sentido: CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In Revista de Informação Legislativa, São Paulo, v. 6, n° 24, out./dez. 1969. p. 120-121. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2021

Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único)

Agravantes no caso de concurso de agentes

Art. 45. A pena é ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Atenuação especial da pena

Circunstâncias atenuantes

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido<sup>172</sup>.

O tratamento conferido pelo Código Penal de 1940 difere completamente daquele atribuídos pelas legislações brasileiras anteriores. Utilizou-se em seu art. 25 do conceito mais extensivo de autor da nossa história jurídico-penal, com base puramente causal. Embora o texto reconheça distintas espécies de intervenção delitiva no art. 27 (o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio), a legislação atribuía a todas elas as mesmas penalidades. Como asseverou Francisco Campos,

o projeto tentou abolir a diferenciação autores e cúmplices, considerando, com base na teoria da equivalência das causas também adotada, que “quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade<sup>173</sup>.

Como destaca Nilo Batista, foram poucas as críticas doutrinárias endereçadas ao texto original do código, a partir da compreensão de que o sistema unitário de contribuições delitivas e o conceito extensivo de autor adotados seriam uma “*imperativa consequência lógica da posição anteriormente assumida, no tratamento legal da causalidade*”<sup>174</sup> ou, nos termos da própria Exposição de Motivos, mero “*corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11*”<sup>175</sup> (correspondente ao atual art. 13). A nova legislação estabeleceu,

<sup>172</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>173</sup> CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In Revista de Informação Legislativa, São Paulo, v. 6, nº 24, out./dez. 1969. p. 120. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2021.

<sup>174</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 16.

<sup>175</sup> CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In Revista de Informação Legislativa, São Paulo, v. 6, nº 24, out./dez. 1969. p. 120. Disponível em:

expressamente, a comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, ressalvadas aquelas elementares do crime (o então art. 26 e atual art. 30).

Da mesma maneira que não se discorreu sobre os projetos legislativos anteriores ao Código Criminal de 1830 ou ao Código Penal de 1890, entende-se que não cabe a este trabalho versar sobre o tratamento do concurso de agentes conferido pelo Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969) que, embora promulgado, não entrou em vigor até ser expressamente revogado pela Lei Federal nº 6.578, de 11 de outubro de 1978).

Há que se destacar, contudo, as alterações promovidas pela reforma da parte geral do Código Penal de 1940, por meio da Lei Federal nº 7.209/1984. Todavia, a comparação entre as normas da redação original (reproduzidas acima) e aquelas atualmente vigentes no Código Penal de 1940 (dispostas no tópico 1.1) conduz à conclusão de que, no que tange ao concurso de agentes, a *reforma* não foi tão profunda.

A redação do art. 29, caput, do Código Penal pouco diferiu daquela do antigo art. 25, caput, do código, acrescentando apenas a expressão “*na medida de sua culpabilidade*”, refletindo uma preocupação dogmática com uma adequada individualização da pena de cada interveniente<sup>176</sup>. Assim, foi mantido na legislação um conceito extensivo de autor, no qual todos os intervenientes seriam, *a priori*, autores das ações típicas. Também a introdução dos dois parágrafos do art. 29, que não encontram pares no diploma original, demonstraram preocupações com o princípio da culpabilidade: a causa de diminuição de pena prevista para a participação de menor importância – que reduz a reprimenda de um sexto a um terço (§ 1º); e a restrição da imputabilidade do resultado mais grave em caso excesso de coautor ou do instigado, que, ao contrário do original art. 48, parágrafo único, ocorreria sempre, ensejando também um acréscimo menor em sua pena (§ 2º)<sup>177</sup>.

---

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2021.

<sup>176</sup> GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 57-61. BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 69-71.

<sup>177</sup> Cabe aqui registrar a crítica de Luís Greco e Adriano Teixeira a esse dispositivo legal. Como registram os autores, “*não vislumbramos razões que expliquem por, em casos dessa ordem, não se aplicam simplesmente as regras do crime culposos e do concurso formal de crimes*”. GRECO; Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 72-73. Isso decorre da constatação de que, em certos casos, pode-se imputar a um dos concorrentes – aumentando sua pena até metade – o delito mais grave (se previsível) que constitui excesso do outro concorrente, mesmo quando não houver modalidade culposa para esse crime. Essa hipótese não seria permitida, porém, se aplicada a regra do concurso

É suficiente, por ora, ressaltar o percurso da disciplina do concurso de agentes, por meio do realce às modificações feitas no código desde sua edição em 1940. Não é necessário esmiuçar, como feito nos códigos anteriores (tópicos 2.3.1 e 2.3.2), todas as questões relativas à autoria e à participação do Código de 1940, porque apenas parte de suas disposições legais foi alterada e muito da construção doutrinária e jurisprudencial sobre essas normas permanece. O aprofundamento dessas questões, especialmente as hipóteses de autoria mediata aceitas pela atual redação do código, à luz da teoria do domínio do fato, já foi realizada no tópico 1.3.

É importante, para o objetivo desse trabalho, o enquadramento do aconselhamento como instigação ou cumplicidade, a partir da vigência do Código Penal de 1940. Tendo em vista o conceito reitor do critério final-objetivo, do autor como o protagonista do acontecimento típico, o consultor será, na maioria das vezes, mero partícipe. As formas de participação previstas pela legislação no art. 31 são: a determinação ou instigação propriamente dita (espécies do gênero instigação) e o auxílio (a cumplicidade). A qual delas se amoldaria o aconselhamento técnico?

Para responder a essa pergunta, é preciso lembrar que os Códigos de 1830 e 1890 tratavam hipóteses que hoje seriam típicas de instigação como autoria e como cumplicidade, tomada até então como sinônimo de participação criminal. Contudo, ações de instigação sempre se destacaram por sua dimensão moral ou intelectual, em oposição a contribuições físicas ou materiais.

Por isso, uma das premissas adotadas pela dissertação é que o termo auxílio possui no direito penal brasileiro um sentido de contribuição material, razão pela qual, em sentido oposto, as ações de instigação (determinação e instigação propriamente ditas) seriam contribuições de natureza exclusivamente espiritual<sup>178</sup>. De fato, há toda uma tradição da dogmática de listar apenas contribuições psíquicas, dentre as quais o conselho, expressamente, como atos de instigação. Aníbal Bruno referia-se a quatro modos principais,

---

formal, se não houver previsão de modalidade culposa para o delito que constitui o excesso do concorrente. Por isso, concluem que “a solução positivada pelo legislador nesse dispositivo amplia a punibilidade em certos casos e se revela uma violação ao princípio da culpabilidade”. Ibid. p. 73.

<sup>178</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 463. Nesse sentido, pode-se destacar que Oscar Macedo Soares, comentando as formas de cumplicidade previstas no art. 21, § 1º, do Código Penal de 1890, registra que “consideramos pois a instrução um auxílio intelectual, distinto do auxílio a que se refere a segunda parte do parágrafo, auxílio este que consideramos material”. SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 50-51. Em posição diversa: GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 5-6.

embora não exaustivos, de instigar: “o mandato, o comando, o conselho e a ameaça”<sup>179</sup>. Para Heleno Fragoso, por sua vez, a instigação podia se realizar “através do mandato, da persuasão, do conselho, do comando, da ameaça, e, inclusive, da aparente dissuasão”, advertindo que essa enumeração não era taxativa<sup>180</sup>.

Em decorrência dessa premissa, adota-se, também, a posição de Nilo Batista, para quem não se considera “admissível perante nosso direito que o ‘conselho’, as ‘instruções’ possam configurar a chamada *cumplicidade psíquica*”, até porque “qualquer contribuição de natureza puramente psíquica deve ser considerada como instigação, e de fato é”<sup>181</sup>.

Como se pode perceber, o conselho costuma ser listado como uma das formas possíveis de se instigar outrem à prática de um delito. Em oposição aos outros meios de instigação mencionados, Francesco Carrara, cuja obra exerceu relevante influência na doutrina penal brasileira, definia o conselho como “a instigação direta a alguém para induzi-lo a cometer um delito exclusivamente em seu interesse e por sua conta”<sup>182</sup>. Seguindo esse entendimento, Basileu Garcia registrou que “caracteriza-se o conselho pela influência psicológica exercida na exclusiva utilidade do executor, ao passo que que nas formas anteriores [mandato, coação, ordem, conselho e sociedade] a utilidade é, preferentemente, do idealizador da ação criminosa”<sup>183</sup>. De forma semelhante, para Aníbal Bruno, “no conselho, o executor material pratica o crime no seu próprio interesse e o instigador apenas o convence da conveniência de praticá-lo”<sup>184</sup>.

Essas definições de conselho produzem questões relevantes, a nível de tipicidade subjetiva, que podem afastar o aconselhamento jurídico da categoria da instigação, especificamente na subespécie de reforço a uma predisposição delitiva.

Basileu Garcia afasta a punibilidade de um “conselho vago e inexpressivo, ou sem apreciável conexão com o delito”<sup>185</sup>. Esse comentário parece refletir ensinamento de Carrara de que “a imputabilidade ou a não-imputabilidade do conselho depende do grau de influência que exercitou sobre o delito”, devendo ser distinguidos “o conselho simples, ou exortativo, e

<sup>179</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 1.º: introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 274.

<sup>180</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 256.

<sup>181</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 186.

<sup>182</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 308.

<sup>183</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 671.

<sup>184</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 1.º: introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 274.

<sup>185</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 686.

*o conselho eficaz*”<sup>186</sup>, a partir da concepção de que “*a determinação (ato de vontade) é coisa bem diversa da idéia (ato de pura inteligência)*”<sup>187</sup>. Para o jurista italiano

quando se imagina um conselho eficaz, deixa-se o campo da merca concepção de uma idéia, para se ingressar, necessariamente, no da determinação, uma vez que aquela concepção exercita justamente uma força determinante da vontade. E quando se pressupõe o dolo no conselheiro, não pode ele consistir noutra coisa senão na intenção de impelir ao delito a determinação alheia. Sem isso podem configurar-se os limites da simples imprudência, faltando o concurso de vontade ao delito. De outro modo, o químico que divulga uma descoberta sua, relativa à fabricação de certo veneno, seria responsável pelo envenenamento que alguém, instruído pela sua obra, viesse depois a cometer<sup>188</sup>.

Ainda, sobre a eficácia do conselho necessária à caracterização de participação criminal, Basileu Garcia, seguindo a tradição do *omnino do facturus*, leciona que

pode revelar-se, em determinado caso, a ineficácia da suposta influência. Suponha-se que se verifique o crime de forma tão diversa relativamente ao desígnio daquele que aconselhou, que se deduza não ter a instigação atuado no ânimo do agente. Pode dar-se que o executor já tivesse a inabalável resolução de praticar o crime; ou que este surja por efeito de circunstâncias repentinas, que excluam a idéia de preparação. O conselho não terá sido *conditio sine qua non* do resultado<sup>189</sup>.

A tipicidade subjetiva da instigação caracteriza-se por um duplo objeto: imediatamente, pela criação da decisão de realizar um tipo de injusto doloso no psiquismo do autor, e, mediadamente, pela realização do tipo de injusto doloso pelo autor<sup>190</sup>. Dela se deduz, portanto, obstáculos à configuração do conselho como ato de instigar. Afinal, como registrou Carrara, “*não basta que uma palavra imprudente tenha determinado outrem ao delito, se não foi proferida com tal intenção: aí está o dolo do conselho*”<sup>191</sup>.

A doutrina também parece coincidir sobre o enquadramento típico do advogado que, após realizar um aconselhamento que lhe foi formulado, praticar outra contribuição delitiva de natureza típica. Nesse caso, evidentemente não há mera participação, mas hipótese de coautoria (hipótese excepcional de imputação do advogado a ser enfrentada no tópico 3.1.3). Nas palavras de Basileu Garcia, “*aquele que aconselha outrem a praticar o crime, concorrendo para realizá-lo, responde como co-autor, segundo o atual Código*”<sup>192</sup>. Também

<sup>186</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 315.

<sup>187</sup> Ibid. p. 315-316.

<sup>188</sup> Ibid. 316.

<sup>189</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 686.

<sup>190</sup> SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 364.

<sup>191</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 316.

<sup>192</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 686.

Carrara vislumbrava que em casos de conselhos acompanhados de instruções “*efetivamente úteis à execução do delito*”, haveria “*influência não só sobre a determinação, mas, de certa maneira, também sobre a ação*” típica principal<sup>193</sup>.

O percurso traçado até o momento contém diferentes tratamentos do assessoramento jurídico no Direito Penal brasileiro, refletindo as legislações então vigentes e as compreensões dogmáticas sobre os respectivos dispositivos legais. Há, contudo, alguns pontos de consenso mínimo, que serão aproveitados adiante, quando do auto posicionamento sobre a imputação atualmente cabível para uma relação de aconselhamento jurídico: (I) o conselho, isoladamente praticado, possui natureza intelectual; (II) deve-se distinguir a responsabilidade decorrente de um conselho de uma instrução detalhada voltada para a prática delitiva; (III) ao aconselhamento incide o caráter acessório da participação criminal, que reclama que a ação do autor seja *criminosa* (segunda doutrina majoritária, uma ação típica e antijurídica; (IV) o dolo do sujeito que aconselha, para configurar instigação, deve contar com o conhecimento e vontade do resultado típico decorrente da ação principal; (V) deve-se conferir um tratamento diferenciado e menos gravoso ao simples conselho em relação a outras formas de instigação, tendo em vista sua menor capacidade de determinação de um fato criminoso; (VI) por essa capacidade reduzida, é sempre destacada a circunstância de que não há participação punível diante da resolução do autor, preexistente ao conselho, de praticar o fato principal; (VII) também inexistente responsabilidade criminal por simples ratificação de um crime já consumado, como seria o caso de um parecer concluindo pela licitude de uma ação já praticada; e, por fim, (VIII) é imperioso limitar a responsabilidade do instigador por excessos praticados pelo instigado.

---

<sup>193</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 317.

### 3 A CONSULTORIA JURÍDICA COMO OBJETO DE ESTUDO: DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA POLÍTICO-CRIMINAL DA ATIVIDADE

Apresentadas as categorias dogmáticas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, pode-se, enfim, definir o objeto deste estudo: o assessoramento jurídico como uma forma específica de possível contribuição delitiva, que pode implicar na responsabilização criminal do profissional responsável pelo aconselhamento e, também, do destinatário desse conselho técnico. Para tanto, é necessário, primeiramente, definir o que será compreendido como um serviço aconselhamento jurídico, bem como explicar os motivos pelos quais essa atividade foi escolhida para o presente estudo, e, de forma paralela, estabelecer aqueles atos que não serão considerados como de assessoramento jurídico.

#### 3.1 Definição do objeto do estudo

##### 3.1.1 O que se entende por consultoria jurídica

Sendo o objeto deste estudo os atos de aconselhamento e assessoramento jurídico, nada é mais importante do que, antes, conceituar essas atividades. O dicionário Houaiss conceitua *consultoria* como “a ação ou efeito de dar consultas, conselhos” ou de “dar parecer sobre matéria de sua especialidade”<sup>194</sup>. Por conseguinte, é consultor “aquele que dá conselho ou aquele que tem a função de dar parecer, fornecer subsídios, sugerir, aconselhar”, enquanto consulente é “aquele que consulta, que pede conselhos a outrem sobre algo”<sup>195</sup>.

Na mesma toada, mas versando especificamente sobre o assessoramento de natureza jurídica, De Plácido e Silva define consultor como a “pessoa que, por seu saber, sua experiência, é procurada para dar ou fornecer consultas ou pareceres, a respeito de assuntos de sua especialidade” e consulente como “a pessoa que vai aconselhar-se ou consultar um advogado, a respeito de questão jurídica de seu interesse”<sup>196</sup>. Como se percebe, a atividade de consultoria jurídica culmina com a apresentação de um parecer do consultor ao problema que lhe foi apresentado pelo consulente, cujo significado é:

<sup>194</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 532.

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 210.

a opinião de um jurisconsulto a respeito de uma questão jurídica, a qual, fundada em razões de ordem doutrinária e legal, conclui por uma solução, que deve, a seu pensamento, ser aplicada ao caso em espécie. Em regra, o parecer jurídico é provocado por uma consulta, em que se acentuam os pontos controversos da questão, a serem esclarecidos pelo consultado<sup>197</sup>.

Por disposição do art. 1º, inc. II, da Lei nº 8.906/94, são atividades privativas da advocacia “*as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas*”. Por essa razão, essas ações devem ser realizadas por aqueles que estão inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, segundo o teor do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.906/94. Sendo assim, uma das premissas deste estudo é que os atos de aconselhamento jurídico devem ser realizados por advogados, particulares ou públicos<sup>198</sup>, não podendo ser exercidos “*por bacharel ou por estagiário, configurando-se exercício ilegal da profissão nos termos dos arts. 47 da Lei de Contravenções Penais e 4º do RGEAOB*”<sup>199</sup>.

Não se ignora, aqui, a possibilidade de outras pessoas, que não estejam inscritas nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, possuírem a expertise necessária para serem capazes de oferecer pareceres técnicos sobre matérias jurídicas. Seria o caso, por exemplo, de professores renomados em matérias do curso de Direito que, por qualquer motivo, não estejam com suas inscrições como advogados regularizadas. Nessa hipótese, o parecer poderia, sem dúvidas, estar enquadrado dentro da esfera de liberdade de expressão intelectual e científica do professor (art. 5º, inc. IX, CR), bem como ser apto a induzir o consultor a erro, seja de tipo, seja de proibição, a depender do caso concreto, podendo, eventualmente, circunstâncias capazes de limitar a responsabilização penal de ambos.

Contudo, a presente dissertação se debruça, apenas, sobre a consultoria jurídica realizada por advogado, nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, justamente em função dos direitos e deveres que a lei impõe aos causídicos nesse mister. Dessa maneira, os atos de consultoria e assessoria jurídicas compreendem “*os serviços*

<sup>197</sup> Op. cit. p. 588.

<sup>198</sup> Conforme disposição do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB: “*Art. 9º Exercem a advocacia pública os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias e das fundações públicas, estando obrigados à inscrição na OAB, para o exercício de suas atividades. Parágrafo único. Os integrantes da advocacia pública são elegíveis e podem integrar qualquer órgão da OAB. Art. 10. Os integrantes da advocacia pública, no exercício de atividade privativa prevista no Art. 1º do Estatuto, sujeitam-se ao regime do Estatuto, deste Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, inclusive quanto às infrações e sanções disciplinares*”. Ainda, ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/regulamentogeral.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

<sup>199</sup> GONZAGA, Álvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; JUNIOR, Roberto Beijato. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 2.

*profissionais do advogado para a emissão de pareceres, e no intuito de resolverem-se questões tormentosas, ou mesmo orientar soluções amigáveis a tais questões”*<sup>200</sup>. Como assinala, Gisela Gondin Ramos, trata-se de “*uma forma de prestação de serviços do advogado que vem crescendo em proporção geométrica ao longo das últimas décadas, posto que empresas e até mesmo os cidadãos, individualmente, vêm buscando aconselhamento técnico antes de se aventurarem em demandas judiciais que ao final podem lhes custar anos de sacrifício despropositado*”<sup>201</sup>.

Os administrativistas dedicaram atenção incomparavelmente maior à figura dos pareceres em relação aos penalistas, oferecendo contribuições úteis ao presente estudo na definição da atividade ora estudada. Os pareceres, segundo Maria Sylvia Di Pietro, são os atos pelos quais “*os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência*”<sup>202</sup>. A doutrina costuma distingui-los entre três espécies: (I) o facultativo, “*quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou*”; (II) o obrigatório, “*quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final (...) (o que não lhe imprime caráter vinculante)*”; e (III) o vinculante, de caráter excepcional, “*quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão*”<sup>203</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho faz importante ressalva em relação aos pareceres vinculantes, asseverando que, além de serem apenas “*admitidos se a lei o exigir expressamente, (...) se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza*”<sup>204</sup>. O referido autor traz, ainda, importante raciocínio sobre os pareceres jurídicos, plenamente aproveitável ao significado desses conselhos no direito penal brasileiro:

refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos são antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide. De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver

<sup>200</sup> RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 34.

<sup>201</sup> RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 34.

<sup>202</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 239.

<sup>203</sup> Ibid. p. 240.

<sup>204</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2004. São Paulo: Atlas, 2015. p. 140.

comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor<sup>205</sup>.

Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF. O voto do relator do *writ*, o Ministro Joaquim Barbosa, é elucidativo sobre o caráter não vinculante de uma opinião legal:

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido<sup>206</sup>.

Como se percebe, uma das características principais do que se entende, nesta sede, como consultoria jurídica é ter sido a opinião técnica exteriorizada ao consulente antes da realização de sua ação ou omissão possivelmente típica. Quando o parecerista emite opinião favorável à licitude de uma ação já praticada por seu cliente, não poderá ser punido, porque inexistente responsabilidade por ratificação posterior do delito<sup>207</sup>. A responsabilidade do parecerista pode existir somente se a manifestação por ele expressa tiver a capacidade de influenciar a *psique* do consulente no sentido de praticar um delito.

Como objeto de investigação jurídico-penal, o assessoramento técnico representa uma relação dialética bem sintetizada por Alaor Leite, em seu prefácio à primorosa obra de Tiago Caruso: “o tomador da decisão tem o poder decisório, mas não possui condições técnicas para avaliar toda a base fática, por vezes complexa. Aquele que tem tais condições técnicas,

<sup>205</sup> Ibid. p. 139-140.

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.631/DF**. Tribunal Pleno, relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 1º de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em 10.mar.2022.

<sup>207</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 230.

não possui poder decisório”<sup>208</sup>. Nesse cenário, a imputação criminal de ambos dependerá, ainda, do preenchimento de uma série de requisitos contidos na moderna teoria do delito, a serem abordados no quarto e no quinto capítulos.

Por fim, cabe registrar que os pareceres, enquanto manifestações de opiniões jurídicas, costumam ser expressos de forma escrita – a formalidade é, inclusive, uma exigência dos atos administrativos que incide às opiniões legais nessa seara<sup>209</sup> –; não obstante, muitas vezes o entendimento de um advogado sobre uma questão que lhe é formulada por seu cliente é verbalizado oralmente, numa consulta pessoal.

### 3.1.2 A limitação à consultoria técnica de natureza jurídica

O tema escolhido para a presente dissertação partiu da problematização, à luz do direito penal brasileiro, de uma das possíveis contribuições delitivas identificadas por Juan Antonio Lascurain Sánchez em artigo que busca estabelecer critérios de imputação de responsabilidade individual pelos delitos praticados no seio de uma empresa, qual seja, a responsabilidade penal dos órgãos de assessoramento, responsáveis por “*funções de facilitação de informação especializada e de conselho*” no âmbito empresarial<sup>210</sup>.

Como o próprio autor espanhol ressalta, as atividades de assessoramento não se limitam ao aconselhamento jurídico, envolvendo, num contexto de “*uma economia produtiva cada vez mais complexa*”, diversos outros saberes altamente especializados como, nos exemplos apontados pelo penalista espanhol, a contabilidade e a prevenção de riscos trabalhistas<sup>211</sup>. Podem ser mencionadas, ainda, outras especialidades que representam aconselhamento de natureza técnica e que podem repercutir na esfera jurídico-penal da mesma forma que o assessoramento jurídico<sup>212</sup>, como o planejamento econômico-financeiro

<sup>208</sup> LEITE, Alaor. **Prefácio**. In: CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 9-10.

<sup>209</sup> Sobre a exteriorização dos atos administrativos, registra Carvalho Filho que “*deve o ato ser escrito, registrado (ou arquivado) e publicado*”, apesar de serem admitidas situações singulares em que “*a vontade administrativa*” pode se manifestar através de gestos, palavras ou sinais. Essa excepcionalidade, por óbvio, não se aplica aos pareceres administrativos. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2004. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113.

<sup>210</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 368-371.

<sup>211</sup> Ibid. p. 368-369.

<sup>212</sup> Nesse sentido, importante registrar mais uma vez o escopo maior – no que tange a abranger pareceres técnicos de naturezas diversas da jurídica - da obra fruto da dissertação de Tiago Caruso: CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

de uma empresa ou a contratação de um estudo de avaliação de risco ambiental de um determinado empreendimento.

A escolha pelo enfoque no assessoramento de natureza jurídica, nesta oportunidade, tem cinco razões principais.

A primeira é a particularidade de, quanto à consultoria jurídica, estarem consolidadas regras de deontologia – provenientes da Lei nº 8.906/94 e do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB – que orientam a regularidade da atuação do profissional, oferecendo *standards* para a determinação da licitude de seu comportamento. São essas normas, inclusive, que fornecem uma das premissas deste trabalho, qual seja de que as atividades de assessoria e de consultoria jurídica são privativas da advocacia.

A segunda razão foi a atenção especial conferida pela literatura sobre as ações neutras ao aconselhamento legal. Nesse sentido, tratam da participação criminal de advogado Luís Greco<sup>213</sup>, José Danilo Tavares Lobato<sup>214</sup>, Robles Planas<sup>215</sup> e Knut Amelung<sup>216</sup>. A teorização acerca das ações neutras também oferece, assim, critérios úteis para a diferenciação entre o aconselhamento *licito* e *ilícito* (o que será tratado no quarto capítulo).

O terceiro motivo é o fato de o aconselhamento legal transitar, com frequência maior do que assessoramentos de outras naturezas, na fronteira entre os erros de tipo e de proibição, sendo apontado como um marco para determinação concreta para avaliação da evitabilidade desse equívoco<sup>217</sup>. Um parecer jurídico prévio em prol da regularidade de sua conduta é, por essência, um teste para aferição concreta no consulente da *potencial consciência da ilicitude*, um dos elementos do juízo de culpabilidade. Além disso, havendo elementos normativos<sup>218</sup> no tipo penal em questão, a opinião favorável à licitude da conduta que o consulente cogita

<sup>213</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 3 e 157-162.

<sup>214</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 85 e 112-113.

<sup>215</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 444-445.

<sup>216</sup> AMELUNG, Knut. **Die >>Neutralisierung<< geschäftsmabiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfefatbestands**. In: Samson etc. *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999 apud LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010; GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>217</sup> LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Capítulo 6.

<sup>218</sup> Os elementos normativos estão “*presentes sempre que os tipos utilizam valorações jurídicas ou éticas*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 170-171.

praticar provoca “*uma verdadeira fusão entre dolo e consciência da ilicitude*”<sup>219</sup> (questão a ser abordada no quinto capítulo). E, como a doutrina já registrou, o erro de tipo é um dos mais importantes instrumentos redutores do poder punitivo<sup>220</sup>.

A quarta razão, de natureza dogmática, mas também prática, decorre de a circunstância do aconselhamento jurídico ser executado, não raro, por profissionais inseridos em posições jurídicas distintas: (I) podendo exercer a advocacia privada ou pública, hipótese na qual seria agente público para fins penais; e (II) que podem merecer imputações criminais diversas, a depender da função que exercem, isto é, como assessores jurídicos propriamente ditos (advogados internos ou externos contratados por uma pessoa física ou jurídica) ou como oficiais de cumprimento normativo de uma entidade coletiva (hipótese abordada no tópico 1.4).

O quinto e último motivo – e o mais importante deles, diga-se – é de natureza político criminal. Estabelecer limites à possibilidade de criminalização das atividades de assessoramento e aconselhamento jurídico significa dar efetividade à inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações, prevista no art. 133 da Constituição da República e no 2º, §3º, da Lei nº 8.906/94. Somente assegurando essa imunidade profissional será possível equiparar advogados, magistrados e membros do Ministério Público, no que se refere a evitar sejam denunciados por crimes de hermenêutica (o que será demonstrado no tópico 3.2).

### 3.1.3 Contribuições que ultrapassam a simples consultoria jurídica

Até aqui, conceituou-se a atividade de consultoria jurídica como o fornecimento de uma opinião legal por um advogado a um cliente, versando sobre a licitude de uma ou mais condutas que ele cogita praticar. O foco da presente dissertação é analisar, segundo o direito penal brasileiro, a possível responsabilidade penal do profissional que emitiu um parecer para determinado consulente, cujo teor veio, de fato, a ser realizado pelo último, bem como os reflexos dessa consulta na responsabilização do cliente.

Sendo esse o objeto deste estudo, é fundamental registrar, também, aquilo que não integra a hipótese em análise. Afinal, não bastasse a norma mandamental genérica de não

<sup>219</sup> LEITE, Alaor. **Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal da licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993)**. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, nº 104, 2013.

<sup>220</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 293.

cooperação delitiva prevista pelo art. 29, caput, CP, a própria Lei nº 8.906/94 não resguarda a atuação profissional do advogado que “*prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la*” (art. 34, inc. XVII). Na interpretação sistemática que se pretende realizar nesta sede, contudo, esses dispositivos devem ser lidos como normas proibitivas exclusivamente do comportamento doloso de um causídico.

Nesse sentido, como apontam Raúl Cervini e Gabriel Adriasola, é importante “*distinguir patrocínio em juízo de assessoramento*”, sendo que a última atividade “*se localiza no âmbito da atividade extrajudicial do advogado*”<sup>221</sup>. Muito embora o exercício da defesa de outrem exija do advogado, constantemente, o respectivo assessoramento do patrocinado, há que se diferenciar os atos de postulação em juízo daqueles de mero aconselhamento. Há delitos específicos que criminalizam a conduta equivocada de advogados na representação judicial de seus clientes, como, por exemplo, os delitos de patrocínio infiel (art. 355, CP<sup>222</sup>) e de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356, CP<sup>223</sup>).

Cervini e Adriasola listam também outras atividades que podem ser praticadas pelo advogado na representação de seu cliente, mas que não se confundem com o assessoramento. Uma delas seria a do advogado mandatário, que executa operações a mando de seu cliente. Outra seria a do advogado que possui procuração com plenos poderes para agir em nome de seu representado<sup>224</sup>. Se no desempenho dessas atividades praticarem crimes, não há imunidade profissional a eles incidentes. Esses cenários evidentemente não se confundem com a atividade de assessoramento jurídico, não oferecendo interesse a este estudo.

Todavia, há duas hipóteses que devem ser abordadas, não obstante a excepcionalidade em que ocorrem, nas quais a atividade do consultor ultrapassa a simples atividade de

<sup>221</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111-112.

<sup>222</sup> “*Patrocínio infiel: Art. 355 - Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa. Patrocínio simultâneo ou tergiversação: Parágrafo único - Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias*”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>223</sup> “*Sonegação de papel ou objeto de valor probatório: Art. 356 - Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa*”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>224</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 143-177.

consultoria jurídica, razão pela qual o advogado fará jus a tratamento jurídico distinto daquele que o parecerista merece, via de regra.

Na primeira delas, o parecerista deliberadamente mantém o consulente em erro, utilizando-o como instrumento, que pratica a ação típica, para atingir a finalidade que almeja, o que resultaria na autoria mediata, nos termos do art. 20, § 2º, do CP, do parecerista e na impunibilidade do consulente mantido em erro. Sobre o tema, Tiago Caruso afirma que,

em razão do domínio da informação técnica ou jurídica, o especialista consultado pode dar recomendações ou conselhos ao consulente que resulte em ilícitos penais sem que este sequer reconheça que essas instruções constituem uma violação ao Direito Penal, de modo que atuará, nesse caso, em erro de proibição invencível, pois seguiu cegamente as orientações que lhe foram repassadas por uma fonte confiável (advogado, contador, engenheiro, etc., todos altamente capacitados), o que torna o consultor técnico ou jurídico autor mediato do crime materialmente executado pelo consulente, dominando a sua vontade<sup>225</sup>.

Essa também é a solução a que chegam Cervini e Adriasola, os quais afirmam que “o cliente, nesse caso, atua sob um erro de proibição invencível, pois segue cegamente nada mais nada menos do que os conselhos legais de seus advogados”. Essa possibilidade, contudo, é dificilmente vislumbrável na prática forense, principalmente diante da exigência a nível de tipicidade subjetiva da autoria mediata, ou seja, o dolo do parecerista de praticar um delito por meio de seu cliente (infração penal essa que dificilmente aproveitar-lhe-ia). Os referidos autores admitem o caráter inusitado dessa situação

quando a conduta seja alcançada pelo denominado ‘conhecimento profano’. Obviamente, se o conselho é furtar ou matar, o cliente jamais poderá alegar erro de proibição; porém, se nos colocamos no âmbito do direito penal empresarial, o expertise do assessor pode ser – e na maioria dos casos assim ocorre – absolutamente desconhecido para o cliente<sup>226</sup>.

A segunda hipótese consiste na apresentação de um parecer fraudulento como a contribuição do consultor ao plano delitivo do consulente. Uma hipótese seria o “*profissional que – no exercício de sua função – assessora o cliente em negócios ilícitos sabendo disso*”<sup>227</sup>. É o caso, por exemplo, um procurador que, ciente da intenção do gestor público em contratar uma determinada empresa com dispensa de licitação, produz um parecer nesse sentido para que se alcance a resolução delitiva comum. Essa situação poderia configurar, inclusive,

<sup>225</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 236.

<sup>226</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

<sup>227</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

coautoria entre advogado e cliente, se demonstrada a resolução comum entre ambos no sentido de executar a ação típica. Uma importante distinção entre o aconselhamento aprioristicamente lícito e o ilícito seria, para Ricardo Robles Planas, justamente quando o conselho deixa o *standard* profissional, passando a representar uma contribuição específica ao esquema criminoso<sup>228</sup>. Um indício desse comportamento pode ser a circunstância do profissional adotar no parecer um entendimento jurídico diverso daquele que costumeiramente defendeu em sua carreira, sem realizar o devido *distinguishing* entre sua interpretação anterior e o caso concreto sob análise.

Uma das previsões de infração disciplinar do advogado previstas no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil também pode ser indicativo de dolo desse profissional: “*deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado*” (art. 34, inc. XIV, da Lei nº 8.906/94). Seria o caso de um parecer escrito que se utiliza de normas, obras doutrinárias ou julgados fictícios ou que invoque trechos deles para embasar conclusão diversa da adotada por esses textos.

Tiago Caruso faz importante ressalva ao registrar que são “*raros*” os casos em que “*o parecer é fraudulento e foi ardidamente requerido como tentativa de camuflar a decisão do consulente na prática de um crime*”<sup>229</sup>. O autor faz importante registro ao assinalar que, nas hipóteses em que o consultor inserir deliberadamente informações falsas em sua opinião legal, estaria configurado, per se, o delito de falsidade ideológica (art. 299, CP). Nesse caso,

tudo indica que o intento do parecerista tenha sido viabilizar um projeto de ação maior, cuja execução estará nas mãos do consulente, de modo que, aplicando o princípio da consunção, a conduta do consultor seria punível a título de participação material no resultado se mais grave do que os crimes autônomos de falsidade<sup>230</sup>.

Esta observação reflete uma das premissas adotadas pelo presente estudo: a opinião legal deve ser analisada, via de regra, como um documento produzido de boa-fé pelo seu subscritor, sob pena de por sob suspeita toda e qualquer consultoria prestada por um

---

<sup>228</sup> “*En los casos de prestaciones profesionales se trata de conductas que no contienen, em sí mismas, un riesgo especial de continuación delictiva, esto es, no pueden entenderse como conductas que se adapten al hecho que va a ser cometido, sino que se agotan en el estándar normativo que define el contexto em que el se verifican. El profesional que se mueve estrictamente en el marco de su actividad laboral se comporta estructuralmente como un omitente, que simplemente deja o no impede que el autor le sustraiga el instrumento necesario para cometer el delito. Tan sólo cuando pueda afirmarse la infracción de un deber específico (las aludidas posiciones de garantía) o bien cuando su conducta deje de moverse en el ámbito de lo estrictamente profesional y pase a ser parte integrante del hecho mediante una adaptación específica al mismo podrá hablarse de intervención penalmente relevante*”. ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013.

<sup>229</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 236.

<sup>230</sup> Ibid. p. 207.

advogado. É preciso refutar o “*olhar suspeito sobre a advocacia, que integra o quadro de sua criminalização*”<sup>231</sup>. Considerar o assessoramento prestado como a única colaboração do advogado consultor ao fato principal é um imperativo, salvo prova em contrário. Afinal, “*o dolo, sob quaisquer de suas formas, não pode jamais ser presumido: só diante de sua efetiva presença pode-se habilitar poder punitiva*”<sup>232</sup>.

### 3.2 Importância político-criminal da autonomia da consultoria jurídica como prerrogativa da advocacia: notas sobre o “crime de hermenêutica” no direito penal brasileiro

Como se registrou, restringiu-se o objeto deste estudo à consultoria técnica de natureza jurídica por um motivo de política criminal. Compreende-se, aqui, a tentativa de responsabilizar criminalmente um advogado a partir de uma opinião legal por ele emitida, a partir de uma demanda apresentada por seu cliente, como uma espécie de crime de hermenêutica.

Subjacente à discussão sobre as possíveis responsabilidades penais do consultor jurídico e de seu cliente está a inescapável subjetividade na atividade de hermenêutica jurídica<sup>233</sup>. Essa característica foi reconhecida, historicamente, pelo ordenamento jurídico brasileiro para afastar a criminalização de entendimentos jurídicos proferidos por agentes públicos – juízes, promotores e autoridades policiais -, sem, contudo, resultar numa imunidade profissional de mesmo vulto para advogados.

Rui Barbosa cunhou a célebre expressão “crime de hermenêutica”, aqui reproduzida, na defesa de Alcides da Mendonça Lima, à época juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ele havia sido condenado pela suposta prática do delito de excesso nos limites das funções próprias de servidor público, previsto no art. 226 do Código Penal de 1890, por ter declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de lei estadual sul-rio-grandense que, em oposição à Constituição da República de 1891, abolia a recusa peremptória e estabelecia a votação aberta dos jurados na formação dos veredictos (os artigos 65 e 66 da Lei nº 10, de 16 de dezembro de 1890, do Estado do Rio Grande do Sul).

<sup>231</sup> BATISTA, Nilo. **A criminalização da Advocacia**. In *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, p. 85-91, 2005.

<sup>232</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 281.

<sup>233</sup> Vide, novamente, a definição de Carlos Maximiliano: “*A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1

Em sua memorável argumentação, Rui Barbosa sustentou que

raro é o pleito, nos diferentes ramos da jurisprudência, em que se não controverte, e diverge sobre a hermenêutica de uma cláusula do Direito escrito. Na aplicação da mesma lei, do mesmo texto, o juízo dos magistrados varia contínua e incalculavelmente: de um para outro litígio, no mesmo tribunal; no mesmo feito, de um juiz para ele mesmo, de uma instância para outra, e, na mesma instância, no mesmo tribunal, da maioria para a minoria<sup>234</sup>.

Assim, concluiu que

só determina responsabilidade penal, portanto, a interpretação errônea, quando atentatória de disposições literais. Se a disposição não for literal, a matéria é opinativa: pertence ao domínio de fenômenos intelectuais, que não toleram coação, ou repressão; pode ser conscienciosamente objeto de soluções diferentes, ou contraditórias, submetida à apreciação de juízes distintos<sup>235</sup>.

Como resultado da ação patrocinada por Rui Barbosa, o Supremo Tribunal Federal deu provimento, em 10 de fevereiro de 1897, à Revisão Criminal nº 215 para absolver Alcides da Mendonça Lima<sup>236</sup>.

A partir dessa importante e correta decisão judicial, surgiu uma tradição no direito brasileiro de se resguardar a imunidade dos magistrados no exercício de suas funções<sup>237</sup>, imunidade posteriormente estendida aos representantes do Ministério Público<sup>238</sup>. Sobre o tema, Miguel Angelo Ciavareli Nogueira dos Santos leciona que

a imunidade judicante decorre do poder soberano de poder dizer o direito, proclamá-lo e aplicá-lo à causa submetida ao juiz. É cediço no entendimento doutrinário e jurisprudencial que o Magistrado, ao proferir seus despachos, decisões e sentenças, e informações, como nos mandados de segurança e *habeas corpus*, intentados contra seus atos, ou Acórdãos, nos casos dos Tribunais, pratica um dever de ofício. É ressabido, assim, que possui militando a seu favor a causa excludente de ilicitude, conforme prescrito no art. 23, III, do Código Penal, consistente no ‘estrito cumprimento de dever legal’. O excesso expressado, no entanto, poderá dar causa às medidas disciplinares a cargo da Corregedoria Nacional de Justiça, conforme Lei

<sup>234</sup> BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 241.

<sup>235</sup> Ibid. p. 278.

<sup>236</sup> Gustavo Badaró registra que, após ser condenado e inocentado por duas ocasiões, Alcides de Mendonça Lima abandonou a função de juiz de direito e estabeleceu-se em uma banca de advocacia. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Art. 1º**. In *Comentários à Lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. 1. ed. BADARÓ; Gustavo Henrique; BREDA, Juliano. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 30.

<sup>237</sup> “Art. 41 - *Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir*”. BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>238</sup> “Art. 41. *Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) V - gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional*”. BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, arts. 35, IV, e 41<sup>239</sup>.

Cabe destacar, também, que os tribunais seguem invocando, até hoje, a antiga Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, editada na vigência da Constituição Federal de 1946, segundo a qual “*decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F.*”<sup>240</sup>. Isto é, apesar de a jurisprudência admitir expressamente a existência de interpretações jurídicas divergentes igualmente válidas, utilizando tal fundamento como justificativa para o não conhecimento de recursos que se insurgem contra pronunciamentos judiciais, seguem existindo casos de criminalização de advogados e de seus clientes que adotaram um entendimento diferente daquele esposado pela administração pública ou pelo órgão que os acusou.

Há pouco, a edição da nova Lei de Abuso de Autoridade, em 5 de setembro de 2019<sup>241</sup>, manteve esse paradigma, resguardando a prerrogativa de interpretar a lei com certa autonomia aos agentes públicos no exercício de suas funções. Sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos provoca o nome da legislação, indagando se não seria mais apropriado o título de lei “*de proteção da autoridade*”, uma vez que os tipos penais ali previstos, (I) exigem a presença de elementos subjetivos especiais – a “*finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro*” ou a motivação “*por mero capricho ou satisfação pessoal*” (art. 1º, § 1º); e (II) não se consumam quando ocorre “*divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas*” (art. 1º, § 2º).

É especialmente relevante para este estudo a previsão da divergência na interpretação de lei como causa de atipicidade dos crimes de abuso de autoridade. Nesse ponto, impossível não reproduzir o raciocínio de Cirino dos Santos, que antecede o diagnóstico de que “*o legislador criminalizou com uma mão e descriminalizou com a outra mão*”: “*na*

<sup>239</sup> CIAVARELI, Miguel Angelo Nogueira dos Santos. **Imunidade jurídica: penais, processuais, diplomáticas, parlamentares**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 88-89.

<sup>240</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**. Atualizado em 1º de dezembro de 2017. Disponível em:

<[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumulas\\_STF\\_1\\_a\\_736\\_Completo.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf)>. Acesso em 10.mar.2022.

<sup>241</sup> BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

*criminalidade de abuso de poder, o erro de proibição constitui hipótese de divergência na interpretação de lei, que não depende da natureza do erro*<sup>242</sup>.

Ainda mais recentemente, no dia 22 de fevereiro de 2022, o Ministro Dias Toffoli deferiu medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 881/DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, para “afastar a possibilidade de incidência do crime de prevaricação à atividade de livre convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário”<sup>243</sup>. Em sua fundamentação, o Ministro invocou a noção do crime de hermenêutica, para concluir que

a Constituição Federal assegura a autonomia e a independência funcional ao Poder Judiciário e do Ministério Público no exercício do seu mister, sendo, portanto, uma prerrogativa indeclinável, que garante aos seus membros a hipótese de manifestarem posições jurídico-processuais e proferirem decisões sem risco de sofrerem ingerência ou pressões político-externas<sup>244</sup>.

Levando em consideração o conteúdo da nova Lei de Abuso de Autoridade e buscando efetivar a imunidade profissional de seus integrantes, equiparando-as àquelas asseguradas aos agentes públicos, o Conselho Federal da OAB encaminhou ao Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de março de 2022, proposta, ainda pendente de apreciação, de edição de Súmula Vinculante com o seguinte teor:

“Viola a Constituição Federal a imputação de responsabilidade ao advogado pela emissão de parecer ou opinião jurídica, sem demonstração de circunstâncias concretas que o vinculem subjetivamente ao propósito ilícito”<sup>245</sup>.

Este brevíssimo percurso histórico sobre a criminalização de interpretações jurídicas diversas, no direito penal brasileiro, ilustra o problema que o presente trabalho investiga: qual

<sup>242</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade?** In *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 328, março 2020.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 881/DF**. Decisão monocrática do relator, Min. Dias Toffoli. Julgado em 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349818932&ext=.pdf>>. Acesso em 10.mar.2022.

<sup>244</sup> Ibidem.

<sup>245</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Proposta de Súmula Vinculante, datada de 7 de março de 2022**. Disponível em: <<https://www.advocef.org.br/wp-content/uploads/2022/03/oab-sumula-advogados-parecer.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022. Importante pontuar que, antes do encaminhamento dessa proposta ao Supremo Tribunal Federal, o Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já havia editado sua Súmula nº 05, com conteúdo semelhante, embora com escopo restrito à imputação do advogado pela possível prática do crime então previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93: “*ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)*”. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Conselho Pleno. **Súmula nº 05/2012/COP**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-05-2012-COP.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

é o grau de discricionariedade admitido para a atividade hermenêutica de advogados – e não de agentes públicos –, garantindo que eles não sejam considerados autores ou partícipes de um delito praticado após o recebimento dessa opinião legal? Essa interrogação conduz a um questionamento subsequente: se lícito o parecer, quais as consequências jurídico-penais dessa consulta para o sujeito – normalmente sem formação jurídica – que orientar sua conduta se fiando na orientação jurídica que recebeu?

A doutrina tem dedicado pouca atenção a essas questões<sup>246</sup>; os poucos julgados sobre o tema serão abordados nos capítulos seguintes. Assim, espera-se que esta dissertação contribua na tentativa de reunir um arsenal teórico, a partir das regras gerais do direito penal brasileiro sobre o concurso de agentes, bem como da interpretação das normas específicas que disciplinam a advocacia, para responder a essas indagações.

De toda forma, é imperioso limitar as hipóteses de responsabilização penal decorrente das atividades de assessoramento e aconselhamento jurídico, como forma de concretizar a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações, prevista no art. 133 da Constituição da República e no 2º, §3º, da Lei nº 8.906/94, evitando, assim, a criminalização da própria advocacia. Sobre o escopo dessa imunidade, Hélio Vieira e Zênia Cernov aduzem que ela não abrange, apenas, o fato de que as manifestações do advogado em juízo ou fora dele não constituem injúria ou difamação (art. 7º, §2º, da Lei nº 8.906/94), mas também

a emissão de parecer, proferido no âmbito da consultoria e assessoria jurídica – inclusive em órgãos públicos – não torna o seu emitente responsável pelos atos praticados em decorrência de seu conteúdo. É que as manifestações decorrentes de consultoria e assessoria são opinativas, e por isso, assim como não vinculam o cliente ao qual são dirigidas, não imputam responsabilidade ao advogado que as emitiu. Essa conclusão mostra-se ainda mais importante quando se trata de advogados públicos, procuradores de entes da administração direta ou indireta. Não podem ser responsabilidades pelos atos administrativos que forem praticados pelos administradores públicos; o parecer emitido em processos administrativos, via de regra, não tem cunho vinculativo algum e sequer possui natureza de ato administrativo<sup>247</sup>.

Se, por um lado, os limites que serão propostos à criminalização da consultoria protegem o advogado que a realiza, resguardam também, por outro, a liberdade daqueles que

---

<sup>246</sup> É preciso, mais uma vez, fazer uma menção de louvor à obra de Tiago Caruso, pioneira no tema no direito penal brasileiro: CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. A questão já havia sido tratada, anteriormente, por outros autores, de forma pontual. Não se desconhece a atenção dedicada ao tema por Hugo de Brito Machado, Maria Elizabeth Queijo, Alaor Leite e Carla Benedetti – listados em ordem cronológica de seus respectivos trabalhos, todos eles consultados durante a elaboração deste trabalho.

<sup>247</sup> VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. **Estatuto, regulamento geral e código de ética da OAB: interpretados artigo por artigo**. São Paulo: LTr, 2016. p. 23-24.

vierem a consultá-lo, fornecendo segurança jurídica e confiabilidade para a consulta que venham a receber<sup>248</sup>.

Afinal, a dogmática jurídico-penal é permanente campo de batalha entre os modelos de Estado Democrático de Direito e Estado de Polícia<sup>249</sup>. Esta disputa é reproduzida, concretamente, na operacionalização mais permissiva ou restritiva de cada tipo penal, conforme as convicções do intérprete sobre as funções e limites do sistema de justiça criminal<sup>250</sup>. Cabe aos juristas que compreendem o direito penal como limite face ao exercício do poder punitivo estatal tentar reduzi-lo, defendendo suas garantias nas frentes acadêmicas e judiciais, pelo menos como estratégia tática, ao passo que lutam pela superação da pena<sup>251</sup>. A relevância deste estudo insere-se, portanto, nesse cenário de maneira especialmente relevante porque implicará não apenas na restrição do poder punitivo na operação de cada tipo penal, mas também em uma liberdade profissional maior dos juristas na defesa dos interesses dos demais cidadãos.

---

<sup>248</sup> Nessa linha, são aplicáveis à consultoria jurídica plausível algumas considerações desenvolvidas acerca do princípio da confiança. Como registra Juarez Cirino dos Santos, para além de sua aplicação nos crimes culposos, o referido preceito normativo se aplica a fatos dolos de terceiros, significando a “*expectativa, por quem se conduz nos limites do risco permitido, de comportamentos alheios adequados ao dever de cuidado, exceto indicações concretas em contrário*”. Princípio da confiança SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 181. Sobre o princípio da confiança, Juarez Tavares destaca que, segundo esse postulado, “*todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais participantes da mesma atividade operem cuidadosamente*”. TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. rev. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 349.

<sup>249</sup> “*O objetivo atribuído ao saber jurídico-penal não é produto do método, mas pressuposto dele. O método é o caminho e este se constrói para chegar a algum destino. O direito penal, neste sentido, é teleológico: trata-se de um saber com um destino político definido de antemão, que pode ser garantidor (limitador) ou autoritário (supressor de limites), funcional quanto ao estado de direito ou ao estado de polícia*”. ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 154.

<sup>250</sup> “*O estado de polícia deve ser contido e reduzido por etapas; a partir de cada pretensão de abertura do exercício do poder punitivo, o direito penal deve opor-lhe uma resistência*”. Ibidem, p. 172.

<sup>251</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 206 e 221.

## 4 RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSULTOR JURÍDICO

O caminho percorrido até aqui já indicia muito do que será defendido neste capítulo. Uma das premissas desta dissertação é que o assessoramento jurídico, nos termos expostos acima, integra a prerrogativa profissional do advogado de inviolabilidade de seus atos e manifestações, garantia prevista na Constituição e na Lei nº 8.906/94. A responsabilização penal do consultor por um parecer por ele subscrito, por conseguinte, deve ser excepcional, sob pena de criminalizar sua atividade hermenêutica.

Após se debruçar sobre o regramento do concurso de pessoas e o significado do aconselhamento jurídico no direito penal brasileiro, será explicada a escolha por considerar a atividade de emissão de um parecer como uma ação potencialmente instigadora de seu cliente, categoria que, por si só, apresenta limites à criminalização desse ofício. Além das exigências ínsitas ao tipo de instigação, a responsabilização penal do advogado, para existir, deverá atender aos requisitos específicos provenientes das normas que resguardam sua imunidade profissional, a serem abordados de forma conjugada com as disposições deontológicas incidentes sobre essa carreira.

### 4.1 A consultoria jurídica como uma possível ação de instigação

No primeiro capítulo deste trabalho se defendeu não apenas a compatibilidade entre a teoria do domínio do fato e o direito penal brasileiro, mas também a exigência de um conceito restritivo de autor que delimite o âmbito de incidência do art. 29, *caput*, CP. Assim, é fácil concluir que, segundo as proposições do estudo, a conduta do consultor jurídico, desde que delimitada ao aconselhamento de seu cliente, será, em tese, de participação, uma vez que sua opinião *influencia*, mas não *vincula* o consulente, que tem o poder decisório de se pautar, ou não, por seu conteúdo.

É preciso assinalar, novamente, que o tema aqui estudado engloba somente a possibilidade de participação criminal por atos de assessoria jurídica. Advogados podem, como já se registrou, responder como autores ou partícipes de inúmeros delitos em decorrência da prática de outras atividades diversas da consultoria em sentido estrito. Mesmo fornecer um conselho legal a um cliente pode configurar autoria mediata ou coautoria do profissional, desde que presentes elementos que indiquem seu dolo em praticar o delito por intermédio de seu cliente ou de uma prévia resolução delitativa comum com o consulente,

respectivamente. A deliberada inserção de uma informação falsa em um parecer escrito é apta a caracterizar o delito de falsidade ideológica (art. 342, CP). Essas hipóteses, contudo, são excepcionais, devendo ser tratadas como a exceção da regra segundo a qual, se limitada à manifestação do seu entendimento legal sobre um tema, a contribuição do advogado não o torna responsável criminalmente por um delito derivado de sua interpretação.

Encerrada sua contribuição por meio da lavra de sua opinião legal, não há, ainda, o início da execução de qualquer atividade típica, não tendo o advogado o poder de determinar o início, o desenrolar e o encerramento do acontecer típico. O advogado não possui, neste cenário, domínio final sobre o fato criminoso.

Nos delitos comissivos especiais ou de mão própria, como visto, a autoria não se rege pelo critério do domínio do fato, mas pela identificação do portador do dever daquele ao qual se direciona a proibição do injusto. Sem retomar a questão da duvidosa compatibilidade acerca do art. 30 do CP com um modelo restritivo de autoria, há, para esses delitos, um motivo adicional para considerar que o parecerista só possa responder como partícipe.

A condição de partícipe implica, ainda, em outras restrições à punibilidade do assessor, fruto da compreensão da participação como extensão da punibilidade prevista nos tipos penais originalmente para o autor principal, tanto a nível de tipicidade objetiva (tópico 4.1.2) quanto a nível de tipicidade subjetiva (tópico 4.1.3).

A conclusão de que o consultor jurídico será partícipe coincide com àquela feita por Lascuraín Sánchez, em sua análise da responsabilização dos órgãos de assessoramento técnico – não necessariamente jurídico – numa estrutura coletiva, diante do direito penal espanhol, problematização que originou o tema desta dissertação. Para ele, o assessor poderia em certos casos nos quais seu conselho oriente a prática de um delito por um órgão executivo da empresa, responder como partícipe; não haveria para esse assessor responsabilidade omissiva, caso não ocupe a função de garante<sup>252</sup>. Ainda assim, consultores seriam partícipes apenas “*se ultrapassam o risco permitido (se seu assessoramento não é ‘neutro’)*”<sup>253</sup>, critério a ser explorado a seguir.

Antes disso, é preciso esclarecer, novamente, a opção dogmática por tratar a consultoria como possível ação típica de instigação e não de cumplicidade. Conforme registrado no primeiro capítulo, entende-se que, no ordenamento jurídico pátrio, a cumplicidade possui natureza exclusivamente material; essa compreensão é fruto, ainda, dos

---

<sup>252</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa.** In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 376.

<sup>253</sup> *Ibidem*.

tratamentos legislativo e dogmático conferidos historicamente à autoria e cumplicidade intelectual e, especificamente, à atividade de aconselhamento no direito penal brasileiro, como exposto no segundo capítulo.

#### 4.1.1 A consultoria jurídica como uma “ação neutra”

Como registrado, uma das razões pelas quais se restringiu o objeto deste estudo ao assessoramento técnico de natureza jurídica foi o desenvolvimento acerca dessa atividade no âmbito da teorização acerca das “ações neutras”. Logo, é importante apresentar as possíveis contribuições da teoria, especificamente provenientes dos autores que versaram sobre ela segundo o direito penal brasileiro, no sentido de restringir a participação criminal de consultores jurídicos.

De início, adota-se aqui a definição de ações neutras proposta por Luís Greco, qual seja “*todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis*”<sup>254</sup>. Como o referido autor adverte, trata-se de uma definição nominal, cuja função é descrever um fenômeno a ser estudado – um grupo de casos semelhantes –, e não uma definição prescritiva, capaz de oferecer um critério para determinar a tipicidade ou atipicidade de cada contribuição concreta<sup>255</sup>.

Todavia, o uso de um conceito aberto não pode suprimir um possível equívoco produzido por tal nomenclatura. Como alerta José Danilo Tavares Lobato,

o fato da conduta ser classificada como neutra ou cotidiana, em nada altera o método de análise da participação criminal, pois, em princípio, todas as condutas participativas são não-típicas e lícitas quando analisadas em si mesmas<sup>256</sup>.

Em outras palavras, a ação nunca será neutra, mas sim lícita ou ilícita de acordo com as circunstâncias do caso concreto e os critérios dogmáticos escolhidos. A neutralidade reside na análise *ex ante* da ação do partícipe, da contribuição em si mesma; perquirida *ex post*, já

---

<sup>254</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110. É preciso registrar que Luís Greco, ao contrário do que se defende neste trabalho, admite a possibilidade de cumplicidade intelectual no direito penal brasileiro. Além disso, o foco de sua obra, como seu próprio título explicita, são as ações de cumplicidade e não as de instigação, categoria sob a qual se enquadrou o assessoramento jurídico. Contudo, o próprio autor admite que “*é possível que uma ação cotidiana também gere em alguém a decisão de praticar o fato, configurando, em tese, instigação*”. Ibid. p. 7. Por isso, somadas essas duas considerações, entende-se que as contribuições do autor sobre o tema são aplicáveis ao presente estudo.

<sup>255</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 107-113.

<sup>256</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 107.

constatadas todas as particularidades do fato criminoso, a conduta será conforme ou contrária ao ordenamento jurídico<sup>257</sup>.

Esse raciocínio também se aplicará a um aconselhamento jurídico prestado: essa conduta será lícita, a priori, qualidade da qual será despida se, após a ação do consultante, forem verificados os elementos que caracterizam a tipicidade objetiva – a irrazoabilidade da solução jurídica contida no parecer – e subjetiva para transformar essa ação em instigação punível – o conhecimento e a vontade de que a ação principal a ser consumada (o dolo do instigador) ou a imputação por violação de seu dever objetivo de cuidado, nos crimes que admitem modalidade culposa.

Subjaz à discussão sobre as ações neutras a ponderação da liberdade individual, como direito fundamental previsto na Constituição da República, ao qual faz jus o partícipe, que não realiza a conduta típica prevista nos tipos penais, e o dever geral de não concorrência ou colaboração para a prática de crimes, insculpido no art. 29 do Código Penal<sup>258</sup>. Mais uma vez, essa ponderação se faz presente no assessoramento jurídico, ação fomentada pelo Direito; entretanto,

não se reconhece ao parecerista ou consultor a liberdade de manifestar sua opinião técnica como furto de uma decisão da sua consciência e, por isso, devem ser observados todos os critérios de cumprimento do seu dever concreto de prestar uma informação confiável ao consultante<sup>259</sup>.

Antes de expor como o assessoramento jurídico foi particularmente enfrentado no âmbito da teoria das ações neutras, cabe mencionar que a doutrina buscou diversos critérios para determinar quais contribuições não manifestamente ilícitas deveriam ser puníveis. Essas soluções partiram do emprego do uso de princípios consagrados no direito penal, como o da adequação social, da insignificância, da confiança e da proibição do regresso<sup>260</sup>. Luís Greco identifica, a partir da década de 90, a formulação de critérios dogmáticos próprios para definir a (a)tipicidade das ações neutras. Em seu profundo estudo sobre o tema, o referido professor

---

<sup>257</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 108-109.

<sup>258</sup> “(...) a valoração quanto a se este risco é ou não juridicamente desaprovado pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade, no sentido de que seja permitida a prática de determinada classe de ações perigosas, e o interesse de proteção de bens jurídicos, no sentido de que sejam proibidas as ações perigosas”. GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 118-119

<sup>259</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 199-200.

<sup>260</sup> As propostas de solução das “ações neutras” a partir dos princípios listados e a crítica sobre a suficiência desses critérios está disponível na obra de José Danilo Tavares Lobato: LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33-44.

agrupa essas teorias em quatro grupos: (I) aquelas que buscam resolver a questão no âmbito do tipo objetivo; (II) aquelas que, por outro lado, associam as ações neutras ao tipo subjetivo; (III) teorias que adotam, simultaneamente, critérios objetivos e subjetivos para identificar os atos de cumplicidade típicos; e, por fim, (IV) as chamadas teorias casuísticas, que, ao invés de formular uma tese geral para identificar ações puníveis, propõem critérios cumulativos de forma a ajustar a tipicidade aos subgrupos que entendem que devem ser puníveis<sup>261</sup>.

Não é objeto deste trabalho dissertar sobre os diversos critérios propostos pela doutrina nacional e estrangeira sobre as condutas neutras. Para tanto, recomenda-se, mais uma vez a leitura das obras de Luís Greco e José Danilo Tavares Lobato. O que importa é investigar *se e quais* contribuições advindas dessa teorização são aproveitáveis para a determinação da licitude de um aconselhamento jurídico. Para tanto, serão expostas, de forma sucintas, três possíveis soluções para o tema formuladas à luz do direito penal brasileiro.

A primeira delas é aquela defendida por Luís Greco, que aporta a teoria da imputação objetiva para a análise da tipicidade dos atos de cumplicidade<sup>262</sup>, defendendo que a solução para as ações neutras seja exclusivamente de tipo objetivo, área da teoria do delito responsável por delimitar o que é permitido e o que é proibido<sup>263</sup>. Como consequência, exige-se que, além de causal ao fato principal, a contribuição (I) crie um risco ao bem jurídico ao qual o tipo penal da ação principal se refere; (II) esse risco seja juridicamente desaprovado; e (III) o risco criado se realize no resultado (a realização da conduta típica)<sup>264</sup>.

A criação do risco seria avaliada segundo o critério da prognose póstuma-objetiva, segundo o qual a ação é arriscada quando um homem prudente, no momento de sua prática e dotado de conhecimentos especiais, vislumbra a possibilidade de dano<sup>265</sup>. Esse risco, contudo, estaria presente em quase todos os casos identificados como ações neutras, razão pela qual Luís Greco situa no âmbito do risco permitido ou juridicamente aprovado a definição da tipicidade dessas condutas.

Por isso, segundo Greco, para que a contribuição não manifestamente ilícita seja típica, deve ser ela (I) idônea para alcançar o fim almejado, qual seja, melhorar a situação do

---

<sup>261</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 32-106. Ainda: LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 45-98.

<sup>262</sup> Como já foi dito, apesar de tratar especificamente das ações de cumplicidade, Luís Greco admite a possibilidade de cumplicidade psíquica, categoria na qual poderia estar inserida o assessoramento jurídico. Da mesma forma, o referido autor aceita que seu desenvolvimento sobre contribuições cotidianas possa incidir igualmente sobre ações de instigação.

<sup>263</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 115.

<sup>264</sup> Ibid. p. 116-121.

<sup>265</sup> Ibid. p. 117.

bem jurídico em questão, não sendo necessário que a hipotética supressão da ação salvasse tal bem; (II) necessária, isto é, que não haja medida menos gravosa que possa atingir o mesmo fim; e (III) proporcional em sentido estrito - uma ponderação concreta para que não se limite excessivamente a liberdade<sup>266</sup>. Nesse juízo, o critério proposto pelo autor é o seguinte: quão mais ubíqua for a ação do cúmplice, isto é, quão mais fácil for para o autor principal obter uma contribuição idêntica de outrem, em outro lugar, menos idônea a criminalização da contribuição do partícipe<sup>267</sup>.

Escrevendo sobre o tema após Luís Greco, José Danilo Tavares Lobato o critica com base em três motivos principais: (I) o juízo sobre a ubiquidade da contribuição, na avaliação da idoneidade da proibição, exige a consideração de cursos causais hipotéticos; (II) a teoria delega ao juiz determinar, em cada caso concreto, a idoneidade da proibição, questão problemática diante da insegurança jurídica inerente a todo juízo de ponderação, especialmente na esfera penal; e (III) a teoria admite a punição de condutas que, embora aptas a proteger o bem jurídico no teste da idoneidade, são estimuladas pelo Direito, como o caso de devedor que salda dívida exigível ciente de que o credor pretende utilizar tal montante para adquirir uma arma de fogo para praticar um homicídio<sup>268</sup>.

A partir dessas críticas, José Danilo Tavares Lobato elabora sua própria solução para o tema das ações neutras, admitindo a contribuição da teoria da imputação objetiva para os atos de cumplicidade. Contudo, adota, simultaneamente, critérios subjetivos para que considere punível a ação do cúmplice, asseverando ser necessário que este aja “*consciente de que ele está concorrendo para o fato*”, estando presente, assim, o “*mesmo elemento subjetivo da participação criminal comum*”<sup>269</sup>.

Lobato defende que as ações neutras devem ser interpretadas à luz do conceito de abuso de direito desenvolvida pelos civilistas e expressamente positivado no art. 187 do Código Civil<sup>270</sup>. Afinal, seriam elas condutas que não estariam, *a priori*, abrangidas pelos tipos penais; a extensão da punibilidade operada pelo art. 29 do Código Penal alcançaria tais

<sup>266</sup> Ibid. p. 135-146.

<sup>267</sup> “*Em geral, quanto mais ubíqua a contribuição, quanto mais fácil obter um substituto não iniciado que se proponha a realiza-la, tanto menos idônea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico. Por outro lado, quanto mais difícil seja obter a contribuição noutra lugar ou sem despertar a desconfiança de um terceiro, tanto mais idônea será a proibição para proteger o bem jurídico*”. Ibid. p. 142.

<sup>268</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 71-73.

<sup>269</sup> Ibid. p. 110-111.

<sup>270</sup> “*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

condutas justamente porque nelas o direito do cúmplice de assim agir seria exercido de forma contrária aos direitos de terceiro (a vítima) ou ao ordenamento jurídico como um todo<sup>271</sup>. A avaliação sobre o abuso de direito de liberdade do cúmplice no caso concreto, num juízo posterior à realização do fato criminoso, equivaleria à verificação da criação de um risco juridicamente desaprovado na teoria da imputação objetiva.

Especialmente em relação às contribuições ao injusto alheio realizadas por meio do cumprimento de um dever legal, uma das causas de exclusão de ilicitude previstas no art. 23 do CP, a solução de Lobato é considerá-las atípicas, por representarem um risco jurídico permitido<sup>272</sup>. É o que aconteceria no exemplo, trazido por Luís Greco, do devedor que salda dívida líquida, certa e exigível, contribuindo para que o credor realize um homicídio, ciente desse plano delitivo. Para o autor, não seria lógico considerar juridicamente desaprovado no âmbito penal uma conduta estimulada pelo próprio ordenamento jurídico.

Após tratar das teorias de dois autores funcionalistas, merece registro uma solução para a questão em comento numa perspectiva finalista. Vale destacar que Raul Zaffaroni e Nilo Batista se utilizam do conceito de tipicidade conglobada, que redimensiona o alcance da norma penal por meio da aferição concreta da conflitividade da conduta, num binômio lesividade e imputabilidade<sup>273</sup>.

Segundo eles, o critério da imputabilidade, para ter potencial redutor na participação criminal na qual, por definição, não há domínio do fato criminoso, precisaria ser restrito por meio da exclusão das condutas banais do partícipe. Banal seria a conduta cujo aporte para o fato principal seria irrelevante; contudo, mesmo banal, em princípio, haveria tipicidade quando há no papel desempenhado pelo partícipe um dever de abstenção ou de cuidado com lesões do gênero da causalidade para o qual contribuiu<sup>274</sup>.

Essa construção se dá a partir da teoria dos bens escassos desenvolvida por Gimbernat Ordeig. Seriam *escassas* contribuições dificilmente disponíveis, que impliquem condutas delituosas, riscos pessoais ou dependam de conhecimentos técnicos específicos; *abundantes* as contribuições que podem ser obtidas com facilidade; e *superabundantes* as condutas que,

---

<sup>271</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99-107.

<sup>272</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 114-119.

<sup>273</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 159-162.

<sup>274</sup> Ibid. p. 257-259.

ubíquas, são autorizadas no regular exercício de uma atividade<sup>275</sup>. A escassez ou abundância da contribuição seria determinante para torná-la de maior ou menor importância, causando a incidência, ou não, da causa de diminuição de pena do parágrafo 1º do art. 29 do Código Penal. Para as contribuições *neutras* ou *superabundantes*, a colaboração seria objetivamente banal, por não configurar favorecimento objetivo. Somente quando a contribuição não é banal, segundo a análise do contexto factual, seria necessário “*investigar o dolo do cúmplice*”<sup>276</sup>.

A consideração conglobada do tipo penal se completa pela verificação da lesividade da ação, que é excluída quando demonstrada a ausência de afetação significativa de um bem jurídico<sup>277</sup> diante da consideração da norma face ao “*universo de normas deduzidas de outros tipos e estabelecidas por (ou deduzidas de) outras leis penais ou extra-penais, segundo o princípio geral de coerência ou não-contradição*”<sup>278</sup>. Por essa razão, seriam atípicas, por carecerem de antinormatividade, as ações realizadas em estrito cumprimento de dever legal<sup>279</sup>, como o mencionado exemplo do devedor que salda sua dívida ciente dos planos do credor de usar tal quantia para comprar uma arma de fogo e matar alguém.

Expostas essas três visões sobre o tema, entende-se, aqui, que no enfrentamento da questão da tipicidade das “ações neutras” o direito penal brasileiro exige uma solução mista, que cumule critérios objetivos e subjetivos, o que acaba, por consequência, por oferecer um filtro maior de poder punitivo. No âmbito do tipo objetivo, a limitação da punibilidade das condutas neutras requer a superação de um paradigma meramente causal da contribuição. Não é suficiente a resolução dos problemas de ações cotidianas por meio da investigação dos significados efetivos de “auxílio” ou “favorecimento objetivo” sem a complementação de um critério subjacente sobre a natureza da contribuição punível. Em relação ao tipo subjetivo, a exigência de dolo do cúmplice e do instigador, ao invés de constituir uma inovação teórica para resolver a questão específica das ações neutras, representa uma longa tradição brasileira no estudo da participação criminal. Afinal, “*a participação é conduta essencialmente dolosa,*

---

<sup>275</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 493-494.

<sup>276</sup> Ibid. p. 494.

<sup>277</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 225.

<sup>278</sup> Ibid. p. 160.

<sup>279</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 231-236.

*e deve dirigir-se à interferência num delito também doloso*”<sup>280</sup>. Se age com culpa, o agente pode, em alguns casos, ser autor direto de um delito culposo; a participação dolosa em um delito culposo é resolvida, geralmente, como autoria mediata dolosa<sup>281</sup>. Esses axiomas sobre as condutas neutras serão utilizados, oportunamente, no enfrentamento da possível tipicidade objetiva e subjetiva da conduta do consultor jurídico.

Por fim, cabe destacar três exemplos de como a doutrina tratou do assessoramento jurídico quando do enfrentamento das “ações neutras”, situações que ajudaram na formulação dos critérios adiante propostos para definir a punibilidade dessa atividade.

Luís Greco propõe caso no qual um advogado é consultado pela esposa e pelo filho de um preso sobre os riscos jurídicos aos quais estão submetidos caso auxiliem o marido e o pai, respectivamente, a fugir durante uma visita à família acompanhada de um agente penitenciário, o que, posteriormente, veio a ocorrer com o auxílio dos parentes<sup>282</sup>. Primeiramente, o advogado teria orientado os familiares do preso a não agir com essa finalidade; em seguida, tendo visto que eles estariam determinados a praticar o fato, informa-os de que ambos não seriam puníveis pelo crime de favorecimento pessoal, tendo em vista a causa de exclusão de pena prevista pelo art. 348, § 2º, CP<sup>283</sup>.

O eminente professor soluciona o caso da seguinte maneira<sup>284</sup>: a esposa e o filho do preso teriam praticado não apenas o delito de favorecimento pessoal – ao qual incide, de fato, a causa de exclusão da punibilidade prevista no art. 348, § 2º, CP –, mas também o delito de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança (art. 351, CP<sup>285</sup>). Haveria, em tese, contribuição delitiva do advogado, cujo conselho jurídico teria sido determinante para a ação dos familiares, nesses dois delitos, tendo em vista que a ação de favorecimento pessoal praticada pelos familiares seria típica e antijurídica, elementos suficientes a satisfazer a

<sup>280</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008, p. 158.

<sup>281</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 468.

<sup>282</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 3.

<sup>283</sup> “Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. § 1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa. § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>284</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 157-162.

<sup>285</sup> “Art. 351 - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

acessoriedade limitada da participação, apesar de aparentemente despida de culpabilidade decorrente de erro de proibição (art. 21, CP).

Greco considera que, em relação ao delito de favorecimento pessoal, o advogado transmitiu um aconselhamento ubíquo a seus clientes, ou seja, juridicamente correto e que, por isso, seria (ou deveria ser) transmitido por todo e qualquer advogado. Por isso, quanto a esse delito, não haveria cumplicidade do profissional. Há que se registrar, aqui, um motivo adicional de atipicidade da conduta do profissional, talvez não presente na resolução oferecida pelo autor em função da premissa, da qual se discorda, de que a contribuição do advogado seria de cumplicidade e não de instigação: o direito penal brasileiro não admite a instigação daqueles que já estão de todo resolvidos a praticar a ação principal (*omnino facto*), como parece ser o caso dos familiares consulentes.

Por sua vez, quanto ao delito de fuga de preso,

o advogado criou risco juridicamente desaprovado de que o delito principal se praticasse, uma vez que a proibição do esclarecimento jurídico só se torna inidônea [para proteção do bem jurídico ameaçado] quando esse esclarecimento é correto ou ao menos defensável<sup>286</sup>.

Ocorre que Greco conclui pela impunibilidade do consultor também em relação a essa infração penal, uma vez que ele pensou “*estar prestando um esclarecimento correto*”, o que configuraria um erro “*sobre os pressupostos fáticos da criação do risco juridicamente desaprovado – um erro de tipo, portanto, que exclui o dolo*”<sup>287</sup>.

José Danilo Tavares Lobato, por sua vez, apresenta hipótese na qual o advogado quer induzir ou instigar o cliente à prática de apropriação indébita de coisa havida por erro (art. 169, CP<sup>288</sup>) e, para tanto, apresenta ao cliente a possibilidade de, processado por tal delito, ter extinta sua punibilidade por meio da celebração de transação penal<sup>289</sup>. Lobato considera que essa seria uma conduta típica de instigação, uma vez que,

não obstante o direito do cliente de conhecer o Direito, o patrono não pode atuar de forma a fomentar a realização de crime pelos seus patrocinados. O advogado que atua dessa maneira excede e abusa do seu direito profissional, logo atua desamparado pelo ordenamento jurídico<sup>290</sup>.

<sup>286</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 161.

<sup>287</sup> Ibid. p. 161.

<sup>288</sup> “Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>289</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112-113.

<sup>290</sup> Ibid. p. 112.

Como visto, a noção de abuso de direito é o principal critério utilizado pelo autor para determinar a licitude de uma contribuição neutra. Em seu raciocínio sobre o caso proposto, Lobato utiliza uma regra deontológica da advocacia para configurar o abuso na conduta profissional, qual seja, a proibição de advogar contra expressa disposição de lei (art. 34, inc. VI, da Lei nº 8.906/94), um vetor especialmente relevante a este estudo. Sobre a licitude no assessoramento jurídico, faz importante alerta:

ressalte-se que o abuso não consiste no fornecimento das informações jurídicas em si mesmas. Ele existe no modo ou na forma como tais dados são transmitidos. O advogado pode e deve ensinar o Direito ao cliente, no entanto, o ordenamento jurídico não lhe concede a faculdade de manipular tais informações de forma a atuar na injustiça da lei. O patrono teria que se limitar a explicar as normas e não falar ao cliente que é um ‘bom negócio’ infringir a lei em um determinado caso concreto. Na hipótese apresentada, o advogado teria que alertar o cliente sobre a impossibilidade de realizar nova transação penal no prazo de cinco anos. Não poderia omitir as informações que consistem em ônus. Ele pode apresentar o bônus, desde que também demonstre o ônus e sem direcionar o discurso de modo a fazer o cliente só vislumbrar os benefícios da infração à lei<sup>291</sup>.

De fato, a ilicitude da consultoria jurídica no caso realizado por Lobato é evidente. Para além da informação jurídica acertada sobre o cabimento de transação penal para o delito de apropriação indébita de coisa havida por erro, não houve assessoramento propriamente dito, mas um convencimento do cliente para que ele cometesse um crime. Essa persuasão foi idônea, sendo influente para que o cliente optasse pela prática delitiva. Não havia dúvidas, por parte do consultor, sobre a ilicitude da conduta a ser praticada pelo consulente. Por algum motivo, havia no advogado o desejo e a vontade de que seu cliente praticasse o delito previsto no art. 169 do CP, razão pela qual está configurado nele o dolo de instigação.

Por fim, Ricardo Robles Planas difere a responsabilidade penal de um advogado tributarista (ou mesmo de um contador) a partir daquilo que chama de uma contribuição específica ao feito, conduta essa que ultrapassaria o standard profissional da atividade<sup>292</sup>. Segundo ele,

*“los contornos del estándar se pierden tan pronto el sujeto realiza una aportación específica al hecho, adaptando su conducta a las necesidades del autor o teniendo en cuenta sus especificidades, cuando ello no es lo propio del rol o estándar desde el que se lleva a cabo la prestación. Por ello, quien asesora objetivamente sobre las posibilidades de pagar menos al fisco, no participa en el eventual delito contra*

<sup>291</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112-113.

<sup>292</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 444-445.

*la Hacienda Pública, pero quien diseña una compleja y personalizada operación societaria con esse fin, no pude apelar a que es ajeno al fraude*<sup>293</sup>.

A noção de que, havendo uma contribuição específica ao feito, há participação do profissional é bastante intuitiva. O que seria uma contribuição *específica* ao feito, contudo, não é bem definido pelo autor espanhol. Na compreensão deste trabalho, inclusive, a eventual participação do profissional na arquitetura e operacionalização de um esquema para supressão de impostos, nos termos propostos pelo trecho acima, não seria um ato de pura assessoria, mas possivelmente uma forma de coautoria entre consultor e consulente (assunto tratado no tópico 3.1.3). Essa avaliação depende, é claro, do dolo do agente, que irá variar de acordo com a forma pela qual representa a licitude da operação da qual participa.

O exemplo de Robles Planas fornece uma importante distinção para a avaliação da responsabilidade penal do consultor, assinalada por Tiago Caruso:

em se tratando de um mero fornecimento de uma informação técnica ou jurídica prevalece a descrição objetiva da valoração de uma determinada realidade (o que se diferenciará do aconselhamento ou assessoria, na qual prevalecerá o componente pessoal por parte do profissional). Logo, a responsabilidade do especialista limita-se à correção das correspondentes informações constantes no seu parecer ou consultoria, em atenção aos fins propostos. A situação é diversa quando o especialista consultado dá indicações concretas, faz sugestões, recomenda a forma de atuação ou fornece conselhos sobre os caminhos a serem seguidos por quem tomará a decisão (...). Nesses casos, na medida em que o consultor não descreve mais abstratamente uma realidade, mas contribui para configurar a situação do consulente no futuro, já não se pode mais reclamar a distância profissional com relação ao fato punível que venha a ser realizado<sup>294</sup>.

Essa diferenciação já foi feita por antigos doutrinadores, como Oscar de Macedo Soares<sup>295</sup> e Antonio José da Costa e Silva<sup>296</sup>, como visto no segundo capítulo. O fornecimento de conselhos detalhados para o consulente, entretanto, não afasta, *per se*, o caráter lícito da consulta jurídica.

#### 4.1.2 A consultoria jurídica e o tipo objetivo de instigação

---

<sup>293</sup> Ibid. p. 445.

<sup>294</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 192.

<sup>295</sup> SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 51.

<sup>296</sup> SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 107.

Como se definiu no primeiro capítulo, a instigação é gênero do qual são espécies a determinação e a instigação em sentido estrito, respectivamente, a provocação ou o reforço no autor principal da decisão de realizar o fato criminoso. No segundo capítulo, foram expostas as razões pelas quais se entende que a consultoria jurídica guarda abrigo nos atos de aconselhamento, uma das formas de instigação vislumbradas, historicamente, pela doutrina.

Buscando não repetir tudo o que foi exposto anteriormente neste trabalho, serão expostos, aqui, os obstáculos oferecidos pelo tipo objetivo de instigação à criminalização da atividade de consultoria jurídica.

Comentando o Código Penal atualmente em vigor, Aníbal Bruno referia-se a quatro modos principais, embora não exaustivos, de instigar: “*o mandato, o comando, o conselho e a ameaça*”<sup>297</sup>. Para Heleno Fragoso, que não enxergava esse rol de forma taxativa, a instigação podia se realizar “*através do mandato, da persuasão, do conselho, do comando, da ameaça, e, inclusive, da aparente dissuasão*”<sup>298</sup>.

O segundo capítulo demonstrou que a tradição da dogmática jurídico-penal brasileira é considerar o conselho como uma forma mais branda do que outras espécies de instigação, no sentido de ser menos capaz de influenciar um terceiro ao cometimento de um crime. Um dos motivos para tanto é o fato de, no conselho, ao contrário de outras formas de instigação, o crime ser praticado exclusivamente no interesse e por conta do consulente – circunstância que, por si só, representa um óbice à configuração positiva do dolo de instigação no assessor jurídico.

Sendo menos eficaz, é especialmente relevante avaliar, nos casos de aconselhamento, se já não existe resolução definitiva do consulente em praticar a ação típica, hipótese conhecida como de *omnino facto facturus*<sup>299</sup>. Nessa hipótese, inclusive, a contribuição do conselheiro sequer seria *causal* do delito a ser praticado pelo consulente, nos termos do art. 13, *caput*, CP.

A busca pela consulta, em si, pode sugerir que preexiste no consulente a decisão de realizar o fato supostamente criminoso, podendo o parecer apenas ratificar essa resolução (instigação propriamente dita). Não obstante, reconhece-se que, muitas vezes, a decisão de

---

<sup>297</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 1.º: introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 274.

<sup>298</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 256.

<sup>299</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 184.

praticar o fato criminoso pode surgir a partir do conselho jurídico recebido (caso de determinação).

Essa diferença é ilustrativa diante de dois exemplos. Na hipótese proposta por Luís Greco, tratada acima, os familiares do preso já estavam determinados a agir no sentido de propiciar sua fuga. O conselho fornecido pelo advogado não foi motor da decisão por eles deliberada. Outra é a situação de consulta a um advogado tributarista sobre a regularidade do não recolhimento de determinado tributo: o cliente possui, naturalmente, a intenção de não pagar o que entende não dever e busca, por meio do aconselhamento, um fundamento jurídico para tanto. Os argumentos jurídicos utilizados pelo causídico serão, portanto, exemplos de um conselho “*que faz reforçar e desenvolver no autor direto uma resolução ainda não concretizada, mas preexistente*”<sup>300</sup>. Pode-se imaginar ainda que por seu conhecimento técnico, o tributarista informe ao consulente que um determinado precedente judicial autoriza a redução da carga tributária a ser paga pelo cliente, fazendo surgir nele a vontade de praticar uma das ações supostamente típicas previstas no art. 1º da Lei nº 8.137/90<sup>301</sup>.

Outras regras que regem a participação criminal impõem obstáculos à caracterização da consultoria como ação de instigação punível. Em razão do art. 31 do CP, os atos de participação são impuníveis se o fato principal não for ao menos tentado. Portanto, se o consulente nada faz a partir do assessoramento que recebeu, não há início da execução de qualquer atividade típica. Mesmo que o consulente pratique atos a partir do conselho técnico, será necessário que essas atividades representem atos de execução segundo os respectivos tipos de injusto para que se cogite da criminalização do consultor.

Especialmente relevante à potencial imputação do assessor jurídico é o princípio da acessoriedade limitada, adotado pela maior parte da doutrina para tratar da participação criminal. Por meio desse princípio, o partícipe, para ser punível, deve colaborar com um fato principal típico e antijurídico. Caso a conduta praticada pelo consulente, a partir da consulta,

<sup>300</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 182.

<sup>301</sup> “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”. BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

seja objetiva ou subjetivamente atípica ou esteja amparada por alguma causa de justificação, o advogado consultor não será punido.

A importância de que a ação do cliente seja típica e antijurídica para que a contribuição do partícipe seja típica é bem ilustrada pelo delito de obstrução da justiça (art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013<sup>302</sup>), uma das vias que têm sido mais utilizadas na tentativa de criminalizar a advocacia, especialmente a advocacia criminal. Um *habeas corpus* julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás é paradigmático sobre o tema: um advogado foi denunciado pela suposta prática desse delito, por ter orientado por telefone um cliente, cujo aparelho celular estava interceptado por ordem judicial, a deixar esse aparelho com outra pessoa, para evitar a busca e apreensão desse objeto<sup>303</sup>. Foi determinante para a concessão da ordem para trancar a ação penal a inviolabilidade da correspondência do advogado no exercício de seu mister, prevista para o art. 7º, inc. II, da Lei nº 8.906/94.

O acórdão, contudo, registra lição de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato sobre o sujeito ativo do crime de obstrução de justiça, reproduzida a seguir:

o investigado não é sujeito ativo do crime, pois, como tal, tem direito a defender-se, ainda que considerem sua defesa um estorvo ou obstáculo à investigação. Além de seu direito à ampla defesa, também tem o direito de não produzir prova contra si mesmo e não se autoincriminar<sup>304</sup>.

Muito embora o delito tenha sido imputado ao advogado a título de autoria delitiva – afinal, a jurisprudência dedica pouca atenção ao título da responsabilidade de cada sujeito nos casos de concurso de agentes<sup>305</sup> –, a conduta do profissional foi obviamente uma orientação jurídica, que influenciou na decisão do cliente de praticar a ação de entregar seu celular a um terceiro. Deveria, portanto, o advogado ter sido denunciada por uma possível instigação delitiva.

O exemplo importa ao presente estudo porque, dado o caráter acessório da participação criminal, haveria dois motivos adicionais à inviolabilidade da correspondência profissional do advogado que fundamentariam sua impunibilidade.

<sup>302</sup> “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”. BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>303</sup> ESTADO DE GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Habeas Corpus nº 64300-18.2018.8.09.0000**. 1ª Câmara Criminal, relator Des. J. Paganucci Jr. Julgado em 19 de junho de 2018.

<sup>304</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo, Saraiva, 2014, edição Kindle, capítulo 3.

<sup>305</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 189.

O primeiro é o fato do investigado, supostamente integrante de uma organização criminosa, não poder ser, segundo a doutrina, autor do delito de obstrução de justiça. Neste sentido, a conduta do cliente que esconde seu celular seria atípica. O segundo motivo é consequência do primeiro: o investigado não pode ser autor do crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, porque eventuais condutas que embarcem a investigação porque esse tipo

contém, implicitamente, o elemento normativo ‘sem justa causa’ ou ‘indevidamente’, afastando a proibição das condutas de impedir e embarçar, porque há situações em que o impedimento ou perturbação são não apenas legítimos, mas necessários<sup>306</sup>.

Dessa forma, eventuais condutas como aquela praticada pelo cliente do caso em tela, a partir da orientação de seu advogado, ainda que pudessem ser consideradas *típicas*, seriam *antijurídicas*, em respeito aos seus direitos constitucionais à não autoincriminação (art. 5º, inc. LXIII, CR) e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CR). A participação do advogado seria atípica, tanto porque seu parecer jurídico foi regular, visto que seu cliente tem o direito de evitar a produção de provas contra si mesmo, quanto porque a ação principal para a qual contribuiu é atípica e antijurídica.

Para criminalização do consulente, o caráter assessorio da instigação reclama, assim, a investigação da própria tipicidade e antijuridicidade da ação do consulente. O reconhecimento da atipicidade ou da antijuridicidade da conduta principal – a culpabilidade do agente que pratica a conduta típica não integra a acessoriedade limitada, como visto – durante o curso de uma persecução penal já deflagrada possuiria, portanto, o condão de afastar a responsabilidade jurídico-penal do parecerista.

#### 4.1.3 A consultoria jurídica e o tipo subjetivo de instigação

Como lecionam Zaffaroni *et al*, “a investigação sobre a tipicidade de uma conduta exige uma análise que deve sempre principiar pelo aspecto objetivo”, porque “sem uma elementar captação típica de uma ação não se discutirá sua tipicidade”<sup>307</sup>. Somente quando presentes os elementos objetivos do tipo de instigação expostos no item anterior – o que

<sup>306</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo, Saraiva, 2014, edição Kindle, capítulo 3.

<sup>307</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 159.

ocorrerá apenas se o parecer fornecido pelo profissional não for correto juridicamente e, mesmo nessas hipóteses, quando essa opinião não for minimamente plausível –, será necessário, ainda, perquirir como o consulente representa sua própria contribuição e a ação do autor principal.

Para Juarez Cirino dos Santos, “*o dolo do instigador caracteriza-se por um duplo objeto: imediatamente, tem por objeto criar a decisão de realizar um tipo de injusto doloso no psiquismo do autor; mediadamente, tem por objeto a realização do tipo de injusto doloso pelo autor*”<sup>308</sup>. Lobato, por sua vez, apresenta um nível de tipicidade subjetiva menos restrito, admitindo que o instigador esteja “*consciente de que ele está concorrendo para o fato*”, seja por meio de dolo direto (“*consciência e vontade de concorrer para a conduta do autor*”), seja por meio de dolo eventual (“*consciência e assunção na concorrência à atuação alheia*”)<sup>309</sup>.

Em se tratando de um conselho fornecido a outrem, sujeito autorresponsável para acatar ou não a opinião técnica recebida, não parece prudente admitir o dolo eventual do consulente, sob pena de se fazer presente, sempre, a “assunção do risco” de contribuição delitiva. Caso aceita a proposição de Lobato, a mera solicitação de um parecer poderia ser considerada um indício apto a sinalizar a disposição do consulente de praticar o fato principal; ainda, no que diz respeito especificamente à assessoria jurídica, poder-se-ia cogitar de dolo eventual do consultor, segundo a compreensão do autor, diante de praticamente toda opinião legal contendo uma interpretação jurídica diversa da dominante, o que representaria odioso crime de hermenêutica.

Vale destacar, nesse sentido, que historicamente entende-se que o “*o dolo no conselheiro, não pode ele consistir noutra coisa senão na intenção de impelir ao delito a determinação alheia*”, nos dizeres de Carrara<sup>310</sup>. Ainda, o conselho foi diferenciado de outras modalidades de instigação, porque nele o crime se dá em proveito e no interesse exclusivos do autor principal. Se essa circunstância afasta, em regra, o dolo de instigação do consultor, não retira desse profissional o ônus de ser uma fonte *confiável e isenta* em seu mister.

Para Eros Grau, a autoridade de um parecer “*é construída não apenas sobre o capital intelectual acumulado mercê de efetiva dedicação ao estudo do direito, mas também sobre a sua prudência e sobre sua seriedade intelectual*”, porque “*de nada vale a sabedoria para o imprudente e para quem responde a consultas não segundo a sua convicção, mas conforme*

<sup>308</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 389.

<sup>309</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 111.

<sup>310</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 316.

aos desígnios de quem as encomenda e paga”<sup>311</sup>. Pode-se concluir, portanto, que, o crédito do parecer refletirá, também, a reputação profissional de seu próprio subscritor. Segundo Tiago Caruso, para que seja o parecerista confiável,

o primeiro aspecto que precisa ser por ele observado é a sua independência e falta de interesse negocial ou no deslinde da causa sobre a qual está sendo consultado. O especialista precisa atuar de maneira despreocupada com as vantagens ou desvantagens próprias da decisão que será tomada pelo solicitante da informação, de modo a não contaminar a sua análise e avaliação sobre o caso concreto que lhe é consultado (independência). O parecerista precisa estar isento, inclusive, da influência ou direcionamento do consulente, que possa limitar ou dificultar o acesso, a utilização ou o conhecimento de dados e documentos que sejam relevantes para a qualidade das suas respectivas conclusões. De igual modo, os honorários a serem pagos ao consultor pelo contratante não devem estar sujeitos ao, ou, de qualquer forma, dependerem do resultado da decisão que será tomada pelo consulente (falta de interesse negocial). Em ocorrendo quaisquer das hipóteses acima, é dever do especialista declarar-se impedido ou suspeito para realizar a tarefa<sup>312</sup>.

Deve-se ressaltar, ainda, que “a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia” (art. 18 da Lei nº 8.906/94), razão pela qual “não há razão para se declarar, de antemão, que os departamentos jurídicos [internos de uma empresa] seriam, em geral, suspeitos”<sup>313</sup>.

Raúl Cervini e Gabriel Adriasola admitem a punição do assessor jurídico apenas por dolo direto. Citando Robles Planas, aduzem que “não basta que a conduta estandardizada seja um aporte ao delito, mas deve existir no assessor a vontade de ‘vincular-se ao fato’”<sup>314</sup>. Invocando Roxin, defendem que, “para resultar punível, o profissional deve ter um ‘conhecimento seguro’ do plano delitivo do autor, não bastando o dolo eventual para eliminar a neutralidade da atuação”<sup>315</sup>. Zaffaroni et al fazem proposição semelhante, a partir da possibilidade de erro de tipo sobre a banalidade da colaboração na participação, preceituando que supõe realizar uma “cooperação corriqueira ao fato, quando na verdade presta uma contribuição importante, não atua com o dolo de participação”<sup>316</sup>.

Para punir o assessor jurídico, será fundamental demonstrar que ele representava o fato principal e que quis sua realização. Essa matéria, contudo, deverá ser devidamente

<sup>311</sup> GRAU, Eros Roberto. **Pareceres, juristas e apedeutas**. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Ano 2, nº 9, 2002. p. 86.

<sup>312</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 187.

<sup>313</sup> Ibid. p. 106

<sup>314</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

<sup>315</sup> Ibidem.

<sup>316</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 292.

comprovada, porque o dolo – seja do agente principal, seja do partícipe – nunca deve ser presumido. É similar a conclusão de Tiago Caruso, para quem “*difícilmente se capturará a presença do dolo na conduta do consultor de fornecer uma opinião qualificada*”<sup>317</sup>.

Prossegue o autor registrando que mesmo

manifestações técnicas ou jurídicas claramente incorretas, com erros grosseiros, sem fundamentação normativa, doutrinária ou jurisprudencial, se jurídicas, ou referências teóricas e metodológicas, se técnicas, transmitidas sem formalidades mínimas e sem vinculação às particularidades do caso concreto são meramente indiciários da presença do dolo, cuja configuração dependerá das circunstâncias do caso concreto que demonstrem que o consultor conhecia as circunstâncias objetivas do tipo legal e dirigiu sua ação para contribuir para a realização do tipo objetivo (visando a lesão do bem jurídico nele tutelado (pois o fato principal, como visto, será efetivamente praticado pelo consulente quando da tomada da decisão)<sup>318</sup>.

Esse entendimento foi adotado, também, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 171.576/RS. Para o relator, o Ministro Gilmar Mendes, há “*possibilidade de responsabilização criminal do parecerista, não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar*”<sup>319</sup>.

A exigência do duplo dolo do partícipe – dolo na colaboração e em relação ao fato principal – impede a participação culposa do assessor em um crime doloso. Na hipótese de subscrever um parecer com base em informações ou documentos falsos que lhe foram encaminhados pelo consulente, estará o advogado em evidente hipótese de erro de tipo (art. 20, *caput*, CP), exceto se “*a falsidade constante nessas informações for evidente ou claramente perceptível ao especialista*”<sup>320</sup>. Nesse sentido, uma das precauções que devem ser adotadas pelo parecerista em seu mister é consignar, na opinião legal, os documentos recebidos do cliente, cujos conteúdos foram por ele analisados durante a apreciação da questão jurídica que lhe foi submetida.

Da mesma forma, outra situação – mais frequente que a anterior - na qual haverá erro de tipo, nos termos do art. 20, *caput*, CP será verificável quando o consultor representar como lícita a opinião que apresenta ao consulente, quando a questão jurídica sob análise versar sobre tipos penais que contenham elementos normativos. Um ótimo exemplo dessa situação

---

<sup>317</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 230.

<sup>318</sup> Ibidem.

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 171.576/RS**. Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753386620>>. Acesso em 10.mar.2022. p. 6.

<sup>320</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 191.

ocorria nas hipóteses de imputação ao advogado do crime previsto no antigo art. 89 da Lei nº 8.666/93<sup>321</sup> (correspondente ao atual art. 337-E do CP<sup>322</sup>), diante da existência da circunstância elementar “fora das hipóteses previstas em lei”. O voto do Ministro Ricardo Lewandowski nos autos do já citado Habeas Corpus nº 171.576/RS é elucidativo:

a presença do dolo é imprescindível para configuração do crime em exame. Vale dizer, não basta o dano, tampouco a mera conduta culposa; é fundamental, pois, que o parecerista esteja consciente de que comete uma infração à ordem jurídica com a intenção de obter o resultado reprovável (...) Presidente, não encontrando uma leitura verticalizada da denúncia, nenhum indicio de dolo ou vontade subjetiva de fraudar a licitação, e também não havendo nenhuma menção a qualquer enriquecimento ilícito, estou acompanhando o Relator para determinar o trancamento do Processo Penal que tramita na 5ª Vara Federal de Caxias do Sul, mas apenas com relação ao paciente<sup>323</sup>.

Essa solução se aplica aos outros dois exemplos de situações fáticas que estão na introdução desta dissertação. Quando considera que não incide um determinado imposto sobre a atividade desenvolvida por uma sociedade empresária, o advogado tributarista não representa a circunstância elementar “tributo” do art. 1º, caput, da Lei nº 8.137/90. Um parecerista que conclui que uma seguradora estrangeira não necessita de aprovação da Superintendência de Seguros Privados para operar no Brasil não age ciente do elemento normativo do tipo “sem a devida autorização”, prevista no art. 16 da Lei nº 7.492/86<sup>324</sup>.

Luís Greco, na elucidação do exemplo que propõe sobre a responsabilidade de um advogado por um parecer jurídico equivocado, registra dissertação de Jochen Mallison sobre o tema, para quem os esclarecimentos fornecidos pelo advogado “*estão amparados por uma causa constitucional de exclusão de antijuridicidade, fundada no princípio do Estado de*

<sup>321</sup> “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>322</sup> “Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021) Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>323</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 171.576/RS.** Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753386620>>. Acesso em 10.mar.2022. p. 22-23.

<sup>324</sup> “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

*direito e em seu imperativo de que o direito deve poder ser conhecido*”<sup>325</sup>. Para Mallison, portanto, o advogado que erra no parecer jurídico que apresenta ao cliente está em erro de tipo permissivo, porque falha ao representar os pressupostos objetivos da causa de justificação que incide sobre sua atividade<sup>326</sup>.

De toda forma, constatado erro de tipo ou erro de tipo permissivo no assessoramento fornecido pelo consulente, só poderá ser ele punido por culpa, caso se demonstre que violou seu dever objetivo de cuidado em seu mister e se a ação típica principal admitir modalidade culposa. Por outro lado, também não se admite participação em delito culposo e, assim, caso o consulente, a partir do parecer recebido, pratique uma ação típica por meio da violação de um dever objetivo de cuidado, o advogado não poderá ser responsabilizado como seu partícipe. Subsistirá a possibilidade remota de sua autoria colateral culposa, caso tenha violado, em seu assessoramento, o dever objetivo de cuidado.

Por fim, para concluir a questão da tipicidade subjetiva da instigação por meio de aconselhamento jurídico, é preciso tratar da possibilidade de eventual excesso do consulente em relação aquilo que o consultor teria o instigado a fazer. Sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos destaca que

no excesso qualitativo, o fato principal diferente é atribuído exclusivamente ao autor (instigado o furto, o autor realiza estupro contra a proprietária que dormia sozinha na residência); no excesso quantitativo, o fato principal maior é atribuído ao autor, e o fato menor da instigação é atribuído ao instigador (instigado ao furto, o autor realiza roubo): a exceção da regra é representada pela hipótese de previsibilidade do resultado mais grave, que determina aumento até metade da pena do crime menos grave (art. 29, § 2º, segunda parte)<sup>327</sup>.

#### 4.2 A consultoria jurídica como possível ação antijurídica

Tendo sido apresentados obstáculos ao enquadramento da consultoria jurídica como possível ação de instigação, deve-se avançar à avaliação do juízo de antijuridicidade dessa conduta, ou seja, investigar se incide sobre essa atividade alguma causa de justificação.

<sup>325</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 160. Por dever de honestidade intelectual, registra-se que a obra de Mallison não foi diretamente acessada na elaboração deste trabalho.

<sup>326</sup> MALISON, Jochen. **Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme**, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1979 (cit. Rechtsauskunft) apud GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 160.

<sup>327</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 391.

Como visto, Jochen Mallison defende que a consultoria jurídica estaria abrangida por uma “*causa constitucional de exclusão de antijuridicidade*”<sup>328</sup>. O mesmo entendimento é partilhado por Knut Amelung, registram José Danilo Tavares Lobato e Luís Greco<sup>329</sup>, para quem haveria, contudo, um limite a essa causa de justificação: a noção de abuso de direito.

No direito penal brasileiro, alguns autores já manifestaram compreender a consultoria jurídica como um exercício regular do direito do advogado a desempenhar suas funções (art. 23, inc. III, CP). Um deles é Carla Benedetti Rahal, que, como visto, defende que essa causa de justificação se aplica também a advogados que ocupam a função de *compliance officers*. Nesse sentido, versando especificamente sobre a responsabilidade do advogado tributarista, também Maria Elizabeth Queijo defende que

a atividade consultiva do advogado, seja em matéria tributária ou em qualquer outra, representa o exercício regular de direito, anotando-se ainda, em consonância com o Estatuto da Advocacia, que há inviolabilidade em suas manifestações profissionais. Portanto, inexistente ilicitude no comportamento do profissional, que, legitimamente, elabora parecer em matéria tributária, aconselhando ou recomendando esta ou aquela conduta ao cliente, ainda que elas não sejam acolhidas pelo Fisco<sup>330</sup>.

A regularidade da atuação do advogado, para a autora, não poderia “*ultrapassar o limite da legalidade, passando do planejamento tributário ao aconselhamento ou proposição de práticas que conduzam à evasão fiscal*”<sup>331</sup>. Contudo,

se o advogado, culposamente (por imperícia ou mesmo imprudência, vier a recomendar a adoção de conduta que poderá subsumir-se a delito contra a ordem tributária, não poderá ser responsabilizado juntamente com o cliente, considerando que não se admite a participação culposa em crime doloso<sup>332</sup>.

De fato, os comentários tecidos no terceiro capítulo acerca das normas incidentes sobre a atividade do consultor jurídico parecem não deixar qualquer margem de dúvida de que há, no direito brasileiro, uma causa de justificação de matriz constitucional para a atividade – o art. 133 da Constituição de 1988 – que pode, nos limites da lei, dar cabo da

<sup>328</sup> MALISON, Jochen. *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1979 (cit. Rechtsauskunft) apud GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 160.

<sup>329</sup> AMELUNG, Knut. *Die >>Neutralisierung<< geschäftsmabiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfefatbestands*. In: Samson etc. *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999 apud LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 85; GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 90.

<sup>330</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *Responsabilidade Penal do Advogado Parecerista em Matéria Tributária*. In: Davi de Paiva Costa Tangerino; Denise Nunes Garcia. (Org.). *Direito Penal Tributário*. 1a. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, v. 1, p. 265-278. p. 275.

<sup>331</sup> Ibid. p. 276.

<sup>332</sup> Ibidem. Nesse ponto, contudo, a justificativa oferecida pela autora não parece a mais adequada. A questão central para a impunibilidade do advogado imprudente seria a ausência de modalidade culposa para o delito de sonegação fiscal.

antinormatividade decorrente do preenchimento do tipo objetivo e subjetivo de instigação. Como registram Zaffaroni *et al*,

diante do indício de proibição (propiciado pela conduta típica realizada) a antijuridicidade não pergunta pela ausência de uma permissão; pelo contrário, o juízo de antijuridicidade pergunta se a permissão constitucional se sustenta em alguma permissão legal que, reconhecida, deixa a conduta imune a qualquer interferência da norma (proibitiva ou mandamental) e impede que se habilite poder punitivo sobre o agente<sup>333</sup>.

A inviolabilidade do advogado “*por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” representa uma proteção constitucional oferecida ao profissional (art. 133, CR), sendo reconhecida a importância social da função por ele desempenhada. Essa previsão se coaduna, também, com os direitos constitucionais de livre manifestação do pensamento e de livre expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, inc. IV e IX, respectivamente, CR).

Reconhecer a inviolabilidade do advogado também na atividade de assessoria ou de consultoria jurídica que desempenha significa dar a essas condutas a proteção que sempre foi assegurada ao advogado por injúrias e difamações irrogadas em juízo, na discussão de uma causa (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94), essa “*tradicional imunidade judiciária*”<sup>334</sup>. Considerada atividade privativa do advogado, ao aconselhamento legal incidem, por consequência, diversos direitos e deveres a esse profissional.

No caso, a disposição constitucional de que a imunidade não é absoluta, encontrando limites na lei, em sentido estrito, já foi regulada pela legislação ordinária. Se o art. 3º, § 2º, apenas repete a genérica previsão da Constituição, o art. 34 da Lei nº 8.906/94, que lista as infrações éticas dos advogados, será fonte rica de limites legais à inviolabilidade profissional em comento, como será demonstrado a seguir. Entre elas, está a previsão de que não deve o advogado “*prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la*” (art. 34, inc. XVII, da Lei nº 8.906/94).

Configuradas hipóteses de irregularidade no exercício da advocacia consultiva, é evidente que o consultor “*responderá pelo excesso doloso ou culposo*” de sua atividade (art. 23, p. ú., CP), até porque o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prevê que o “*é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*” (art. 32,

---

<sup>333</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 28.

<sup>334</sup> Ibid. p. 141.

*caput*, da Lei nº 8.906/94). Esta previsão se coaduna com a aludida noção de abuso de direito, segundo a qual “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*” (art. 187, CC).

O novo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela recente Lei nº 13.655/2018, aponta na mesma direção, ao dispor que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”. Apesar de restrito, *lege lata*, a agentes públicos, pode-se defender que, por analogia *in bonam partem*, seu conteúdo também se aplique a pareceristas que sejam agentes privados.

Afinal, esse dispositivo apresenta uma possibilidade reduzida de responsabilização culposa do parecerista: somente erros *grosseiros* poderiam ensejar sua responsabilidade. O Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a referida norma legal, define, em seu art. 12, §1º, como grosseiro aquele erro “*manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”<sup>335</sup>. Esse conceito é integralmente aplicável a esse estudo, sendo um parâmetro importante para definição da evitabilidade do erro do consultante e, assim, da própria regularidade da consultoria por ele prestada.

Consultado sobre o enquadramento jurídico de uma determinada situação fática, o advogado que expuser, de forma oral ou escrita, sua opinião legal de forma fundamentada e razoável, nos limites da lei, estará, portanto, no exercício regular de seu direito (art. 23, inc. III, CP), sendo inviolável pelo teor de sua manifestação.

Essa liberdade de atuação do advogado, como o próprio ordenamento jurídico indica, não é absoluta. As normas indicadas apontam que há deveres e limites que o advogado deve respeitar, sob pena de ser responsabilizado, hipóteses a serem tratadas a seguir.

#### 4.2.1 A imunidade do consultor: uma questão de tipicidade ou de justificação?

A licitude do assessoramento jurídico – entendida não como correção, mas como plausibilidade da conclusão apresentada –, fundamentará, inexoravelmente, a impunibilidade

---

<sup>335</sup> BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 15.mar.2022.

do assessor. Para alguns, no entanto, a licitude de sua prestação consistiria na atipicidade de sua conduta, por imposição da teoria da imputação objetiva<sup>336</sup>; para outros, a ação do consultor seria antijurídica, por consistir em uma hipótese de exercício regular de direito, segundo o art. 23, inc. III, do Código Penal<sup>337</sup>.

Expôr detidamente as razões pelas quais se opta por uma dessas opções acaba exigindo que sejam apresentados os motivos pelos quais se adotou um determinado modelo teórico de conduta, tarefa que escapa ao objeto deste trabalho. Independentemente da opção teórica escolhida para fundamentar a licitude do consultor jurídico, é no estabelecimento de critérios para demarcação do caráter *juridicamente aceitável* do parecer jurídico que reside o maior potencial prático da dissertação.

#### 4.2.2 Crítérios para determinação da regularidade da consultoria jurídica

Assegurar ao causídico certo grau de autonomia para assessorar o cliente sobre o enquadramento jurídico de uma situação fática é mesmo uma exigência da prática forense, que envolve, inevitavelmente, uma atividade de hermenêutica, a qual pode ensejar conclusões distintas para o caso concreto. Como afirmou Eros Grau, “*sabendo que interpretar o direito é concretar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar a lei, diremos que o intérprete sempre discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado*”<sup>338</sup>. Por isso, conclui ele que

tal como ocorre em relação às decisões judiciais, a solução atribuída pelos juristas, em seus pareceres, a cada quesito que lhes tenha sido proposto é resultado da interpretação dos textos e de determinação situação de fato (= de determinados fatos). Distintos os fatos, outras serão as soluções (=normas jurídicas) a serem a eles aplicadas, ainda que desentranhadas dos mesmos, exatamente dos mesmos textos normativos dos quais foram desdobradas as primeiras soluções consideradas<sup>339</sup>.

Por isso, segundo os parâmetros propostos, a licitude não coincide, necessariamente, com a correção do aconselhamento num juízo *ex post*. Até porque, caso considerem que a consultoria prestada foi correta, é difícil imaginar a razão pela qual os órgãos de persecução penal tentariam criminalizar consultor e consulente. O objetivo deste estudo é fornecer

---

<sup>336</sup> Entre eles, Luís Greco, José Danilo Tavares Lobato, Jaun Antonio Lascuraín Sánchez e Ricardo Robles Planas.

<sup>337</sup> A esse entendimento se perfilariam Jochen Mallison, Knut Amelung, Hugo de Brito Machado, Maria Elizabeth Queijo e Carla Benedetti Rahal.

<sup>338</sup> GRAU, Eros Roberto. **Pareceres, juristas e apedeutas**. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Ano 2, nº 9, 2002. p. 88.

<sup>339</sup> *Ibid.* p. 89.

parâmetros para que se reconheça um parecer jurídico como *válido*, ainda que se discorde da conclusão nele contida.

Afinal, é da natureza da consultoria, nas profissões liberais e na advocacia, em particular, a coexistência de opiniões de cunho técnico que, embora diversas, são igualmente fundamentadas. Dessa forma, há que se “*verificar a plausibilidade técnica ou jurídica, desde uma perspectiva ex ante, das orientações, recomendações ou aconselhamentos que constam no seu parecer ou consultoria*”. A aludida plausibilidade essa existirá quando o consultor “*fundamentar o seu parecer, contemplando todo o arcabouço normativo, jurisprudencial e doutrinário que orbite a situação consultada*”<sup>340</sup>.

Essa conclusão se coaduna com as disposições do já citado Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta parte da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e prevê requisitos de motivação para cada decisão tomada nas esferas administrativa, controladora e judicial, mas que podem ser aproveitados à verificação da fundamentação exigida pela atividade de consultoria jurídica privada:

Art. 2º. A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º. A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º. A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram<sup>341</sup>.

O entendimento de que um assessoramento jurídico *correto* para o caso concreto não é, necessariamente, aquele compartilhado pelos demais órgãos de persecução penal foi adotado em diversos julgados, dentro os quais vale mencionar o *Habeas Corpus* nº 91.012345-0, concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, invocado por Hugo de Brito Machado<sup>342</sup>. Nesse caso, a Segunda Câmara da corte catarinense absolveu advogados denunciados como coautores do delito de sonegação fiscal, em conjunto com os diretores de uma empresa para o qual prestaram consultoria tributária. Em seu voto, o relator, o Desembargador Álvaro Wandelli, consignou que

o resultado considerado, em tese, criminoso, não foi dolosamente causado pelos pacientes, que de modo algum em suas consultas procuraram instigar ou cooperar direta e conscientemente aos empresários para a prática de crimes contra a ordem

<sup>340</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 193.

<sup>341</sup> BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 15.mar.2022.

<sup>342</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59-60.

tributária, mas procurar caminhos para diminuir a carga tributária das referidas empresas, não obstante o Ministério Público tenha, posteriormente, considerado, em tese, ilícitos, por ter entendimento diverso do exposto pelos consultores (...) sob o ângulo da atividade advocatícia, os pacientes cumpriram com o seu dever ético de responder as consultas para as quais haviam sido contratados, detendo a inviolabilidade pelo conteúdo das mesmas<sup>343</sup>.

No mesmo sentido do acórdão, Tiago Caruso argumenta que,

por mais que o órgão fiscalizador ou regulador ou o Poder Judiciário tenham entendimentos preponderantes sobre determinadas questões técnica ou jurídica, é lícito ao especialista propor caminho diverso à luz das peculiaridades da situação concreta consultada. E mais. Ainda que, ao final, essa interpretação seja tida como equivocada pela ordem jurídica, ela não se confunde, em absoluto, com a prática de um crime se foram observados os métodos hermenêuticos adequados para a referida interpretação, se a divergência está fundamentada em elementos justificadores oriundos das peculiaridades do caso concreto e se o raciocínio constante na opinião do especialista é lógico e ponderado. Aliás, a interpretação dada pelo órgão ou pelo Judiciário não deixa de ter a mesma natureza da interpretação fundamentada do parecerista, ainda que possuam força cogente, como as súmulas vinculantes, por exemplo<sup>344</sup>.

Outrossim, feito este preâmbulo, a teorização acerca das ações neutras ofereceu critérios de diferenciação entre o aconselhamento *lícito* e *ilícito*. O principal deles é a ubiquidade ou a abundância da solução jurídica apresentada pelo consultor, entendidos aqui como a probabilidade de que esse mesmo entendimento fosse fornecido por outro advogado eventualmente procurado pelo consulente. Concorde-se, aqui, com a tese segundo a qual

para que uma ação seja considerada neutra dentro da dogmática penal, é necessário que ela consista em um comportamento que se desenvolve mediante procedimentos disponíveis, de modo geral, para qualquer um, ou seja, serviços *standards* que podem ser realizados em qualquer tempo, em qualquer lugar e por qualquer pessoa, de modo que essa conduta seja intercambiável<sup>345</sup>.

O parecer será mais *ubíquo* ou *abundante* quanto mais aceita for a tese jurídica nele contida, avaliação que poderá ser feita, inclusive, a partir da própria fundamentação esposada pelo consultor, isto é, das fontes – doutrinárias, jurisprudenciais ou até provenientes do direito comparado – para embasar a conclusão apresentada.

Defendeu-se anteriormente neste trabalho que a atividade de assessoramento jurídico possui, enquanto objeto de um estudo jurídico sobre a licitude de prestações laborais, a vantagem relativa de conter regras deontológicas precisas e conhecidas, necessariamente, por qualquer pessoa graduada em Direito. O caráter ubíquo da consulta dependerá, portanto, do

<sup>343</sup> apud MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59-60.

<sup>344</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 196.

<sup>345</sup> Ibid. p. 217.

“cumprimento das normas técnicas que regulamentam a atividade profissional do consultor”<sup>346</sup>.

Parece-nos especialmente útil o desenvolvimento feito por José Danilo Tavares Lobato das ações neutras a partir do instituto abuso de direito, expressamente positivado no art. 187 do Código Civil. Embora para o autor tal critério seja determinante para aferir a criação de um risco juridicamente desaprovado de acordo com a teoria da imputação objetiva, esse conceito parece, igualmente, útil para definir a *regularidade* do exercício da causa justificante.

Versando especificamente sobre o abuso de direito na atividade da advocacia, Lobato aponta uma das mais relevantes contribuições para o tema: a vedação de advocacia contra literal disposição de lei. O art. 34, inc. VI, da Lei nº 8.906/94, considera infração disciplinar a conduta de “*advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior*”. Com efeito, esse critério já havia sido previsto por Rui Barbosa quando da célebre defesa do juiz de direito Alcides da Mendonça Lima:

não há delitos de interpretação. Por interpretação injurídica só é responsável o juiz, quando ela ferir ‘disposição literal’; e, ainda nesse caso, não é o erro, que se reprime; é o dolo, a saber: a sentença dada ‘por afeição, ódio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu’ (Cód. Pen., art. 207, 1º). A literalidade da lei violada é requisito elementar da culpa no exercício da função judicial; porque só a literalidade estabelece com toda a nitidez as balizas entre a opinião e a intenção, a opinião, que nunca é crime, e a intenção, que pode sê-lo<sup>347</sup>.

A previsão da infração disciplinar já apresenta, acertadamente, exceções a sua caracterização, que se compatibilizam com a argumentação de Rui Barbosa de que, mesmo nos casos de violação à disposição literal da norma, deve haver *dolo* do intérprete, ou seja, inexistir *má-fé* de sua parte. Afinal, como ressalta Lenio Streck, em reflexão que se aplica à atividade hermenêutica do advogado,

quando o juiz profere um julgamento considerado como ‘em contrariedade à lei’, na realidade está proferindo um julgamento contra-aquilo-que-a-doutrina-e-a-jurisprudência estabeleceram como o arbitrário juridicamente prevalecente do sentido daquele texto normativo<sup>348</sup>.

Para Lobato, o art. 34, inc. VI, da Lei nº 8.906/94 prevê uma hipótese de abuso que “*não consiste no fornecimento das informações jurídicas em si mesmas*”, mas “*no modo ou*

<sup>346</sup> Ibid. p. 218.

<sup>347</sup> BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 243.

<sup>348</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 199.

*na forma como tais dados são transmitidos*”<sup>349</sup>. Afinal, pode o advogado advogar ou, no caso, opinar contra expressa disposição da lei nos casos enumerados pela própria norma, desde que o faça de boa-fé, fundamentando seu entendimento justamente na inconstitucionalidade ou na injustiça da norma ou em um pronunciamento judicial anterior.

O teor da norma deontológica reflete as duas leis bases da dogmática jurídico-penal apresentadas por Nilo Batista: (I) o apego ao sentido do texto legal (lei de proibição da negação) e (II) a interpretação sistemática do ordenamento jurídico (lei da proibição da contradição)<sup>350</sup>. Isso porque, não raro, a advocacia contra a disposição literal de uma determinada lei terá como base a sua incompatibilidade sistemática com outra norma constitucional ou legal, com a finalidade de conferir *coerência* ao sistema jurídico. A avaliação da constitucionalidade uma norma é especialmente relevante diante de uma Carta Magna como aquela promulgada em 1988, “*após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário*”, porque ela “*passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*”<sup>351</sup>.

Diante do art. 34, inc. VI, da Lei nº 8.906/94, para que seja *regular*, o aconselhamento ao cliente deve, portanto, apontar a existência de uma norma expressa em sentido contrário à opinião defendida pelo profissional, para que, por um lado, o consultor cumpra fielmente seu dever de informar o Direito, e, por outro, seu cliente possa decidir sua ação de forma esclarecida, ciente dos riscos decorrentes da adoção da interpretação jurídica contida no parecer. No mesmo sentido, Álvaro de Azevedo Gonzaga *et al* registram que “*o advogado tem por obrigação dar ampla ciência ao cliente de todos os riscos da demanda*”<sup>352</sup>.

Gustavo Badaró, ao comentar a nova Lei de Abuso de Autoridade – que, como visto, prevê que a pura “*divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos*” não configura crime (art. 1º, §2º, da Lei nº 13.869/2019) –, apresenta alguns limites à atividade hermenêutica dos agentes públicos que parecem, *prima facie*, do mesmo modo cabíveis à consultoria realizada por um advogado. Para o autor, “*há limites cuja transposição não é aceitável na atividade hermenêutica: decisões com efeito vinculante; súmulas vinculantes e,*

---

<sup>349</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112-113.

<sup>350</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 114-119.

<sup>351</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 215.

<sup>352</sup> GONZAGA, Álvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; JUNIOR, Roberto Beijato. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 144.

até mesmo, interpretações aberrantes ou teratológicas”<sup>353</sup>. Entretanto, mesmo nas duas primeiras hipóteses, que dependem de pronunciamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, seria

evidente que, no caso concreto, sem desconhecer e não desrespeitando o precedente com efeito vinculante, ou a súmula vinculante, o julgador poderá deixar de aplicá-lo, realizando fundamentadamente o devido ‘distinguishing’, demonstrando a existência de distinção no caso em julgamento e a hipótese em que se formou o precedente, como exige o inciso VI do caput do art. 489 do CPC<sup>354</sup>.

Mais uma vez, conclui-se que não há irregularidade na mera adoção de um entendimento jurídico diverso do dominante, seja ele dotado ou não de caráter vinculante, qualidade que torna sua observância obrigatória por juízes e tribunais<sup>355</sup>. Para que seja *irregular*, é necessário que o consultor não apresente esse precedente em seu parecer e, em seguida, exponha os motivos jurídicos pelos quais entende que seu conteúdo não se aplica ao caso concreto.

Contudo, o dever de obediência a precedentes emanados por tribunais superiores, abordado por Badaró, é dirigido aos agentes públicos, como uma exigência de segurança jurídica, para que o cidadão possa ter previsibilidade para planejar suas ações<sup>356</sup>. Os advogados, por sua vez, podem advogar contra a *injustiça* da lei ou de um entendimento jurisprudencial, nos termos do art. 34, inc. VI, da Lei nº 8.906/94. Aliás, é essa possibilidade dos causídicos de convencer magistrados de novas teses o motor da evolução da

<sup>353</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Art. 1º**. In *Comentários à Lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. 1. ed. BADARÓ; Gustavo Henrique; BREDA, Juliano. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32.

<sup>354</sup> Ibid. p. 33. O dispositivo que exige a distinção entre o caso concreto e o precedente possui o seguinte teor: “Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>355</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>356</sup> Sobre o tema, Humberto Ávila registra que “a segurança jurídica pode da mesma forma ter como objeto não a norma propriamente dita, mas a sua aplicação uniforme e não-arbitrária. Daí se falar em ‘segurança de aplicação das normas’”. ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 160. Especificamente sobre a perspectiva do cidadão comum acerca da segurança jurídica, Ávila registra que “essa compreensão decorre da consideração do destinatário das normas, vocacionadas a servir de instrumento de orientação para aqueles que estão sujeitos às prescrições normativas”. Ibid. p. 174.

jurisprudência. Portanto, independentemente do que concluir, o advogado que oferecer uma fundamentação jurídica plausível atuará no exercício regular de seu direito profissional.

Resta a hipótese de um parecer teratológico ou que contenha um erro grosseiro, isto é, uma solução jurídica manifestamente inadmissível. Segundo o art. 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, seria o erro “*manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”. Para Cervini e Adriasolia, haveria erro grosseiro no parecer que indica a regularidade de uma ação abrangida pelo “conhecimento profano”, como, por exemplo, aconselhar alguém a matar ou roubar outrem<sup>357</sup>. Esse erro do profissional, segundo o direito penal, seria evitável ou inescusável.

Ainda assim, nesses casos, se representa de forma equivocada as circunstâncias que caracterizam o tipo objetivo de instigação, o que inclui conhecer e querer a ação principal como conduta típica, poderá o advogado ser responsabilizado a título culposo somente se prevista essa modalidade delitiva no tipo praticado pelo consulente (art. 20, *caput*, CP).

Caso o erro grosseiro diga respeito ao caráter ilícito da conduta a ser praticada pelo agente principal, haveria, *a priori*, erro de proibição do advogado, o qual seria, em tese, punível, com a redução de sua culpabilidade diante da inescusabilidade de seu engano (art. 21, *caput*, CP). Afinal, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, seria possível ao advogado “*ter ou atingir*” a consciência da ilicitude do conselho que forneceu, nos termos utilizados pela legislação penal nacional.

Ocorre que se adotou, aqui, o entendimento defendido por Jochen Mallison<sup>358</sup>, de que na atividade de consultoria jurídica incide uma causa de justificação, o exercício regular de direito (art. 23, inc. III, CP). Em decorrência dessa premissa, o advogado que comete erro grosseiro ainda assim crê que seu parecer é lícito. Dessa forma, o consultor está em erro sobre a regularidade do exercício de sua atividade de consultoria, hipótese que amolda, na realidade, ao erro de tipo permissivo (art. 20, §1º, CP). Dada a inevitabilidade do erro, sua punibilidade, de forma similar ao que ocorre no erro de tipo, só ocorrerá se prevista modalidade culposa para o delito praticado pelo consulente.

---

<sup>357</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

<sup>358</sup> MALISON, Jochen. **Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme**, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1979 (cit. Rechtsauskunft) apud GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 160.

Vale destacar que, embora possa não haver punição criminal por um equívoco profissional manifesto de um parecerista, poderá ele ser responsabilizado disciplinarmente por seus pares se “*prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio*” ou “*incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional*” (art. 34, inc. IX e XXIV, da Lei nº 8.906/94). Para essas irregularidades, incidem as penalidades de censura – e de suspensão, em caso de reincidência – e de suspensão até que o profissional “*preste novas provas de habilitação*”<sup>359</sup>.

### 4.3 A consultoria jurídica como ação culpável

A opção dogmática por tratar a consultoria jurídica como o exercício regular do direito do advogado implicou em considerar como erro de tipo permissivo uma hipótese que, habitualmente, seria de erro de proibição, avaliada no juízo de culpabilidade. Essa escolha, por conseguinte, esvaziou boa parte dos apontamentos a ser feitos sobre esse tema, à exceção do *quantum* de pena ao qual o assessor faz jus, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, CR).

Embora, “*habitualmente, as leis penais reservam ao instigador um tratamento mais severo, não raro equiparado ao do autor*”, Nilo Batista registra que “*isto não ocorre na lei brasileira, salvo na hipótese de cumprimento de ordem, quando a pena do autor direto deve ser atenuada (art. 65, inc. III, al. c, CP)*”<sup>360</sup>. De forma contrária, cabe lembrar que o conselho no direito penal brasileiro sempre foi interpretado pela doutrina de forma mais branda em relação a outras formas de instigação. Por todos, cabe repetir o escólio de Thomaz Alves Junior, para quem “*o conselho, por mais qualificado que seja, dificilmente poderá converter-se em acto da mesma importância e igualmente punível como o próprio facto criminoso*”<sup>361</sup>. Partindo desse raciocínio, Carrara aponta que, “*enquanto no executor se mantém em toda a*

<sup>359</sup> “Art. 36. A censura é aplicável nos casos de: I - infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34. (...) Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de: (...) II - reincidência em infração disciplinar. § 1º A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo. (...) § 3º Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação”. BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

<sup>360</sup> BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008. p. 181.

<sup>361</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Tomo I**. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864. p. 166.

*sua plenitude a imputação, o conselheiro deve ser imputado menos que o mandante ou que o sócio, e pode também não ser, absolutamente, imputável*<sup>362</sup>.

Portanto, caso superados todos os óbices para responsabilização penal do consultor jurídico já expostos e sendo vislumbrada em sua conduta instigação punível, é puramente razoável que faça ele jus à causa de diminuição da pena prevista pelo art. 29, § 2º, CP, para a participação de menor importância.

---

<sup>362</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 315.

## 5 RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSULENTE

Formulados questionamentos à possibilidade de responsabilização penal do consultor jurídico e propostos critérios para definir a licitude da opinião legal fornecida, este trabalho é concluído com a investigação sobre os óbices oferecidos pela teoria do delito à configuração delitiva daquele que se fiou no parecer jurídico que solicitara, o consulente.

Cabe, aqui, reproduzir algumas das premissas elencadas anteriormente. A responsabilidade sobre a qual se debruça é a do consulente que age de boa-fé, isto é, aquele que “*quer tomar a decisão correta e, por esse motivo, solicita ao consultor análise técnica ou jurídica prévia sobre determinado assunto*”<sup>363</sup>. Havendo conluio entre consulente e consultor, como, por exemplo, o pagamento oferecido pelo primeiro ao segundo para que o parecer tenha uma conclusão jurídica específica ou sendo demonstrado que ambos haviam ajustado, em conjunto, desenhar a prática delitiva, há inegável responsabilidade penal de ambos, a título de coautoria. Se o consultor procura o advogado para que exponha teses jurídicas favoráveis à licitude de uma ação que já praticou, a opinião emitida pelo profissional não influenciou, concretamente, seu curso de ação: assim, o cliente seria responsável, isoladamente, pela ação que praticou.

Nos termos em que se restringiu a atividade de consultoria jurídica no terceiro capítulo, seria o consultor potencialmente mero instigador, ao passo que o consulente seria, como executor direto da ação típica, o protagonista do fato criminoso e, por isso, autor. Essa conclusão é insuperável diante do próprio significado de conselho, não só no direito penal, mas também no direito administrativo: um parecer não possui, por definição, caráter vinculante para o consulente, a quem incumbe acatar ou não a conclusão veiculada por essa opinião. Por isso, um dos axiomas desta dissertação é que, via de regra, o consultor não responderá criminalmente por um resultado típico causalmente derivável de seu parecer, ao passo que o consulente deve ser considerado um sujeito autorresponsável por suas ações e omissões<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 65.

<sup>364</sup> Para Luís Greco, seria o princípio “*segundo o qual ‘cada pessoa é responsável apenas pelo seu próprio comportamento e nunca pelo comportamento livre e responsável de terceiros’*”, excepcionado pelas hipóteses de coautoria, de autoria mediata mediante o domínio da organização e de participação. GRECO, Luís. **Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade**. In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 203-214.

Até mesmo nas hipóteses que puder se considerar o consultor instigador, não se poderá imputar a ele, como visto no capítulo anterior, responsabilidade pelos excessos praticados pelo consulente, com exceção da previsibilidade de resultado mais grave. Como propõe Alaor Leite, “*se, de um lado, o parecer jurídico pode servir de base para a atuação para o consulente, de outro, os limites da opinião jurídica contida no parecer demarcam os limites da legitimidade dessa atuação*”<sup>365</sup>. Isso significa, em outras palavras, que “*aquele que vai atuar conforme a orientação recebida do especialista deverá agir praticando determinado comportamento ou abstendo-se de realizá-lo nos estritos limites da informação recebida*”, ou seja, dentro do “*conteúdo do que objetivamente consta no parecer*”<sup>366</sup>.

A hipótese ora analisada também não diz respeito ao fornecimento de uma consultoria jurídica considerada pelos órgãos de persecução penal como correta num juízo *ex post*, cenário no qual não haveria, por imperativo lógico, imputação nem do consultor, nem do consulente. O problema que se enfrenta diz respeito, justamente, àqueles casos nos quais a conclusão contida no parecer recebido venha a ser considerada incorreta – e a ação praticada pelo consulente venha a ser considerada típica –, o que tornaria preciso verificar se a opinião legal, apesar de *incorreta*, seria capaz de afastar a responsabilidade jurídico-penal do cliente.

Nesse sentido, registra Alaor Leite que o consulente se caracteriza por possuir “*o poder de decidir, mas não possuir o domínio da técnica jurídica, ou seja, não possuir ‘formação jurídica’*”<sup>367</sup>. Os pareceres jurídicos são, como visto, “*via de regra, solicitados para esclarecerem se determinado projeto de conduta é ou não penalmente proibido*”<sup>368</sup>. Isso significa que, se por um lado, a solicitação de uma consulta indicia uma suspeita de potencial ilicitude por parte do consulente, demonstra, por outro, seu intuito de cumprir o dever de informar-se, que

equivale a uma norma mandamental, anterior à proibição penal, que, ao mesmo tempo em que impõe ao sujeito a execução de uma atividade (informe-se), veda outra (não atue sem se informar), de modo que este comando prévio garante o verdadeiro sentido que vai ser conferido para a norma penal, permitindo que seja aferido, a partir do seu enunciado, e ao lado da proibição, a lesão ao bem jurídico tutelado<sup>369</sup>.

<sup>365</sup> LEITE, Alaor. **Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal da licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993)**. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, n° 104, 2013.

<sup>366</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 130.

<sup>367</sup> LEITE, Alaor. **Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal da licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993)**. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, n° 104, 2013.

<sup>368</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 156.

<sup>369</sup> *Ibid.* p. 85-86.

Como avalia Juarez Cirino dos Santos, haveria nesse cenário, assim, uma situação de dúvida, porque “*entre as situações psíquicas extremas de conhecimento (do injusto) e de erro (de proibição) existe toda uma escala de estados psíquicos intermediários*”<sup>370</sup>. E prossegue, argumentando que as situações de dúvida “*já não poderiam ser definidas como pleno erro de proibição, mas que ainda não podem ser definidas como pleno conhecimento do injusto*”<sup>371</sup>, fazendo surgir nesse agente o dever de se informar sobre a licitude da conduta que planeja praticar. Nesse sentido, é importante destacar que o dever de informação é especialmente relevante no direito penal contemporâneo. Como diagnosticam Zaffaroni *et al*, o brocardo do *error iuris nocet*

perdeu hoje seu sentido quase inteiramente. Esse debate se dava em tempos nos quais a legislação configurava um catálogo restrito de condutas ilícitas mais ou menos conhecidas por todos, enquanto na atualidade a legislação penal converteu-se num calidoscópico de tipos que se acotovelam, seja no código permanentemente aditivado seja em leis extravagantes, diante do banalizado recurso à criminalização que conduziu à chamada administrativização da lei penal<sup>372</sup>.

Alaor Leite aponta cenários de dúvida nos quais vislumbra erro de proibição, justamente porque haveria situações tão incertas que, mesmo previamente informado, o eventual erro do agente sobre a licitude da conduta deve ser considerado inevitável<sup>373</sup>.

A decisão baseada numa opinião legal oferece, assim, dois problemas principais em face da moderna teoria do delito: (I) incidir o consulente em erro de tipo – especialmente quando elementos normativos forem objeto da consulta jurídica – ou em erro de proibição; e (II) constituir o parecer um elemento de escusabilidade ou inevitabilidade desse respectivo erro (assuntos a serem abordados no tópico 5.1 e 5.2, respectivamente).

## 5.1 A ação orientada por prévia consulta jurídica: hipóteses de erro de tipo e de proibição

<sup>370</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 326.

<sup>371</sup> Ibidem.

<sup>372</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 368. Nesse sentido, vale registrar que os autores utilizados os dados da pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com recursos do Ministério da Justiça, que identificou que, no dia 7 de agosto de 2009, havia 1.688 (mil, seiscentos e oitenta e oito) tipos penais em vigor no Brasil. BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça. **Série Pensando o Direito nº 6/2009: Penas alternativas**. São Paulo, novembro de 2009. Esses dados teriam sido invocados por Mauricio Dieter no simpósio por ele apresentado no IV Congresso Latino-americano de Direito Penal e Criminologia.

<sup>373</sup> LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Capítulo 8.

Uma primeira possibilidade de erro do consulente provocado pela opinião legal que solicitou e recebeu já foi tratada no terceiro capítulo. Seria o caso do consultor que mantém ou domina a vontade do consulente, por meio do “*controle da informação técnica*”<sup>374</sup>, caracterizando-se, assim, como autor mediato do delito que vier a ser praticado a partir de seu parecer. Embora se admita essa possibilidade em tese, é dificilmente de concebê-la na prática, diante da exigência da autoria mediata de que o consultor queira a realização da ação típica por meio do domínio de outrem, especialmente se inexistir, no caso concreto, qualquer indicação de interesse do próprio parecerista nessa prática delitiva.

Mais comum será a hipótese de o parecer jurídico ensejar que o consulente atue naquilo que já foi denominado como erro de subsunção, aquele que “*provém de uma equivocada interpretação de algum elemento do tipo legal, da qual resulte nele a convicção de não estar agindo tipicamente*”<sup>375</sup>, categoria doutrinária em desuso que, contudo, seria limítrofe entre o erro de tipo e o erro de proibição justamente por incidir “*sobre um conceito jurídico que interpretado em certo sentido questionaria o caráter ilícito do fato*”<sup>376</sup>. Para distinguir as modalidades de erro, que se confundem na espécie da subsunção, é preciso retroceder ao desenvolvimento histórico da moderna teoria do delito.

Davi Tangerino registra que, a partir do advento da teoria finalista da ação, o “*dolo passa a ser contemplado não mais como dolus malus, abrangedor do conhecimento de antijuridicidade ou da antissocialidade do ato, passando a ser um conceito não valorativo*”, ou seja, “*como uma vontade de realização de um fato*”<sup>377</sup>. Por isso, simultaneamente, o juízo de culpabilidade, que antes abrangia o dolo ou culpa do agente, passou apenas a avaliar se “*o autor poderia ter agido de acordo com a norma, não em sentido abstrato (‘um alguém qualquer no lugar do autor’), mas aquela pessoa naquela situação específica*”<sup>378</sup>.

Após essa mudança dogmática, passou a prevalecer na doutrina a *teoria limitada* em detrimento da *teoria estrita* da culpabilidade, opção perfilada pelo legislador brasileiro na redação do atual art. 20, caput e §1º, CP, cuja consequência será, como aduz Juarez Cirino

---

<sup>374</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 170-172.

<sup>375</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 392.

<sup>376</sup> Ibidem.

<sup>377</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

<sup>378</sup> Ibid. p. 91.

dos Santos, “*excludente do dolo – e, por extensão, do tipo de injusto -, se inevitável, admitindo imprudência, se evitável*”<sup>379</sup>.

Por isso, haverá possível erro de tipo do consulente quando a consulta jurídica diz respeito à presença, no caso concreto, de uma circunstância elementar normativa em um dos tipos penais que contenham essa previsão. Esses elementos integram o tipo objetivo do respectivo delito, devendo, portanto, ser devidamente representados pelo agente, no momento de sua conduta, para que possa se cogitar de dolo. Sobre o tema, Zaffaroni *et al* alertam que

existe um enorme esforço doutrinário para reduzir a abrangência do erro de tipo, transportando em diferente medida o conhecimento desses elementos para o âmbito da culpabilidade. Este esforço corresponde claramente à chamada administrativização do direito penal: a riqueza de elementos normativos que os tipos legais dessa corrente legislativa comumente ostentam tem no erro de tipo um instrumento redutor do poder punitivo que essa corrente gostaria de neutralizar, deslocando-os do tipo para culpabilidade, e substituindo o conhecimento efetivo e atual requisitado pelo dolo pelo conhecimento potencial que supre a consciência da ilicitude<sup>380</sup>.

Uma das hipóteses nas quais haverá erro de tipo ocorrerá, também, diante de uma norma penal em branco, espécie típica cada vez mais comum, cujo complemento “*tem que ser tratado como integrante do tipo legal, sem o que haveria violação ao princípio da legalidade*”<sup>381</sup>.

Exemplos práticos de casos de erros de tipos em decorrência da adoção do entendimento jurídico contido num parecer já foram abordados anteriormente, como o referente à presença “das hipóteses previstas em lei” para que haja o crime de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação (segundo a redação prevista originariamente pelo art. 89 da Lei nº 8.666/93) ou da caracterização do conceito jurídico de “tributo” para configuração do delito de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90). Cabe, agora, apresentar alguns precedentes jurisprudenciais que reconheceram que a prévia consultoria jurídica pode implicar na ausência de dolo do consulente.

Um acórdão paradigmático sobre o aludido crime licitatório é aquele proveniente do julgamento feito pelo plenário do Supremo Tribunal, no qual se decidiu pela rejeição da denúncia formulada nos autos do Inquérito nº 2.482/MG, por ausência de justa causa. No

<sup>379</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 322.

<sup>380</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 293

<sup>381</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 401.

caso, o antigo Prefeito – que se tornou, posteriormente, deputado federal<sup>382</sup> – e o Secretário de Esportes e Lazer do Município de Nova Lima foram acusados da suposta prática do crime de inexigibilidade indevida de licitação, na contratação de bandas musicais para as festividades do carnaval da cidade, apesar de haver no respectivo procedimento administrativo parecer jurídico favorável a essa contratação<sup>383</sup>. O voto do relator para o acórdão, Ministro Luiz Fux, traz importante consideração acerca da possibilidade de erro do consultor fiado num parecer jurídico, que se coaduna com tudo que foi exposto no presente trabalho, até aqui:

ora, quem consulta se pode fazer algo, não tem vontade de praticar o ilícito; e o que é pior, quem consulta e recebe uma resposta de um órgão jurídico no sentido de que a licitação é inexigível, evidentemente que não tem uma manifestação voltada à prática de um ilícito. Eventualmente, quem entende inexigível a licitação, quando muito, terá cometido algo que não é punível no Direito brasileiro, que é o crime de exegese<sup>384</sup>.

Solução idêntica foi adotada pela 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual deu provimento à apelação defensiva de dois administradores de uma empresa, para absolvê-los da imputação pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, inc. II e III, da Lei nº 8.137/90, consubstanciada na supressão indevida de ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços). A supressão indevida de tributo teria ocorrido em função de decisão favorável do Superior Tribunal de Justiça “*para não tributação nas operações de bonificação*”, pronunciamento judicial esse, contudo, que

atingia somente o ‘ICMS’ devido pelas operações próprias, não alcançando o imposto devido por substituição tributária, na qual o tributo é pago na operação final e não se presume a subsistência dos descontos incondicionais nas operações subsequentes da cadeia de circulação de mercadorias, já que o destinatário não está obrigado a transferir o benefício da bonificação em mercadorias, recebido do fabricante, aos seus adquirentes<sup>385</sup>.

Os acusados e as testemunhas afirmaram, em seus depoimentos, que a decisão de que a empresa não recolhesse o ICMS incidente sobre operações de substituições tributárias teria partido de um parecer, emanado pelo setor jurídico-tributário da empresa, no qual se concluía que a decisão do Superior Tribunal de Justiça também teria esse escopo mais alargado. Por isso, a absolvição dos acusados pela corte paulista teve como fundamento de que eles

<sup>382</sup> Circunstância essa que atraiu a competência do Pretório Excelso para processar e julgar essa ação penal.

<sup>383</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2.482/MG**. Tribunal Pleno, relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Julgado em 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1745114>>. Acesso em 10.mar.2022.

<sup>384</sup> Ibid. p. 16-17.

<sup>385</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 0002450-81.2014.8.26.0047**. 12ª Câmara Criminal, relator Des. Heitor Donizete de Oliveira. Julgado em 31 de agosto de 2021. p. 3-4.

“atuaram sob orientação dos advogados da empresares (...) de como proceder em relação ao Fisco foram obtidas pelos setores responsáveis da empresa (departamento jurídico e fiscal), não há como demonstrar qualquer dolo dos apelantes em fraudar o Fisco”<sup>386</sup>.

Em ambos os acórdãos comentados, a inexistência de modalidade culposa para os delitos imputados conduziu à impunibilidade dos acusados, nos termos do art. 20, caput, CP. No julgado sobre o delito de sonegação fiscal, é preciso assinalar que, para além da possibilidade de erro a partir da ausência da representação da circunstância elementar “tributo”, a depender da interpretação jurídica a ser adotada, pode-se vislumbrar uma hipótese de erro de tipo permissivo ou erro de proibição indireto, isto é, aquele que diz respeito à incidência no caso concreto de uma possível causa de justificação (art. 20, §1º, CP).

No caso, contribuintes e o fisco discutiam o alcance do julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.111.156/SP, isto é, se a decisão proferida permitiria o não recolhimento do ICMS em mercadorias dadas em bonificação em vendas de mercadorias *apenas* em operações próprias ou em *todas* as operações, inclusive aquelas sob regime de substituição tributária. Nessa medida, havia verdadeira controvérsia quanto aos limites jurídicos do exercício regular de um direito assegurado por uma decisão judicial, questão que oferece resposta dogmática diversa ao erro de tipo, com a exclusão ou redução da culpabilidade do agente<sup>387</sup>.

Considera-se, a partir desse caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que a possibilidade do consulente poder atuar, a partir de um determinado parecer jurídico, sem o conhecimento do caráter ilícito de sua conduta será mais frequente nos casos de erro de proibição direto do que nos casos de erro de proibição indireto<sup>388</sup>. Afinal, é comum que o aconselhamento legal diga respeito à regularidade de um direito que o consulente possui ou supõe ter.

Nesse sentido, pode haver, com frequência, desvios de *eficácia* ou de *validade*, isto é, aquele que atinge “*sujeito alguém que dispõe de formação jurídica ou buscou subsídios junto*

---

<sup>386</sup> Ibid. p. 16.

<sup>387</sup> Nesse sentido: Juarez Tavares destaca que o “*erro de permissão segue as regras do erro de proibição direto. Fala-se que o erro de permissão é um erro de proibição indireto, porque também incide sobre matéria nitidamente jurídica: os limites jurídicos de uma causa de justificação ou a existência jurídica dessa causa*”. Assim, “*se o erro for inevitável excluirá a culpabilidade; se for evitável, não haverá exclusão da culpabilidade dolosa, apenas sua atenuação*”. TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018. p. 469. Adotando o mesmo entendimento: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 330; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189-190.

<sup>388</sup> Esta pesquisa não identificou um precedente judicial que tivesse como fundamento principal o reconhecimento de erro de proibição direto decorrente de uma consulta jurídica que indicasse a licitude da conduta praticada pelo consulente.

a terceiros”, desde que ele “conheça perfeitamente não só a proibição como também o tipo legal do qual promana ela, mas esteja convencido de que por algum motivo juridicamente fundado (...) a norma é inválida”<sup>389</sup>. Essa hipótese se coaduna, justamente, com a proposição deste trabalho de que pode se indicar, num parecer, solução jurídica com sentido oposto ao de expressa disposição de lei, desde que essa opinião esteja devidamente fundamentada na inconstitucionalidade ou na injustiça do dispositivo normativo.

Por fim, a doutrina tem discutido se o alcance da consciência potencial da licitude, como elemento do juízo de culpabilidade do agente, abarca, também, os *erros de punibilidade*. Em sua tese de doutorado, Davi Tangerino defendeu que

o conteúdo do erro de proibição deve ser, portanto, fundamentalmente o falso juízo quanto ao fato de uma determinada conduta contrariar uma norma penal, não bastando a relação concreta com o bem jurídico (Roxin) ou o conhecimento profano do injusto. Tal posição decorre, primeiramente, como mais coerente às próprias premissas do Direito penal, que situa na ameaça da pena sua estratégia central de imposição de comportamentos; em segundo lugar, como mais coerente com a função de garantia adscrita, neste trabalho, à culpabilidade<sup>390</sup>.

Esse empreendimento dogmático visa ampliar o conteúdo do conhecimento do injusto que fundamenta a aferição da culpabilidade no agente, em contraposição ao significado tradicionalmente atribuído pela doutrina brasileira a esse conceito, que seria, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, o

conhecimento da contradição entre comportamento real e a ordem comunitária, que permitiria ao leigo saber que seu comportamento infringe o ordenamento jurídico (público, civil, penal etc.) ou moral, independentemente de conhecer a lesão do bem jurídico lesionado ou a punibilidade do fato<sup>391</sup>.

Para aqueles que defendem que o conhecimento do agente, apto a torná-lo culpável, precisa incluir a punibilidade de sua conduta, surgirão potenciais erros de punibilidade no consultor a partir de uma determinada jurídica. Zaffaroni *et al* referem-se a três situações distintas: (I) na primeira, o agente sabe que sua conduta é ilícita segundo o direito civil ou administrativo, mas desconhece sua ilicitude penal; (II) na segunda, o agente supõe, equivocadamente, a existência de uma causa pessoal de isenção de pena ou de uma condição objetiva de culpabilidade; e (III) na terceira, haveria erro do agente sobre sua própria

<sup>389</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 391-392.

<sup>390</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 195.

<sup>391</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 323-324.

culpabilidade, hipótese que, segundo os autores, deveria, mais adequadamente, ser resolvida no juízo da exigibilidade de conduta diversa<sup>392</sup>.

Aceitar erros de punibilidade quanto a escusas absolutórias pode ter efeitos concretos relevantes para o presente estudo. Vale lembrar do já mencionado exemplo trazido por Luís Greco, do advogado que informa a consultentes sobre a escusa absolutória em relação ao crime de favorecimento pessoal para familiares (art. 348, §2º, CP). No caso, se o advogado tivesse informado a um primo do preso, parente não incluído no aludido dispositivo legal, que ele faria jus à referida escusa absolutória, seria possível entender que esse consultente estaria em erro de proibição. Essa solução é, inclusive, expressamente adotada por Juarez Tavares<sup>393</sup>.

## 5.2 A qualidade do parecer e a evitabilidade do erro por ele motivado

Como abordado no item anterior, um parecer jurídico costuma ser encomendado diante de uma situação de dúvida sobre o caráter penalmente ilícito de uma determinada conduta. Independentemente da natureza do erro, se de tipo ou se de proibição, será fundamental avaliar seu caráter inevitável ou escusável, que determinará a exclusão do dolo ou da culpabilidade, respectivamente. Parte-se, aqui, do critério adotado por Alaor Leite, segundo a qual há inevitabilidade do erro quando os agentes “(a) *cumpriram o dever legal de informação; (b) buscaram a informação em fonte confiável; e (c) a informação era ex ante plausível*”<sup>394</sup>.

Em relação ao primeiro requisito, a mera solicitação de um parecer jurídico demonstra, *prima facie*, a vontade do agente de se informar e, assim, poder representar corretamente, tanto a tipicidade, quanto a ilicitude da conduta que planeja. Representa, portanto, uma etapa inicial da superação de sua dúvida. No mesmo sentido, Davi Tangerino aponta que uma das formas de se obter consciência da ilicitude “*pode ser obtida por meio da reflexão e da informação, especialmente as provenientes de fontes do Direito (jurisprudência) e de especialistas (peritos em matéria jurídica)*”<sup>395</sup>.

<sup>392</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 394-400

<sup>393</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018. p. 475.

<sup>394</sup> LEITE, Alaor. **Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal da licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993)**. In *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, Ano 21, nº 104, 2013.

<sup>395</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 195.

Interessantes seriam as situações de *decisões instantâneas*, nas quais o sujeito precisa definir sua conduta no exato momento em que é confrontado com uma situação de dúvida jurídica, a partir de uma situação jurídica que demanda uma conduta imediata<sup>396</sup>. Essa situação não estaria, em princípio, alcançada pela hipótese do trabalho, representando, por sua natureza, um erro *inevitável*. Alaor Leite, entretanto, registra que pode haver culpabilidade do agente caso se demonstre que, em um momento anterior àquele que exige a decisão imediata, foi dada a ele a possibilidade de se informar sobre a licitude de sua conduta. Como o agente teria optado em não se informar nesse momento anterior, haveria uma espécie de autocolocação em situação de dúvida, tornando seu erro *evitável*<sup>397</sup>.

Quanto ao segundo critério, é intuitivo que será menor a evitabilidade do erro quanto maior for a autoridade do consultor a quem se encomendou o parecer. Esse vetor se concretiza com a “*assessoria de profissionais de renome, com experiência específica ou bastante próxima da questão que lhe é colocada, com distinta formação acadêmica e alta capacidade técnica na matéria consultada*”<sup>398</sup>. Não se deve, contudo, considerar como fonte confiável de informação apenas juristas de renome, sob pena de inviabilizar, na prática, o reconhecimento de um erro inevitável para todos aqueles que não têm condições de consultarem um especialista. Como visto nos capítulos anteriores, é uma premissa deste trabalho que se deve presumir a boa-fé de todo advogado, agente público ou privado e, neste último caso, que possua ou não vínculo de emprego com seu consulente.

Há, ainda, uma forma inversa de encarar a questão da escolha de uma fonte de informação jurídica confiável. Como Alaor Leite destacou em relação ao atendimento desse dever por gestores públicos nos casos de dispensa de licitação, eles, “*ao contrário dos outros sujeitos que podem escolher a quem dirigem a consulta jurídica (se para o advogado “X” ou se para determinado Órgão Público)*”, devem “*direcionar a consulta à Procuradoria Federal, Estadual ou Municipal, sequer havendo opção*”<sup>399</sup>. Assim, muito embora possa se considerar que determinado profissional não seria, num juízo *ex post*, uma fonte confiável de informação para o fornecimento de um parecer jurídico qualificado, há que se avaliar, *ex ante*, se o consulente possuía condições concretas de selecionar outro consultor.

---

<sup>396</sup> LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 156-158.

<sup>397</sup> *Ibidem*.

<sup>398</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 113.

<sup>399</sup> LEITE, Alaor. **Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal da licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993)**. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, nº 104, 2013.

Por fim, cabe discorrer sobre o terceiro critério: a plausibilidade da informação recebida pelo consulente. No capítulo anterior, foi proposto que um dos aspectos decisivos para definir a licitude de um parecer seria a ubiquidade de seu conteúdo: quão mais plausível fosse sua conclusão, maior seria a regularidade da atividade desempenhada pelo advogado. Esse juízo dependeria da avaliação do nível de respaldo oferecido pela doutrina ou pela jurisprudência à solução jurídica defendida pelo consulente. O mesmo raciocínio se aplica, portanto, na aferição da evitabilidade do consulente que recebe esse parecer: quão mais aceitável a conclusão jurídica ali contida, mais inevitável seria o suposto erro do agente que nele se fia.

A doutrina dedica especial atenção à possibilidade de haver erro inevitável diante do não preenchimento da “*garantia do Estado de que o cumprimento do dever de informação produz seguro conhecimento do injusto*”<sup>400</sup>. Essa situação ocorre de duas formas principais, as duas extremamente relevantes para o erro decorrente de uma consultoria jurídica: (I) “*quando uma jurisprudência, assentada ao longo de anos, considera que determinada conduta é atípica, ou justificada, ou exculpada, ou amparada por causa isenção de punibilidade, e bruscamente se altera em sentido contrário*”<sup>401</sup>; e (II) nos chamados casos de *dúvidas insanáveis*, caracterizada quando “*a jurisprudência oscila de tal forma que enseja o concurso de interpretações contraditórias e simultâneas, grassando em paralelo uma disputa doutrinária sobre o tema*”<sup>402</sup>. Especificamente sobre essa segunda modalidade, Zaffaroni *et al* argumentam, com acerto, que, admitida a evitabilidade do erro sobre essa matéria controvertida, estaria se impondo ao cidadão

abster-se de realizar a conduta que a jurisprudência mais repressiva considera delituosa, frente ao risco de terminar submetido à competência do tribunal (ou órgão fracionário) que perfilha tal jurisprudência; ou então, realizaria a conduta, subordinando seu destino ao sorteio da distribuição. Quando não existe certa coerência de critério jurisprudencial, é óbvio que não se pode consagrar a eventualidade mais repressiva só porque a loteria competencial pode levar a ela. Todos esses casos são rigorosamente casos de erro escusável<sup>403</sup>.

O julgamento já invocado da Apelação Criminal nº 0002450-81.2014.8.26.0047, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, parece admitir, implicitamente, a incidência de uma *dúvida insanável* provocada por divergência jurisprudencial. Embora não tenha sido

<sup>400</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 328.

<sup>401</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 376.

<sup>402</sup> Ibid. 377.

<sup>403</sup> Ibidem.

mencionada expressamente nesse acórdão, até porque a absolvição dos acusados ocorreu por decorrência do reconhecimento do erro de tipo, a leitura da decisão parece sugerir a viabilidade dessa tese jurídica. O voto do relator, Desembargador Heitor Donizete de Oliveira, registrou, em mais de uma ocasião, a existência de interpretações controversas sobre a incidência de ICMS sobre mercadorias dadas em bonificação no regime de substituição tributária, a partir do julgamento desse tema pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.111.156/SP. Por isso, pode-se inferir que, para o relator, havia verdadeiro erro de tipo inevitável dos acusados, diante dos seguintes trechos de seu voto:

nota-se que o acórdão do julgado acima (Recurso Especial nº 1.167.156/MG – 2009/0221735-5), utilizado pelo Fisco (folha 13) não foi unânime, tendo a divergência do Ministro Castro Meira, o que demonstra, mais uma vez, o quanto a questão tributária é controvertida. No voto divergente, constou que: (...) O voto divergente demonstra que, na época, a questão era controvertida mesmo entre os ministros. Com base na decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.111.156/SP, os advogados que pertenciam ao setor jurídico e que orientavam os réus afirmaram que não deveria ocorrer o pagamento do ICMS referente às mercadorias dadas em bonificação, mesmo no regime de substituição tributária. (...) Não se vislumbra qualquer intenção dos réus em fraudar o fisco, visto que apenas foi seguido as orientações recebidas do setor jurídico, acreditando que as informações estavam corretas porque teriam base em julgamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>404</sup>.

É possível, no entanto, que o parecer possua erros grosseiros, perceptíveis até mesmo por um leigo. Quanto a essa hipótese, há disposição expressa do Decreto nº 9.830/2019 de que a responsabilização por uma opinião técnica não se estende de forma automática ao agente público que decidiu, com base em seu conteúdo, exceto “*se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes*” (art. 12, §6º). Afinal, como alertou o Ministro Marco Aurélio no julgamento do Inquérito nº 2.482/MG, não pode ser o parecer um “*bill de indenidade*”, tendo em vista que o decisor não está compelido a observá-lo<sup>405</sup>.

O erro grosseiro do parecer será aquele tido como manifestamente equivocado, nos termos expostos no capítulo anterior, mas sob a ótica do “*sujeito concreto e as suas concretas possibilidades*”<sup>406</sup>, o que, no caso do consultante, significaria a possibilidade daquele agente

<sup>404</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 0002450-81.2014.8.26.0047**. 12ª Câmara Criminal, relator Des. Heitor Donizete de Oliveira. Julgado em 31 de agosto de 2021.

<sup>405</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2.482/MG**. Tribunal Pleno, relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Julgado em 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1745114>>. Acesso em 10.mar.2022. p. 30.

<sup>406</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade,**

perceber um erro jurídico manifesto na opinião que recebe. Essa hipótese ocorreria, segundo Tiago Caruso, quando o consulente se depara com

informações contendo erros grosseiros, pareceres que não apresentam fundamentação normativa, doutrinária ou jurisprudencial, se jurídicos, ou referências teóricas e metodológicas, se técnicos, consultorias de assuntos complexos transmitidas sem formalidades mínimas quanto a exigências de serem preferivelmente fornecidas por escrito, informações manifestamente incorretas ou imprecisas que não se vinculam às particularidades do caso concreto, e opiniões inconclusivas no sentido da licitude ou da ilicitude, são motivos que, mesmo a um sujeito inapto para conferir o seu conteúdo, causam, objetivamente, dúvida quanto a sua correção<sup>407</sup>.

Nesses casos, para que siga cumprindo fielmente seu dever de informação, deve o consulente “*não aprovar aquele parecer, nem o tomar como base para sua atuação*” e, ainda, “*intervir para substituir o especialista consultado por outro*”<sup>408</sup>.

---

**culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes.** Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 373.

<sup>407</sup> CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos.** São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 111.

<sup>408</sup> Ibid. p. 149.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi apresentar limites à possibilidade de responsabilização jurídico-penal de consultores e consulentes, em função do parecer apresentado pelo primeiro e de uma ação aparentemente típica praticada pelo último a partir do recebimento de uma opinião legal que apontou a licitude dessa conduta. Adicionalmente, a dissertação buscou propor critérios, a partir das regras que disciplinam a atividade advocatícia, para distinguir o aconselhamento *licito* do *ilícito*, partindo da premissa de que nem toda interpretação jurídica da qual se discorde deve ser considerada equivocada.

Para atingir esse objetivo, foi necessário, no primeiro capítulo, tratar da disciplina do concurso de pessoas no direito penal brasileiro. A partir da demonstração de falhas de teorias diferenciadoras diversas elaboradas pela doutrina, defendeu-se que não apenas é possível, de acordo com o direito penal brasileiro, mas recomendável a adoção da teoria do domínio do fato, que proporciona um conceito restritivo de autor que diminui o âmbito de incidência do art. 29, *caput*, CP. A conceituação do autor como o protagonista do fato típico define, por exclusão, a figura do partícipe como coadjuvante desse fato, como aquele que contribui para o resultado lesivo sem dominá-lo. As modalidades de participação são a cumplicidade, que se entende como o auxílio de natureza necessariamente material, e a instigação, cujas espécies são a determinação e a instigação em sentido estrito. Assim, a ação de consultoria jurídica foi enquadrada como potencial ação de instigação.

O trabalho abordou, ainda, de forma sucinta, questões específicas de imputação criminal em estruturas coletivas, que dificultam a operacionalização das regras que regem o concurso de agentes, por se tratar de um âmbito no qual o assessoramento jurídico ocorre com bastante frequência. Entre elas, está a possibilidade de responsabilidade penal por omissão do oficial de cumprimento normativo, profissional cuja atividade consiste na avaliação e prevenção de riscos legais na estrutura coletiva. Como tal, pode ele eventualmente, concluir que inexistente um determinado risco normativo à empresa, que posteriormente vem a se concretizar. Nessa medida, o trabalho desempenhado pelo *compliance officer*, se advogado for, vai se equiparar ao do advogado consultor, devendo a ele ser reconhecida a mesma autonomia profissional para interpretar juridicamente uma situação fática concreta.

O segundo capítulo avançou na investigação sobre o concurso de agentes no direito penal brasileiro, por meio da análise sobre o tratamento legislativo e doutrinário do tema no Código Criminal de 1830, no Código Penal de 1890 e no Código Penal de 1940, inclusive

com as alterações provocadas pela reforma realizada na parte geral do *codex*, tendo como foco o significado jurídico-penal do conselho. Assim, pode-se demonstrar que o aconselhamento sempre foi tratado como uma forma de instigação menos grave que as demais. Enquanto o conselho era tratado como cumplicidade intelectual no Código Imperial, o mandato era uma das formas expressamente previstas de autoria delitiva; no Código Penal de 1890, por sua vez, tratava como cúmplices aqueles que fornecessem conselhos para o cometimento de crimes, ao passo que considerava outras formas de instigação inculpidas no texto legal como hipóteses de autoria intelectual.

Essa tradição culminou no conceito jurídico-penal de assessoramento, segundo o Código Penal de 1940. A partir dos comentários sobre o código vigente, foram alcançadas algumas conclusões parciais: (I) o conselho, *per se*, possui natureza intelectual e não material; (II) há diferença significativa entre o fornecimento de um conselho ou de uma opinião e no fornecimento de uma instrução detalhada voltada para a prática delitiva; (III) a participação criminal reclama que a ação do autor, para a qual se contribui, seja típica e antijurídica; (IV) o dolo da instigação exige o conhecimento e vontade do resultado típico decorrente da ação principal; (V) deve-se conferir um tratamento diferenciado e menos gravoso ao simples conselho, o conselho possui menor capacidade de determinação de um fato criminoso em relação a outras formas de instigação, razão pela qual faz jus a um tratamento jurídico menos gravoso; (VI) por essa capacidade reduzida, não há participação punível se, ao receber o conselho, o autor já está decidido ao fato criminoso; (VII) inexistente responsabilidade criminal por simples ratificação de um crime já consumado; e, por fim, (VIII) responsabilidade do instigador por excessos praticados pelo instigado deve ser limitada à hipótese de previsibilidade do resultado mais grave.

No terceiro capítulo, foram apresentados a definição daquilo que se entende como atividade de consultoria jurídica e os motivos pelos quais se optou por restringir o objeto do estudo a essa específica forma de contribuição delitiva. A consulta foi delimitada como o parecer apresentado, de forma oral ou escrita, por um advogado – necessariamente, por ser o assessoramento atividade privativa da advocacia –, a um cliente que o consulta, no qual uma questão jurídica, notadamente sobre a licitude de uma determinada, é respondida, de acordo com a compreensão do profissional sobre o tema. A consultoria jurídica foi escolhida pela tensão dialética que apresenta, porque se, de um lado, o parecer, por definição, não vincula o consulente, pode essa opinião legal, por outro, influenciá-lo de forma decisiva para a prática de uma conduta que venha a ser reputada criminosa.

Apesar de muitas considerações abordadas no trabalho serem aplicáveis a outras formas de assessoramento técnico, optou-se por restringir o estudo ao aconselhamento jurídico, em função da consolidação de regras deontológicas na Lei nº 8.906/94 e do tratamento do tema no âmbito das ações neutras. Além disso, o aconselhamento jurídico distingue-se dos demais conselhos técnicos por transitar entre o erro de tipo e o erro de proibição e, também, porque a hermenêutica jurídica é intrinsecamente subjetiva. Por isso, argumentou-se que a criminalização desenfreada de opiniões legais subscritas por advogados representaria aquilo que Rui Barbosa denominou de “crime de hermenêutica”, categoria que foi paulatinamente rejeitada pela doutrina e tribunais brasileiros em se tratando da interpretação jurídica realizada por agentes públicos no desempenho de suas funções. O estudo propõe que igual prerrogativa seja também assegurada aos advogados, invioláveis por seus atos e manifestações por previsão expressa da Constituição (art. 133) e da Lei nº 8.906/94 (art. 2º, § 3º).

Como se demonstrou, essa garantia não se confunde com uma imunidade para a prática de toda e qualquer atividade advocatícia diversa da consultoria. Consignou-se a possibilidade de os advogados praticarem delitos específicos por atos praticados na defesa judicial de seus clientes ou na qualidade de seu mandatário ou procurador. Essas atividades, contudo, não são o foco deste estudo. Mesmo em relação à consultoria, admitiu-se que o advogado: (I) pode ser autor mediato da ação típica, caso tenha o dolo de praticar o delito por intermédio de seu cliente mantido em erro; (II) pode ser coautor do consulente, caso a apresentação de opinião legal seja um artifício para dar aparência de legalidade ao plano delitivo ou haja, mais que um conselho, o fornecimento de instruções detalhadas para que o crime se consuma, tendo havido prévia resolução entre advogado e cliente nesses sentidos; e (III) pode praticar o delito de falsidade ideológica, caso insira deliberadamente uma informação falsa no parecer que subscreve. Essas hipóteses devem, contudo, ser tratadas com a excepcionalidade que ocorrem, sob pena de por sob suspeita toda a advocacia.

O quarto capítulo enfrentou diretamente o problema desta dissertação: a ação de consultoria jurídica como possível ação de instigação delitiva, uma vez que foi dentro dessa categoria que se enquadrou o fornecimento de conselhos, e, por conseguinte, da possibilidade de responsabilização do advogado a esse título. Para tanto, foi exposto o desenvolvimento doutrinário acerca das “ações neutras”, definidas como contribuições delitivas que não são manifestamente ilícitas. Essa teorização versou especificamente sobre o fornecimento de uma opinião legal, oferecendo exemplos concretos e critérios práticos adotados pelo trabalho.

No âmbito do tipo objetivo da instigação, é necessário avaliar se o conselho foi eficaz para o agente principal decidir pela prática delitiva: se havia resolução firme, prévia ao assessoramento, nesse sentido, não há participação punível. Importante, também, é o princípio da acessoriedade limitada da participação, que considera típica apenas a contribuição ao consulente que age de forma típica e antijurídica. Dessa forma, não se configura, por exemplo, o delito de obstrução de justiça para o advogado que aconselha seu patrocinado a ocultar determinada prova, uma vez que sobre essa conduta do cliente incidiria a causa de justificação do exercício da autodefesa e da não autoincriminação.

A nível de tipicidade subjetiva, argumentou-se que deve haver dolo direto no consultor, isto é, consciência e vontade de que o consulente pratique o fato principal sobre cuja licitude lhe é indagada. Esse elemento subjetivo deverá ser sempre indicado com base em elementos concretos, não podendo ser presumido pelos órgãos de persecução penal. Sendo o conselho uma forma de instigação a um delito que se dá exclusivamente no interesse de outrem, a demonstração de dolo do consultor dependerá de algum benefício próprio a ser alcançado com a ação principal, como pode ser o caso de um contrato de honorários que preveja remuneração em função da decisão a ser tomada pelo consulente. Ainda, foram expostos cenários nos quais o consultor agiria em erro, seja ele determinado pelo consulente, no caso da apresentação de informações falsas que embasam seu parecer, seja na hipótese de o profissional concluir pela inaplicabilidade, em relação ao seu cliente, de um elemento normativo, em se tratando de um tipo penal que contenha circunstância dessa natureza. Em qualquer um desses casos, o consultor só poderia ser punido a título culposos, se presente tal modalidade de imputação subjetiva no delito configurado pela ação típica principal.

Ainda no quarto capítulo, adotou-se o entendimento segundo o qual a atividade de consultoria jurídica – e o exercício de hermenêutica pressuposto por esse ato – representa o exercício regular de um direito, cuja finalidade se imiscui com a própria essência de um Estado Democrático de Direito de que o ordenamento jurídico deve ser conhecido. Assim, ao apresentar um parecer, o advogado informa ao cidadão seus direitos. Como ocorre em toda causa de justificação, há limites, previstos pela própria legislação, à regularidade da atuação do advogado. É uma premissa do trabalho de que a opinião legal não deve ser avaliada num juízo *ex post factum*, mas num juízo de plausibilidade jurídica de seu conteúdo *ex ante*.

Serão determinantes para aferir a licitude do parecer a ubiquidade do entendimento nele adotado – isto é, a probabilidade de que outro advogado adotasse a mesma conclusão – e a noção de abuso de direito, especialmente diante da previsão de que o advogado não pode

advogar contra literal disposição de lei, exceto quando baseado na inconstitucionalidade ou na injustiça da norma ou em um pronunciamento judicial anterior (art. 34, inc. VI, da Lei nº 8.906/94). Poderá, portanto, o advogado adotar entendimento jurídico diverso do dominante; para tanto, precisará apresentar fundamentadamente os motivos que ensejam a distinção entre o precedente e o caso concreto ou a incorreção da interpretação prevalecente. Como se compreende a consultoria jurídica como uma ação justificada, caso não atue com dolo, o consultor representará sua própria ação como regular, o que configura hipótese de erro de proibição indireto ou de tipo permissivo. Por isso, mesmo nos casos de erros grosseiros, nos quais o equívoco da conclusão jurídica for inescusável, o consultor só poderá ser punido a título culposo, se houver modalidade delitiva correspondente à ação praticada pelo consulente.

Por fim, no quinto e último capítulo, foi explorada a outra face da relação advinda de uma consultoria jurídica, a possível responsabilidade penal do sujeito que orientou sua conduta a partir de um parecer jurídico que solicitou de um profissional qualificado para tanto e que veio, posteriormente, a ser imputado diante da consideração de que agir seria ilícito. Como compete ao consulente, por definição, acatar ou não a conclusão do parecer e praticar a conduta supostamente típica, será ele o protagonista do fato criminoso.

Ocorre que, via de regra, a própria solicitação de uma opinião legal representa uma situação de dúvida do consulente sobre a regularidade de sua conduta, o que possibilita que esteja ele em erro, hipótese mais frequente na atualidade, num cenário de expansão de normas penais. Por isso, o trabalho abordou possibilidades de que o consulente aja em erro de tipo direto, em erro de tipo permissivo e em erro de proibição, incluindo nessa categoria, inclusive, eventuais equívocos relativos à punibilidade de sua conduta. Nos cenários de dúvida, é decisiva a inevitabilidade do erro do agente. Assim, defendeu-se que um consulente que busca um parecer que conclua pela regularidade da conduta que vem a praticar cumpre seu dever de informação, caso busque uma fonte (um consultor) confiável e dela receba uma informação juridicamente plausível.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal: Parte Geral, 1º vol.** 3. ed. Recife: Inojosa Editores, 1977.

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal**, Tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Luiz Pinto e & Cia., 1864.

AMELUNG, Knut. **Die >>Neutralisierung<< geschäftsmabiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihildfetatbestands.** In: Samson etc. *Festschrift für Grünwald.* **Baden-Baden: Nomos**, 1999 apud LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva.** Curitiba: Juruá, 2010; GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Tobias. **Do Mandato Criminal.** In *Estudos de Direito.* Rio de Janeiro: Editora Laemmert, 1892.

BATISTA, Nilo. **A criminalização da Advocacia.** In *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, p. 85-91, 2005.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no direito penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral.** 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013.** São Paulo, Saraiva, 2014, edição Kindle, capítulo 3.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824).** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 15.mar.2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 13.mar. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o Código Criminal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. **Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal;** altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade;** altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 227-286.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça. **Série Pensando o Direito nº 6/2009: Penas alternativas**. São Paulo, novembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2.482/MG**. Tribunal Pleno, relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Julgado em 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1745114>>. Acesso em 10.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 171.576/RS**. Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753386620>>. Acesso em 10.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.631/DF**. Tribunal Pleno, relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 1º de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em 10.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 881/DF**. Decisão monocrática do relator, Min. Dias Toffoli. Julgado em 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349818932&ext=.pdf>>. Acesso em 10.mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**. Atualizado em 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumulas\\_STF\\_1\\_a\\_736\\_Completo.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf)>. Acesso em 10.mar.2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Art. 1º**. In *Comentários à Lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. 1. ed. BADARÓ; Gustavo Henrique; BREDA, Juliano. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 1.º: introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Exposição de motivos do Código Penal de 1940**. In *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, v. 6, nº 24, out./dez. 1969. p. 120-153. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2021.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2004. São Paulo: Atlas, 2015.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLIA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CIAVARELLI, Miguel Angelo Nogueira dos Santos. **Imunidade jurídica: penais, processuais, diplomáticas, parlamentares**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

CONSULTOR JURÍDICO. **Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em 19 jul. 2021.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ESTADO DE GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Habeas Corpus nº 64300-18.2018.8.09.0000**. 1ª Câmara Criminal, relator Des. J. Paganucci Jr. Julgado em 19 de junho de 2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 0002450-81.2014.8.26.0047**. 12ª Câmara Criminal, relator Des. Heitor Donizete de Oliveira. Julgado em 31 de agosto de 2021.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 15. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo I**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Delitos especiales y Moderna Dogmática del Derecho Penal Económico**. In *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Silva Sánchez, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. Madrid: La Ley, 2013.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; JUNIOR, Roberto Beijato. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Pareceres, juristas e apedeutas.** In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Ano 2, nº 9, 2002.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. **Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 203-214.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Esclarecimentos terminológicos.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 13-14.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-46.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais.** In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. **A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa.** In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão, Tomo I.** Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LEITE, Alaor. **Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal da licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993).** In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, nº 104, 2013.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal.** In: *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Alaor. **Prefácio**. In: CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 9-10.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva**. Curitiba: Juruá, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

MALISON, Jochen. **Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme**, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1979 (cit. Rechtsauskunft) apud GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais**. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Proposta de Súmula Vinculante, datada de 7 de março de 2022**. Disponível em: <<https://www.advocef.org.br/wp-content/uploads/2022/03/oab-sumula-advogados-parecer.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/regulamentogeral.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Conselho Pleno. **Súmula nº 05/2012/COP**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-05-2012-COP.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

POUSADA, Estevan Lo Ré. **Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31082010-084341/publico/versao\\_definitiva\\_13\\_01\\_2010.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31082010-084341/publico/versao_definitiva_13_01_2010.pdf)>. Acesso em 13.abr.2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**. In: Kuhlen, Lothar; Pablo Montiel, Juan; Urbina Gimeno, Íñigo Ortiz de. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Responsabilidade Penal do Advogado Parecerista em Matéria Tributária**. In: Davi de Paiva Costa Tangerino; Denise Nunes Garcia. (Org.). *Direito Penal Tributário*. 1a. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, v. 1, p. 265-278.

RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Imputación en la empresa y conductas neutras**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ Llinares, Fernando. *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2. ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade?** In *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 328, março 2020.

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

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência): vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. I**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

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

SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais**. In *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal**. In *Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais**. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 25, ns. 1 a 4, Coimbra, jan.-dez., 2015.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch: 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. rev. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. **Estatuto, regulamento geral e código de ética da OAB: interpretados artigo por artigo**. São Paulo: LTr, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume – Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: segundo volume, tomo dois – Teoria do Delito: antijuricidade e justificação, imputabilidade, culpabilidade e exculpação, autoria e participação, tentativa e concurso de crimes**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.