

EQUIPARAÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA AO DOLO EVENTUAL: POSSIBILIDADE E UTILIDADE

**LEINDECKER CARDOSO, Rodrigo¹
FADEL, Alex²**

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo adentrar aos bastidores da aplicação da “teoria da cegueira deliberada” no Brasil. Baliza-se os elementos para responsabilização subjetiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro, retomando na sequência os célebres julgamentos do furto ao Banco Central e da Ação Penal 470 (Mensalão), nos quais ocorreram as primeiras aplicações e conceituações da cegueira deliberada para o direito penal brasileiro. Apresenta-se os posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários a utilização da cegueira deliberada no Brasil, trazendo-se a cegueira deliberada frente ao dolo eventual, instituto a qual foi equiparada pela jurisprudência brasileira. Constata-se considerável inconsistência na fundamentação apresentada, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se ainda, significativa deturpação entre o conceito de cegueira deliberada aplicada no direito americano e o conceito da teoria da cegueira aplicada pelos tribunais brasileiros. Conclui-se que a depender do caso concreto é possível verificar responsabilização objetiva do autor, quando equiparada a cegueira deliberada ao dolo eventual.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Cegueira Deliberada; Dolo Eventual; Responsabilização Objetiva.

EQUATED WILLFUL BLINDNESS THAN *DOLUS EVENTUALIS*: POSSIBILITY AND UTILITY

ABSTRACT

This research has aim, entering into backstage of “Willful Blindness” in Brasil. Beaconing the subjective responsibility inside of Brazilian legal ordering, retaking in sequence the Central Bank robbery and prosecution 470 (“Mensalão”). In these cases the first applications were observed in the Brazilian criminal law showing favorable and opposite positioning for willful blindness in front of concept *dolus eventualis*, institution that was equated for Brazilian jurisprudence verifying the inconsistence substantiation showed mainly for Supremo Tribunal Federal. It is clear a significant misrepresentation betwin willful blindness concept applied in American law than Brazilian courts. In conclusion depending of the avent is possible checking the objective responsibility perpetrator when equated willful blindness than *dolus eventualis*.

KEYWORDS: Willful Blindness; *dolus eventualis*; objective responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O assunto do presente trabalho versa sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro. O tema, por sua vez, trata da equiparação da teoria da cegueira deliberada ao instituto do dolo eventual, previsto no Código Penal brasileiro.

A teoria da cegueira deliberada ou também denominada como *Willful Blindness*, retratada como cerne do presente trabalho, destacou-se no sistema *common law* tendo sua primeira aparição na

Inglaterra no ano de 1861, no julgamento do caso *Regina X Sleep*, após firmada na doutrina inglesa, seu surgimento e desenvolvimento ocorreu nos Estados Unidos a partir de 1899, após o julgamento do caso *Spurr X United States*. Longe de um consenso para sua conceituação e aplicação, o direito norte-americano é palco de um amplo debate sobre o tema, seu sistema de fontes próprias possibilita julgados de diferentes perspectivas sobre o assunto, sendo alguns destes utilizados como embasamento para as atuais decisões dos tribunais brasileiros.

Nesse sentido, observa-se que a teoria da cegueira deliberada ganhou notoriedade no direito brasileiro pela primeira vez no ano de 2005, quando no caso do furto ao Banco Central, donos de uma concessionária de veículos foram condenados pelo crime de lavagem de dinheiro, estes teriam recebido cerca de um milhão de reais em espécie pela venda de onze veículos. O juízo de primeiro grau entendeu que os acusados buscaram ignorar as circunstâncias que indicavam a origem ilícita dos valores, ou seja, em razão da vantagem econômica que estava auferindo, preferiram manterem-se em condição de ignorância com relação a origem do dinheiro, e por isso assumiram o risco da conduta ilícita, aplicando-se neste caso, a teoria da cegueira deliberada integrada ao dolo eventual, nos termos do artigo 18, inciso I, do Código Penal.

Contudo, mesmo que o juízo de primeiro grau tenha apresentado sólida fundamentação, utilizando-se do direito comparado e das perspectivas doutrinárias do também Juiz Federal Sergio Moro, o embasado não foi suficiente para manutenção da sentença em segundo grau. Tendo sido reformada no sentido de absolver os acusados em virtude da falta de provas aptas a comprovar a conduta dolosa, de modo que se assim mantivesse a condenação, estaria responsabilizando objetivamente o agente.

Do mesmo modo, amparando-se em um direito penal alienígena, a cegueira deliberada foi novamente aplicada, desta vez na rumorosa ação penal 470, apelidada como “mensalão”. A utilização do instituto estrangeiro foi reconhecida pelo Supremo, como se observa no voto do Min. Gilmar Mendes.

Muito embora o tema retratado aparenta-se pacificado no ordenamento jurídico brasileiro, com diversas aplicações pelos tribunais brasileiros, denota-se que a importação de um instituto estrangeiro por meio de aplicações jurisprudenciais típicas de um *sistema common law*, por si só sugere em uma flexibilização de garantias, sendo que o sistema pátrio é pautado em um direito positivo e não costumeiro.

Nessa perspectiva, propõe-se analisar os fundamentos jurídicos trazidos ao caso concreto que em tese, “legitimaram” a importação do mecanismo de responsabilização norte-americano. A priori, tem-se que a essência do debate se encontra na delimitação do elemento subjetivo, uma vez que a aplicação da teoria da cegueira deliberada pautou-se no dolo eventual.

Por essa razão, objetiva-se delimitar ambos institutos a fim de evidenciar a linha tênue que os divide, tendo como finalidade identificar eventual responsabilização objetiva ao equipará-los como congêneres. Não obstante, também se questiona a utilidade do instituto estrangeiro junto ao sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, pretende-se analisar a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro de modo a esclarecer os conceitos e institutos jurídicos utilizados para fundamentar a aplicação desta nos casos concretos, podendo na sequência determinar a existência ou não da responsabilização objetiva do agente, bem como, reconhecer ou não sua serventia.

A presente pesquisa consistirá em uma examinação doutrinária e jurisprudencial, objetivando sistematizar e estruturar conceitualmente os institutos: dolo eventual e cegueira deliberada. Expondo os fundamentos, implicações sociais e jurídicas acerca da importação da teoria da cegueira deliberada. Por fim, como resultado, será possível identificar ou não a responsabilização objetiva do acusado, assim como, eventual utilidade do instituto junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DOLO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES. DOLO E AÇÃO SIGNIFICATIVA

Inicialmente, antes de tecer as considerações iniciais acerca da conceituação do instituto do dolo para o sistema jurídico pátrio, cumpre estabelecer o posicionamento do dolo dentro do aspecto analítico do crime, sendo utilizado para tanto, a teoria tripartida clássica, amplamente majoritária na doutrina penal atual.

Partindo-se da teoria tripartida, busca-se aporte nas palavras de Luiz Flávio Gomes, com propósito de se adentrar a teoria do delito, especialmente, a Teoria Constitucionalista do Delito (TCD), adotada pelo autor. Segundo este, atualmente a teoria finalista encontra-se superada pela Teoria Constitucionalista, a qual traz como conceito de conduta: “a realização voluntária de um fazer ou não fazer descrito na lei penal incriminadora, dominado ou dominável pela vontade” (GOMES,

2015, p. 183). Para este autor, o conceito de dolo trazido pela Teoria Constitucionalista é o conjunto de consciência e vontade destinados a realizar os objetivos do tipo penal que resultam em lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, sendo o resultado desejado ou aceito como possível. É originário da conduta, contudo sua valoração ocorre perante a tipicidade, após verificação da tipicidade material e formal, analisando a posição do agente diante do resultado jurídico, isto é, verifica-se a intencionalidade do agente em produzir o desvalor jurídico, para Gomes este momento é denominado como 3º dimensão da tipicidade (GOMES, 2015).

O dolo tem previsão legal no art. 18, inciso I, do Código Penal brasileiro, sendo em regra, requisito subjetivo de todos os tipos penais, tendo como exceção, em alguns tipos, a possibilidade de responsabilização a título de culpa, ademais, Gomes também traz três formas básicas em que se pode verificar o dolo, quais sejam: dolo direto de primeiro grau; dolo direto de segundo grau; e dolo eventual (GOMES, 2015).

Para Gomes, o dolo direto de primeiro grau ou dolo imediato como também é chamado, é a realização consciente do fim pretendido através dos meios escolhidos para obtenção do resultado desejado. Já o dolo direto de segundo grau, além de se verificar a consciência e vontade em realizar os requisitos objetivos do tipo penal, também se constata a consciência e aceitação dos efeitos colaterais acarretados pelo meio escolhido para realização do fim desejado. Quanto ao dolo eventual, Luiz Flávio Gomes aponta três aspectos – representação, aceitação e indiferença -, o agente antes de agir representa o resultado como possível, age assumindo o risco de produzi-lo e atua com indiferença perante o bem jurídico tutelado pela norma (GOMES, 2015).

Paulo Queiroz, em sua obra direcionada à parte geral do direito penal, apresenta os ensinamentos de Strattenwerth, expondo que as proibições impostas pelo sistema penal não podem ir além do que é da capacidade humana em comportar-se, posto que o imprevisível ou inevitável não há de ser censurado pela norma penal. A normatização jurídica deve ater-se aos comportamentos humanos que estão dentro da esfera de domínio do homem. Queiroz também afirma com suas palavras que: “a intervenção jurídica penal começa e termina com o início e fim da vontade humana, pois fora daí teria lugar a responsabilização penal objetiva, isto é, responsabilidade por fatos estranhos à vontade humana [...]” (QUEIROZ, 2016, p. 245).

Segundo Queiroz (2016), o dolo não subsiste em si, encontra-se o dolo na finalidade da ação humana voluntária dirigida à realização de um tipo penal específico, já o requisito cognitivo – consciência – para verificação do dolo, seria o conhecimento da lesividade ou potencialidade lesiva

da conduta do agente, isto é, percepção da natureza típica de uma conduta, ou ainda, noção das circunstâncias atuais do fato típico. Desse modo, conforme o exemplo trazido pelo autor, há dolo de homicídio, quando o agente sabendo que dispõe de uma arma de fogo e da sua potencialidade lesiva, direciona sua ação com a finalidade de ceifar a vida de alguém.

Com efeito, fazendo alusão à ação significativa, Queiroz (2016) afirma que tanto o dolo quanto a culpa não seriam estados mentais do agente, mas uma responsabilização a esse título com base na apreciação das provas, especialmente, a narrativa trazida pelo acusado.

Nesse sentido, Paulo César Busato (2015) conceitua ação significativa, aduzindo que a inovação apresentada pelo modelo se baseia não naquilo que os homens fazem, mas no significado do que fazem. Critérios psicológicos e internos como a vontade deixam de ser o ponto de partida para explicação da ação, passa-se analisar a ação a partir da ideia (sentido e significado) que a conduta transmite consoante ao Código Social que está inserida, uma vez que a vontade não é algo físico, ontológico, passível de descrição.

Considerando que para identificação do dolo não é possível utilizar-se de processos psicológicos, Busato afirma que na realidade o dolo se trata de uma atribuição, sendo o produto de uma avaliação de acontecimentos materiais pelo o que se atribuí responsabilidade. Dessa perspectiva normativa, eis que surge a teoria dos indicadores externos criada por Hassemer, segundo Busato, diante da possibilidade de decisões arbitrárias em razão da inconsistência entre a real intenção psicológica do acusado e a avaliação dos fatos realizada pelo julgador, buscou-se critérios concretos para identificação dolo – situação de perigo ao bem jurídico tutelado, representação acerca da situação perigosa e decisão para produção do perigo previsto, foram os três elementos trazidos pelo teoria de Hassemer a fim de justificar a responsabilização dolosa (BUSATO, 2015).

Com base no conceito da ação significativa, a obra escrita por Busato seguiu entendimento doutrinário majoritário e adotou como elementos componentes do dolo: a consciência e a vontade.

Para o autor, a verificação do elemento cognitivo decorre de uma análise axiológica dos hábitos exteriorizados pelo agente, da qual é possível estimar sua capacidade para fazer previsões. Nas suas palavras: “A gramática do conhecimento se baseia em perceber as técnicas que o autor dominava e, a partir delas, entender como o autor previu as consequências do comportamento (BUSATO, 2015, p. 411). Ademais, a capacidade de previsão do agente também deve estar associada as regras sociais presentes no contexto fático (BUSATO, 2015).

Outrossim, quanto ao elemento volitivo, destaca-se que o 'querer' (vontade) como elemento

do dolo se refere ao compromisso do agente com a produção do resultado, sendo uma vontade plenamente exequível, não devendo ser confundida com pretensões remotas ou meras motivações de cunho pessoal. É certo que a fase cognitiva deve ser prévia de vontade, pois é impossível desejar algo que não se tenha conhecimento. Logo, dentro da dimensão do querer, o autor retoma a noção normativa de atribuição de significado a fim de identificar a intencionalidade do agente através da mensagem emitida por sua ação, adotando para tanto, um processo de contextualização social, levando em consideração as motivações, representações e as regras compartilhadas (BUSATO, 2015).

2.1.1 Considerações específicas sobre o dolo eventual

Ao debruçar-se sobre a conceituação do dolo, é imperioso a análise específica acerca do dolo eventual dada sua relevância para o trabalho e sua constante confusão em relação à culpa consciente.

Ainda que limitado, o conceito de dolo eventual extrai-se do art. 18, inciso I, do Código Penal, quando em seu texto considera como doloso quem assumiu o risco de produzir o resultado. Todavia, de acordo com Queiroz (2016), a expressão "assumiu o risco de produzi-lo" é insuficiente para apontar a ação como dolosa, isto porque, assunção de risco não representa atuar no sentido de produzir o resultado típico, nem mesmo expressa critério volitivo direto ou indireto com o resultado, visto que na maioria das vezes o consentimento do risco também está presente na culpa consciente.

Nesse compasso, Paulo Queiroz (2016) discorre que a verificação do dolo eventual ou culpa consciente estaria na finalidade ilícita ou lícita do agente. Estaria presente o dolo eventual, se a conduta do agente foi no sentido de realizar um fim ilícito e não para evitar um resultado típico, como exemplo, o autor traz o caso do índio Galdino, fato ocorrido em Brasília, em que cinco jovens utilizando de um litro de álcool atearam-lhe fogo; embora as alegações dos acusados foram de que se tratava de uma brincadeira, verificou-se o dolo eventual. Por outro lado, há culpa consciente quando a conduta se encontra direcionada para um fim lícito, nesse sentido, o autor cria a hipótese de que se na gravação de um filme sobre o caso do índio Galdino, o ator durante a produção da referida cena sofresse ferimentos ou até mesmo viesse a morrer, nesse caso não haveria dolo eventual.

Não obstante, o conceito apresentado por Queiroz, pontua-se algumas das teorias que podem divergir quanto à conceitualização do dolo e por consequência do dolo eventual. A teoria da representação de Schroder e Schimdhauer – teoria cognitiva –, estabelece que sempre haverá dolo

eventual quando o agente vislumbrar a possibilidade da realização do resultado típico, limitando-se aos fatores conhecimento e desconhecimento. Se admitido pelo agente houve dolo, não admitido houve culpa. De modo semelhante, a teoria da probabilidade encabeçada por Jakobs traz que o autor age com dolo quando admite que a ocorrência do tipo não é improvável, no entanto, não se trata de mera teorização das infinitas possibilidades de resultado da sua conduta, relaciona-se a um raciocínio decorrente da experiência capaz de perceber a possibilidade concreta de lesão de sua ação (QUEIROZ, 2016).

Além dessas, a teoria da evitabilidade de Armín Kaufmann, também cognitiva, estabelece que haverá dolo eventual quando o agente admitindo como possível o resultado não age convenientemente para evitá-lo. Para teoria do risco, criada por Frisch, basta a ciência do risco proibido, não sendo necessário nenhum elemento volitivo (QUEIROZ, 2016).

Por outro lado, a teoria do consentimento, teoria volitiva adotada pelo Código Penal brasileiro, não se limita apenas ao conhecimento. Nas exatas palavras de Paulo Queiroz: “para a teoria do consentimento, é necessário que o autor se ponha de acordo com o resultado lesivo que previu concretamente, existindo dolo sempre que ele aceitar o evento, aprová-lo ou consenti-lo” (QUEIROZ, 2016, p. 256). Dentro desta perspectiva, o autor traz os ensinamentos de Juarez Tavares, o qual ressalta que tanto o dolo direto quanto o eventual devem ser valer de base normativa comum a fim de identificar o elemento volitivo do autor, conforme já elencado neste trabalho.

Paulo César Busato, por sua vez, leciona que:

O dolo eventual, como o próprio nome indica, baseia-se na eventualidade da produção do resultado, vale dizer: a transmissão de sentido da conduta é de que o autor projeta um resultado, que é previsto como uma hipótese possível, até mesmo, provável. No entanto, a projeção a respeito da produção do resultado não o intimida no que tange à realização da ação. Ou seja, a despeito da possibilidade ou probabilidade de superveniência do resultado, o sujeito atua, ainda assim. O autor não é dissuadido da atuação pela antevisão da probabilidade de resultado ruinoso (BUSATO, 2016, p. 420).

Com efeito, a assunção do risco se estabelece por meio do desprezo do agente para com as possibilidades de resultado da sua conduta e não através da identificação de vontade da sua ação direcionada ao resultado. Vale lembrar, que bem como na constatação das demais espécies de dolo, a avaliação ocorre das circunstâncias de fato que permitem revelar a capacidade de perceber e se comprometer com o resultado (BUSATO 2015).

2.2 CULPA. CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

Logo após os apontamentos realizados acerca da principal forma de responsabilização penal, é essencial também adentrar ao conceito da responsabilização culposa. Embora o tipo culposo seja a exceção para o Código Penal Brasileiro, sendo punível somente quando expressamente previsto (art. 18, parágrafo único, do CP), sua existência é uma realidade dentre alguns tipos penais, por exemplo, o homicídio (art. 121, §3º, do CP), e lesão corporal (art. 129, §6º, do CP).

Tal como o dolo, a verificação da culpa também ocorre perante a 3ª dimensão da tipicidade, uma vez que a conduta culposa, quando prescrita pelo tipo, também se trata de uma ofensa ao bem jurídico, estando as duas formas de responsabilização lado a lado dentro da tipicidade. No entanto, sua identificação não decorre de uma análise subjetiva (volitiva), e sim, fala-se que a culpa é normativa, pois se limita a critérios objetivos: dever de cuidado objetivo e previsibilidade objetiva do resultado (GOMES, 2015).

Para Guilherme Nucci (2017), trata-se de culpa quando o agente não deseja o resultado, mas o pressente (prevê) e mesmo assim prossegue com a conduta desastrosa, sendo que para constatação de tal previsibilidade, deve-se levar em consideração os aspectos objetivo – homem médio ou homem prudente – e subjetivo – condições pessoais do autor. Em outras palavras, o resultado acarretado pela conduta do autor é colocado sob a ótica de um homem prudente, se este seria capaz de antever o mesmo resultado, não deixando de ser levado em consideração os fatores pessoais daquele que cometeu o injusto.

O conceito de crime culposo se encontra no inciso II do art. 18, do Código Penal, o qual traz três modalidades para ação culposa, sendo elas: imprudência, negligência e imperícia.

Entende-se por imprudência, um agir, uma atuação positiva sem o devido zelo com o bem jurídico, pode-se dizer que a ação é impensada ou descuidada. Quanto à negligência, esta também consiste na falta de cuidado em relação ao bem jurídico, contudo, trata-se de uma omissão, um não atuar, o autor não faz quando era exigido que o fizesse, lesando, por consequência, o bem jurídico tutelado. Por fim, a imperícia se refere a falta de aptidão técnica do agente para realização de determinada atividade, sua falta de conhecimento ao executar a ação tem como resultado lesão ao bem jurídico tutelado pela norma (GOMES, 2015).

Paulo Queiroz (2016) leciona que para o reconhecimento da conduta culposa é necessária uma análise sob enfoque da teoria da imputação objetiva, isto porque, quando o autor quebra um dever de cuidado objetivo, cria-se por consequência, um risco juridicamente proibido frente ao bem tutelado pela norma. “A imputação de crime culposos está, por conseguinte, diretamente ligada à inobservância de norma de cuidado – não necessariamente escrita – disciplinadora de arte, ofício ou profissão” (QUEIROZ, 2016, p. 291).

Queiroz (2016) adverte que a verificação da culpa através do critério do risco proibido não é meio absoluto, vez que o exame do caso concreto pode levar a solução diversa. O autor traz o exemplo do agente que apesar de conduzir veículo dentro das regras de trânsito e respeitando o limite de velocidade, podendo diminuir a velocidade ou parar o veículo, atropela uma pessoa que atravessa sua frente. O contrário também é possível, a culpa pode não ser imputável mesmo existindo a criação de um risco proibido, isto pode ocorrer quando o condutor de um veículo, trafegando acima do limite de velocidade máxima, atropela um indivíduo que atropelaria mesmo se trafegasse dentro da velocidade permitida. “O decisivo é apurar concretamente se houve criação de risco não permitido e se o resultado decorreu desse risco proibido” (QUEIROZ, 2016, p. 292).

É da leitura da obra de Guilherme Nucci (2017) que se extrai os componentes que estruturam a culpa. O primeiro dos sete componentes apresentados por Nucci se refere a conduta voluntária do agente, segundo o autor, a análise do comportamento se sobrepõe a análise do resultado, isto porque o resultado é de maneira geral involuntário, não desejado pelo agente, veja-se como exemplo os tipos de homicídio doloso e culposos, os quais punem diferentemente o mesmo resultado – morte de outrem - pois o tipo se restringe ao exame da conduta do agente. O segundo componente é a ausência do dever de cuidado objetivo, trata-se de uma ação ou omissão descuidada, que não cumpre com regras ou costumes básicos de uma sociedade, tal conceito decorre da noção da criação de risco proibido. O terceiro diz respeito ao resultado involuntário, o qual jamais poderá ser considerado como resultado desejado ou aceito pelo agente. Outro componente imprescindível é a previsibilidade, trata-se da aferição da capacidade do agente e de qualquer homem (homem médio) para prever o resultado. O quinto componente, ausência de previsibilidade, é de certo modo contestável, visto que se encontra presente somente na culpa inconsciente, não sendo requisito da culpa consciente que será tratada adiante. O sexto e sétimo componente são respectivamente a tipicidade e nexos causal, dado que a conduta necessariamente deve estar expressa no tipo e ligada diretamente ao resultado.

2.2.1 Considerações específicas sobre a culpa consciente

Ponto específico e de sublime relevância para o desenvolvimento deste trabalho é a conceituação da culpa consciente. Enquanto a culpa inconsciente se configura com a ausência de previsibilidade, a culpa consciente constitui-se ainda com a previsão do resultado pelo agente, o que ocorre é que nesta modalidade de culpa o agente acredita veementemente que o resultado não se concretizará, isto é, não quer ou não aceita como possível o resultado previsto (QUEIROZ, 2016).

Veja-se que a culpa consciente se aproxima muito do instituto do dolo eventual, visto que em ambos os casos o agente tem previsão do resultado que a sua conduta pode causar, sendo que para culpa consciente o resultado não é aceito ou desejado, ao contrário do dolo eventual que o agente se coloca em posição de indiferença frente ao resultado, aceitando-o como possível (NUCCI, 2017).

Nucci (2017), também ressalva que a distinção entre culpa consciente e do dolo eventual não advém de fonte legal, mas se trata de uma concepção doutrinária de difícil realização nos casos concretos, visto que a principal diferença entre os institutos ocorre no plano volitivo do agente. Nesse sentido, por mais que se verifique a aplicação da culpa consciente na jurisprudência, Nucci se posiciona contrário a aplicação deste conceito, pois segundo o autor “a culpa consciente seria simplesmente absorvida pelo dolo eventual” (NUCCI, 2017, p. 472). Explica o autor, que se o agente consegue prever o resultado mais grave do que aquele que deseja intrinsecamente deve parar imediatamente sua ação, pouco importa se esperava que o resultado não acontecesse ou se consentiu com o risco do resultado, para Nucci tal diferenciação deve ser analisada somente para fins de mensuração da pena.

2.3 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. DEFINIÇÕES. DIREITO COMPARADO

Inicialmente, para melhor compreensão da teoria da cegueira deliberada, é necessário discorrer brevemente sobre seu surgimento no direito penal comparado, a fim de delimitar sua conceituação, e, por conseguinte, discutir a problemática da sua aplicação do direito brasileiro.

A teoria de cegueira deliberada ou *Willful Blindness doctrine*, como é chamada no EUA, nasceu em 1861 no sistema jurídico anglo-saxão inglês e aprimorou-se no direito norte-americano,

passando a ser aplicada no sistema *Civil Law* somente nos anos 2000 pelo tribunal da Espanha. Quanto ao tema, vale destacar os julgados norte-americanos, bem como a doutrina espanhola que serviram como principais parâmetros para importação do instituto (CALLEGARI, 2017).

Mas é do sistema inglês que se extrai o emblemático julgado - *Regina v. Sleep* - que originou a teoria da cegueira deliberada; curiosamente, a concepção da teoria não sobreveio de uma sentença condenatória da qual aplicar-se-ia a teoria de forma positiva, mas sim de uma absolvição. A acusação era de que o agente estava em posse de resina naval gravada com a marca do governo, conduta esta coibida pelo direito inglês. O acusado foi absolvido, porém a corte se manifestou no sentido de que se houvesse indícios suficientes de que o agente tivesse evitado deliberadamente o conhecimento pleno das circunstâncias, poderia ser condenado pelo seu desconhecimento intencional, autorizando deste modo, a substituição do conhecimento pleno pela *doctrine Willful Blindness* (CALLEGARI, 2017).

Passados alguns anos, mais precisamente em 1899, a Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Spurr v. United States* utilizou-se da *Willful Blindness* pela primeira vez. Spurr, presidente de um banco, foi acusado de certificar cheques sem provisão de fundos emitidos por seus clientes. O saldo insuficiente das contas, apesar de conhecido por seus subordinados, não era do conhecimento de Spurr. A lei violada por ele exigia a intencionalidade/dolo, para tanto a fim de lhe imputar o fato criminoso, a Suprema Corte entendeu que poderia presumir-se o conhecimento com relação a insuficiência das contas, já que Spurr teria se mantido intencionalmente em situação de desconhecimento ou se mostrado indiferente em cumprir seu dever de verificar o saldo bancário (PRADO, 2019).

Com o propósito de ilustrar a aplicação da teoria no âmbito do direito comparado, a sentença prolatada pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio da 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza/CE, no caso do furto ao Banco Central, exibiu durante sua fundamentação o destacado caso *United States v. Campbell*, o qual também se expõe.

Ellen Capbell, agente imobiliária, foi condenada pelo crime de lavagem de dinheiro por realizar uma transação imobiliária com Mark Lawing, traficante de drogas. Lawing teria se identificado como empresário e realizado a aquisição de um imóvel pelo valor de US\$182.500,00, do qual fez uma proposta para Capbell de US\$ 60.000,00 a título de pagamento “por fora” se esta celebrasse um contrato escrito pela diferença. O pagamento dos US\$60.000,00 foi realizado em dinheiro em pequenos pacotes de compras, a agente em seu depoimento declarou que haveria a

possibilidade de o dinheiro ser proveniente de drogas. Diante de sua declaração, a corte que a condenou entendeu que a acusada teria conhecimento ou deliberadamente teria fechado os olhos para a origem do dinheiro utilizado para aquisição do imóvel (BRASIL, 2017).

Sampaio afirma que a jurisprudência norte-americana permite a utilização da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro quando se encontrarem presentes dois requisitos: a) o conhecimento por parte do agente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos bens, direitos ou valores; b) e que diante deste conhecimento, o agente agiu de forma indiferente, escolhendo deliberadamente manter-se cego diante da elevada probabilidade de procedência ilícita. É tomando como referência os requisitos expostos, que o juízo *a quo* fundamentou substancialmente a utilização da *Willful Blindness* (BRASIL, 2017).

Contudo, vale dizer, que a conceituação apresentada pelo Juiz Sampaio não é unânime, tampouco seria a conceituação correta elaborada de acordo com o sistema jurídico penal americano (LUCCHESI, 2017)

Com efeito, é oportuno reconhecer a impossibilidade para apresentação de um conceito único, pois a criação do instituto não decorre de previsibilidade legal e, sim, de sistemas jurídicos costumeiros que trazem em seus julgados conceituações variáveis (LUCCHESI, 2017).

Todavia, em que pese haja significativa carência de doutrinadores que discorram sobre a teoria da ignorância deliberada, Ramon Ragués I Vallés, principal estudioso espanhol acerca do tema, delimita a doutrina da *Willful Blindness* como:

Em termos gerais, esta doutrina vem a sustentar a equiparação, com efeitos de atribuir responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles suspeitos de desconhecimento intencional ou buscado no que se refere a tais elementares. Essa equiparação se baseia na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece, não é inferior à culpabilidade daquele sujeito que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância (VALLES, 2008 *apud* BARROS, 2015, p.17).

Extrai-se, portanto, que a teoria da cegueira deliberada aplicada no Brasil para atribuição de responsabilidade subjetiva ao autor, pautou-se em construções jurisprudenciais estrangeiras, mais especificamente, às construções realizadas pelo direito penal americano. Neste viés, depreende-se que a primeira definição de cegueira deliberada “à moda brasileira” surgiu do citado julgamento do assalto ao Banco Central.

2.3.1 Aplicabilidade da Teoria no Brasil. Perspectivas (doutrinárias e jurisprudenciais) favoráveis e contrárias

Como já observado, a teoria em exame tem como finalidade a responsabilização subjetiva do agente, de modo a ampliar os critérios para reconhecimento da conduta dolosa, o que por si só, mostra-se claramente prejudicial para o acusado. Contudo, em que pese questões prejudiciais ao réu estejam sujeitas ao princípio da legalidade, verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro se olvidou para a necessidade de previsibilidade legal e, por meio de habitual ativismo judicial, aplicou ao caso concreto teoria estranha ao direito pátrio.

Nessa perspectiva, após os rumorosos julgamentos do furto ao Banco Central e da ação penal 470 (mensalão), a *Willful Blindness* ganhou significativa notoriedade e “legitimidade”, passando a ser utilizada pelos demais tribunais do país. Atualmente, tem-se aplicado frequentemente a teoria nas ações penais decorrentes da Operação Lava Jato que se filiaram ao entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em análise ao julgamento da ação penal 470, realizado pelo Superior Tribunal Federal, denota-se que a legitimação para utilização da teoria decorreu essencialmente dos precedentes norte-americanos, dos quais extraiu-se o conceito da doutrina *willful blindness* e atestou-se sua aplicação quando equiparada ao dolo eventual, nesse contexto, considerando a sua origem anglo-saxônica, somente se reconheceu a importação da teoria para o sistema *Civil Law* brasileiro em virtude de analogia ao sistema *Civil Law* espanhol, o qual recepcionou anteriormente a criação anglo-saxônica através do dolo eventual.

Quanto à aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio, Luiz Regis Prado elucida o seguinte:

À luz da hodierna jurisprudência brasileira, se o autor, cumulativamente, tiver ciência da elevada probabilidade da existência de alguma circunstância elementar de crime, e assim mesmo continuar indiferente em relação a ela, evitando aprofundar o seu conhecimento acerca da circunstância elementar que desconfia existir, deverá ser condenado pelo crime a título de dolo eventual (PRADO, 2019, p. 5).

Para jurisprudência brasileira, a teoria da cegueira deliberada está intrinsecamente ligada ao conceito de dolo eventual. Nesse ponto de vista, a Ministra Rosa Weber se manifestou nos autos da

ação penal 470: “o Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*)”. Desse modo, como do voto dos demais ministros favoráveis a adoção dos critérios da *willful blindness*, depreende-se do pronunciamento da Min. Rosa Weber que a vinculação da teoria ao dolo eventual está consubstanciada em entendimento estabelecido no Direito Comparado, não se verificando na fundamentação apresentada, embasamento em fontes próprias do sistema jurídico pátrio.

Ainda com relação ao voto a Min. Rosa Weber, cumpre destacar o trabalho realizado pela mestrandia Letícia Burgel (2017), o qual tratou pontualmente a despeito da fundamentação utilizada pela ministra no julgamento da Ação Penal 470. Evidencia-se que, a divergência preliminar percutia acerca da incidência do dolo eventual no tipo penal da lavagem de dinheiro – ressalta-se que os fatos julgados ocorreram antes da alteração legislativa, que possibilitou expressamente a responsabilização do crime de lavagem de ativos a título de dolo eventual -, neste compasso, a ministra Rosa Weber passou a elaborar notório raciocínio político criminal a fim de sustentar a aplicação do dolo eventual no caso concreto através da teoria da cegueira deliberada.

Argumentou a ministra, que a leitura sistemática do tipo penal impossibilitaria a punição dos profissionais da lavagem de dinheiro que, na maioria dos casos, não detém conhecimento da procedência ilícita do dinheiro, para tanto seria necessário refúgio a teoria da cegueira deliberada, a fim de viabilizar a responsabilização do sujeito a título de dolo eventual, quando não comprovado que este possuía conhecimento pleno das circunstâncias.

Para o momento, compreender a integração da cegueira deliberada com o conceito de dolo eventual é o suficiente, vez que este ponto será melhor tratado quando colocada a cegueira deliberada frente ao dolo eventual.

Não obstante, Carlos Edinger (2019), também simpatizante da concepção da cegueira proposital, declara que o dolo eventual e a cegueira deliberada são institutos distintos e a rigor não se deve compará-los de maneira rasa e abstrata. Segundo o autor, a cegueira deliberada deve ser utilizada como indicadora do dolo eventual, ela preenche o dolo eventual, indicando factualmente sua ocorrência. Por esse ângulo, ele defende que para constatação da conduta dolosa, faz-se necessário a adoção da teoria normativa do dolo, da qual a partir dos fatos narrados é possível deduzir a cegueira deliberada e, dessa maneira, indiciar o dolo eventual.

Edinger expõe que:

cegueira deliberada é conhecer determinado elemento penalmente relevantes atribuível ao sujeito e evitar, deliberadamente, maior conhecimento posterior, pode-se afirmar, sim, a existência de conhecimento e vontade quando se inferir que o sujeito tinha a capacidade, especificamente, de apreender, dada a situação posta perante ele, o risco de sua conduta e escolheu manter a situação como posta. Isso se dá a partir de catálogo contextualizado de indicadores – a partir da situação de perigo constatada e comparada – pela qual se pode inferir o saber e o querer (EDINGER, 2019, p. 153).

Verifica-se o entendimento estabelecido pela Corte Superior que autorizou a utilização da referida teoria que se propagou para os demais tribunais de justiça. Como se observa através do seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIME 1. recurso interposto por Marcelo Augusto Erthal Moreira. artigo 14 e artigo 16 da lei 10826/03 e artigo 273,§1º-b, inciso i, do Código Penal. Réu que não interpos recurso. Recurso de apelação interposto pelo defensor fora do prazo estabelecido em lei. artigo 593 do código de processo penal. Intempestividade. Aprecurso não conhecido. Elação crime 2. Recurso interposto por Fernando José dos Santos e Marcos Drost. artigo 14 e artigo 16 da lei 10.826/03 e artigo 273,§1º-b, inciso i, do código penal. pleito de absolutório. Autoria e materialidade delitiva devidamente comprovadas pelas provas dos autos. Desprovinimento. Alegação de erro de tipo. aplicação da teoria da cegueira deliberada. fato que não elide a responsabilidade penal dos acusados. presença de, no mínimo, dolo eventual. artigo 273, §1ºb, inciso i, do código penal – verbo “transportar” não previsto como conduta típica. elementares do tipo que não constam na exordial. inexistência de aditamento. inobservância do princípio da correlação ou congruência. Absolvição, ex officio, efeitos estendidos ao acusado Marcelo dos acusados. Augusto Erthal Moreira que não interpos recurso tempestivamente. Artigo 14 e artigo 16, ambos da lei 10.826/03. pleito de aplicação do concurso formal. desprovinimento. dosimetria corretamente realizada, porém adequada à absolvição. Recurso conhecido e não provido. Absolvição, da prática do ex officio delito previsto no artigo 273, §1º-b, inciso i, do Código Penal. (TJPR - 2ª C.Criminal - 0000255-53.2018.8.16.0115 - Matelândia - Rel.: Juiz Mauro Bley Pereira Junior - J. 23.05.2019) (BRASIL, 2019).

Ademais, quando se discutia na jurisprudência brasileira a possibilidade de importação do instituto estrangeiro, tinha-se como finalidade a repressão dos crimes econômicos, como exemplo, o delito de lavagem de ativos. Todavia, a repercussão da admissão da importação atingiu a responsabilização de outros tipos penais, como demonstrado no julgado citado.

Muito embora o ativismo judicial empregado para aplicação dos critérios da cegueira deliberada seja suficiente para debater a viabilidade do instituto perante o ordenamento jurídico brasileiro, cumpre aprofundar-se na fundamentação que corrobora a importação do instituto de maneira a integrá-lo ao conceito de dolo eventual estabelecido pelo Código Penal.

Luís Regis Prado (2019) pondera que houve um indevido alargamento do conceito do dolo eventual quando se equiparou a teoria da cegueira deliberada com este, permitindo a punição de agentes a título de dolo quando sequer haja dolo. Para ele, a simples transferência do instituto de um sistema para outro, seja sistemas semelhantes ou não, enseja na criação de atritos e problemas variados, posto que cada ordenamento jurídico possui características próprias que foram sendo desenvolvidas com o passar dos anos, sendo resultado da história e cultura da sociedade que o desenvolveu. Dessa forma, a singela transferência promove insegurança jurídica e a produção de um direito injusto.

Letícia Burgel (2017), fazendo análise da cegueira deliberada aplicada nos crimes de lavagem de dinheiro, especificamente a respeito do julgamento da Ação Penal 470, observou que a equiparação da teoria da cegueira deliberada com o dolo eventual é desajustada e impõe riscos, visto que o dolo eventual exige do agente o conhecimento e previsão de que a imposição de barreiras para seu conhecimento facilitarão a prática de ilícitos, ao contrário da cegueira deliberada, a qual remonta a ideia de um provável conhecimento.

Tomando como base o raciocínio acima apresentado, André Callegari (2017) desenvolve exemplo que retrata a incidência de ambos institutos. Segundo ele, se o agente sabendo que seu veículo se encontra sem freios, e mesmo assim decide trafegar com ele, ocorre a assunção do risco e, vindo a concretizar o resultado previsto, responde o agente a título de dolo eventual. Ao contrário do agente que desconfia que seu veículo possui problemas no freio, mas evitando ter despesas com a troca, deixa de testá-los, o que resulta em um acidente em razão dos freios defeituosos. Nota-se que diferenciação está no conhecimento das circunstâncias, no segundo caso há a retratação de um exemplo de culpa consciente, porém com a aplicação dos critérios da cegueira deliberada, a conduta passa a ser equiparada ao dolo eventual.

Segundo Letícia, a equiparação é inapropriada, pois equipara dois institutos distintos, enquanto um se baseia no saber do agente o outro se baseia no que o agente deveria saber. Trata-se na verdade de solução versarista que promove a responsabilização objetiva do agente (BURGEL, 2017).

Nesse sentido, Callegari é preciso em suas palavras quando versa sobre a utilização da cegueira deliberada: “muito mais complexa sua utilização por aqui do que no Estados Unidos, a teoria aqui citada fica localizada em um limbo entre o dolo eventual e a culpa consciente [...]” (CALLEGARI, 2017, p. 9).

Por fim, Burgel (2017) salienta que, caso seja comprovado a ciência do agente acerca da prática de uma conduta ilícita e, tendo o controle do resultado nada fez, sua conduta pode ser considerada dolosa com base no artigo 18, inciso I, do Código Penal. Sendo desnecessário recorrer a institutos estranhos, dado que o sistema jurídico brasileiro já tratava da responsabilização subjetiva através do conhecimento e assunção do risco.

Ademais, é possível observar que a discordância da aplicação da concepção da cegueira deliberada circunda questões cognitivas do agente, uma vez que se a teoria presume o conhecimento, estar-se-ia responsabilizando objetivamente o agente, de outro modo, se aplicada a teoria quando comprovado o conhecimento, a mesma se tornaria desnecessária, visto que o conceito de dolo eventual previsto no ordenamento jurídico se compatibilizaria com as circunstâncias.

2.4 VEDAÇÃO À RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA NO BRASIL PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Entende-se por responsabilidade objetiva quando a imposição de uma sanção decorre da simples verificação do nexos de causalidade material sem averiguação do liame subjetivo – dolo ou culpa –, isto é, sem verificação da culpabilidade do agente. Anota-se que a responsabilidade penal objetiva é amplamente combatida pela doutrina moderna (JESUS, 2011).

É pertinente destacar que a vedação à responsabilidade penal objetiva não deve ser confundida com a imputação objetiva. Nesta última, fala-se em elementos normativos do tipo que exigem uma valoração judicial, sendo encontrada tanto nos crimes dolosos quanto culposos. Em outras palavras, trata-se de atribuir ao agente a criação de um risco relevante e juridicamente proibido além da produção de um resultado típico. Veja-se que a teoria da imputação objetiva não se cuida em diagnosticar a relação de causalidade material entre a conduta e o resultado, mas, de avaliar a ação e o resultado jurídico de acordo com os valores pré-estabelecidos pela norma penal (JESUS, 2011).

Nesse diapasão, anota-se que a vedação da responsabilidade penal objetiva está diretamente associada ao princípio da culpabilidade. À vista disso, vale esclarecer que o termo culpabilidade ainda recebe diferentes sentidos dentro do ordenamento jurídico penal, sendo mais comumente encontrado a culpabilidade ligada ao limite da pena, como exame da reprovabilidade da conduta do agente; a culpabilidade como elemento do crime que se refere a características pessoais do sujeito; e a

culpabilidade como princípio, essência do presente tópico (BUSATO, 2015).

O princípio da culpabilidade é tido como alicerce da construção do delito que visa responsabilizar subjetivamente o autor pelas consequências desvaliosas da sua conduta. É através da concepção trazida pelo princípio da culpabilidade que se constata formas distintas de responsabilização trazidas pelo Direito Penal e Direito Civil, vez que este último pode se limitar a critérios materiais, ao contrário do Direito Penal que sempre analisará a concorrência de dolo ou culpa para prática do delito (BUSATO, 2015).

2.4 ANÁLISE ESPECÍFICAS DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERA FRENTE AO DOLO EVENTUAL E À CULPA CONSCIENTE

Expostos os aspectos gerais da responsabilização subjetiva, bem como da teoria da cegueira deliberada, é imprescindível, que a presente análise tenha como objeto de estudo a obra do advogado Guilherme Brenner Lucchesi.

Preliminarmente, como bem anuncia Lucchesi (2017), é preciso ressaltar que desde a primeira aplicação da teoria da cegueira deliberada no caso do assalto ao Banco Central, passando pelo julgamento do “Mensalão” na Suprema Corte, e chegando nas atuais decisões emanadas pela jurisprudência brasileira, verifica-se que em todos os casos, a teoria da cegueira deliberada é utilizada como mecanismo para expansão do dolo eventual, adentrando, conseqüentemente, ao campo da culpa.

Para aprofundamento da teoria da cegueira deliberada é necessário acessar suas origens. Como já explicitado anteriormente, a teoria tem como seu nascedouro o sistema *common law*, mais precisamente os sistemas inglês e norte-americano - respectivamente nessa ordem. Da sua transposição, tem-se que o sistema jurídico americano serviu como modelo, ou ainda que de base para importação do instituto às Terras Tupiniquins, conforme se extrai do julgamento do caso do furto ao Banco Central ou do julgamento Ação Penal 470 pelo STF, vez que em ambas situações houve suporte direto ao direito comparado; com transplantes e comparações diretas de conceitos jurídicos, muitas das vezes, utilizando-se da obra de Sergio Fernando Moro - à época Juiz Federal, atuando como Juiz auxiliar no julgamento da própria Ação Penal 470 (LUCCHESI, 2017).

Nesse compasso, torna-se preciso trazer algumas noções básicas do sistema jurídico

americano, particularmente o que lá é denominado como *Willful Blindness doctrine*, bem como a forma de responsabilização subjetiva lá aplicada.

A primeira ressalva a se fazer do ordenamento jurídico americano é acerca da sua sistematização legislativa. Diferentemente do sistema encontrado no Brasil, os Estados Unidos atribuem aos seus entes federativos uma grande capacidade legislativa, possibilitando a cada Estado legislar sobre matéria penal e inclusive criar o seu próprio código penal – ou seja, seu sistema de imputação penal. Dessa forma, tendo em vista a abundância de normas e conceitos jurídicos encontrados, estes algumas vezes atuando em conflito entre si, outras vezes em harmonia. Por essa razão, adotar-se-á como referência no presente tópico as orientações estabelecidas pelo *Model Penal Code* - código penal americano modelo, criado com o objetivo de padronizar a lei penal estadunidense – (LUCCHESI, 2017).

A partir disso, com a observação de que a teoria da cegueira deliberada reside junto aos elementos subjetivos necessários para verificação da conduta criminosa (LUCCHESI, 2017), faz-se necessário analisar os elementos subjetivos previstos pelo código penal modelo americano que viabilizaram a criação e aplicação da teoria da cegueira deliberada naquele país; se tais elementos subjetivos previstos pelo direito americano equivalem a forma de responsabilização subjetiva prevista pelo direito brasileiro.

Da análise dos elementos subjetivos encontrados no código penal modelo, extrai-se o termo *culpability* que possui quatro substratos: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. Os quais constatados, permitem a atribuição de uma conduta criminosa (LUCCHESI, 2017).

O elemento *purpose*, definido no § 2.02(2)(a) do Código Penal Modelo 244, refere-se ao objetivo consciente do autor quando pratica o fato, podendo estar relacionado tanto à natureza da conduta quanto ao resultado esperado que ela produza [...]. Em segundo lugar, o § 2.02(2)(b) do Código Penal Modelo 246 define o elemento *knowledge*, que se refere à ciência que o autor do fato tem com relação à natureza da conduta praticada e à existência de eventuais circunstâncias concomitantes previstas como indispensáveis à configuração do crime [...]. O que se entende por *recklessness* em seu § 2.02(2)(c) 247, segundo o qual o autor pode ser considerado *reckless* 248 quando sua ação ou omissão desviar gravemente um padrão de conduta que seria observado por uma pessoa comprometida com a observância das normas legais [...]. Por fim, com relação ao elemento *negligence*, o § 2.02(5) (d) do Código Modelo 251 o define de maneira semelhante a *recklessness*, todavia estabelece um dever de cuidado, e não um dever de conduta, que deve ser observado por uma pessoa razoável, e não uma pessoa cumpridora da lei [...] (LUCCHESI, 2017, p. 96-99).

De imediato, Lucchesi (2017) adverte que é impraticável a realização de paralelismos entre os elementos subjetivos da *culpability* com os elementos previstos pelo sistema jurídico penal brasileiro, não podendo ser comparado *purpose* com dolo direto, *knowledge* com dolo eventual, *recklessness* com culpa consciente e *negligence* com culpa.

Tais equiparações não são possíveis, primeiro porque se está tratando de sistemas de imputação de todo distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, e, segundo e principalmente, porque o conteúdo dessas categorias de imputação não corresponde umas às outras. Não se pode chamar de dolo direto – principal categoria de imputação da tradição jurídico-penal germânica – uma categoria de imputação que apresenta hipóteses restritas de aplicação. Enquanto no Brasil o dolo direto é o elemento subjetivo essencial da maioria esmagadora de delitos – sendo excepcional a punição sem dolo, baseada em categorias inferiores imputação 256 –, no Código Penal Modelo dos Estados Unidos são raros os crimes que exigem *purpose* para a punibilidade da conduta.²⁵⁷ Da mesma forma, *recklessness* aparenta ser uma categoria intermediária entre dolo eventual e culpa consciente, podendo abarcar situações de fato que estariam inseridas em ambas as categorias sempre que o autor agir sabendo do risco criado por sua conduta, ainda que não exija a atitude de aceitação do resultado pelo autor, como faz o dolo eventual (LUCCHESI, 2017, p. 100-101).

Nessa esteira, realizada a ressalva de que tanto o dolo eventual, quanto a culpa consciente, previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, não encontram correspondentes frente aos elementos de responsabilização subjetiva norte-americanos, questiona-se: como a teoria da cegueira deliberada, originária do sistema *common law* e desenvolvida pelo direito estadunidense, poderia estar vinculada ao dolo eventual? “Não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário” (LUCCHESI, 2017, p. 179).

Lucchesi (2017) assinala que a função desempenhada pela cegueira deliberada dentro do direito penal americano é de substituição ao elemento *knowledge*, ocorrendo especificamente naqueles delitos que exigem do agente o conhecimento da circunstância elementar. Sublinha-se, especificamente, pois via de regra, as imputações delituosas ocorrem a título de *recklessness* e, excepcionalmente, quando predeterminado pelo legislador, o delito exigirá do autor conhecimento de circunstâncias elementares - *knowledge*. “A cegueira deliberada em tais sistemas serve para permitir que o autor possa ser condenado mesmo quando tal conhecimento a respeito da certeza do resultado, da natureza de sua conduta ou da presença de alguma circunstância elementar concomitante não esteja

plenamente configurada” (LUCCHESI, 2017, p. 182).

Ademais, levando em consideração a funcionalidade desempenhada pela cegueira deliberada dentro do direito penal americano, remonta-se substancialmente sua conceituação a partir dos precedentes dos tribunais americanos, a qual é aplicada quando o agente: “tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito; toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância; e, não acredita na inexistência do fato ou da circunstância (LUCCHESI, 2017, p. 184).

Não obstante, a incomunicabilidade entre os conceitos da cegueira deliberada e do dolo eventual, verifica-se ainda considerável deturpação da concepção da cegueira deliberada quando transplantada para o Brasil, isto ocorre porque a jurisprudência brasileira esteve assentada nos preceitos apontados por Moro, que a partir do reconhecimento do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro a cegueira foi aplicada quando: o agente está ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos bens; diante dessa ciência, age indiferentemente; e escolhe intencionalmente (deliberadamente) permanecer na ignorância em relação aos fatos, mesmo sendo possível outra alternativa (LUCCHESI, 2017).

É inquestionável que ambas as concepções apresentadas possuem pontos de convergências, contudo, as desigualdades que retratam são expressivas. Nota-se que, por vezes, a jurisprudência e a doutrina brasileira se utilizam até mesmo de critério objetivo para se valer da teoria da cegueira; como é o caso da inserção do critério do homem médio/prudente, critério este puramente objetivo que destoa da subjetividade apreciada pela jurisprudência americana – para cegueira deliberada americana o autor não acredita que a circunstância elementar inexistente –, isto é, no Brasil “busca-se aplicar a cegueira deliberada em conjunto com um pretense dever de conhecimento por parte do autor, que seria fundamento para o dolo eventual caso comprovado seu desconhecimento” (LUCCHESI, 2017, p. 185).

Nesse sentido:

Apelação crime - tráfico de drogas - pedido de absolvição - inviabilidade - materialidade e autoria comprovadas - quarenta e três quilogramas e quinhentos gramas de maconha - alegação de desconhecimento do conteúdo da sacola registrada em seu nome pelo namorado dissociada do arcabouço probatório - agente encontrada em ônibus interestadual com apenas drogas, documentos e celular - **comportamento incompatível com o homem médio - aplicação da teoria da cegueira deliberada** - dosimetria da pena - recurso conhecido e desprovido. (TJPR - 3ª C. Criminal - AC - 1261277-8 - Foz do Iguaçu - Rel.: Desembargador João Domingos Küster Puppi - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Juíza Ângela Regina Ramina de Lucca - Por maioria - J. 09.04.2015) (BRASIL, 2015).

Em relação ao desenvolvimento da cegueira deliberada no Brasil, a inserção do critério “indiferença” para aplicação da cegueira deliberada é estranha ao direito penal americano, pois o atuar com indiferença não corresponde ao conceito de *knowledge* ou *recklessness*. Na verdade, trata-se de característica do dolo eventual. “Buscou-se aparentemente introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada visando facilitar a acomodação da cegueira deliberada enquanto dolo eventual” (LUCCHESI, 2017, p. 186).

Logo, entende-se que a cegueira deliberada aqui aplicada surge com o propósito de tapar falhas que inexistem no dolo eventual, tornando-se inútil para fins penais. À vista disso, adverte Guilherme: “A insistência na necessidade da cegueira deliberada e na sua compatibilidade com o direito penal brasileiro em realidade pode conduzir à expansão do dolo eventual” (LUCCHESI, 2017, p. 187).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da presente pesquisa surgiu da utilização da teoria da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira como instituto estrangeiro de responsabilização subjetiva equivalente ao dolo eventual. No decorrer do trabalho, tratou-se de definir os principais pontos que circundam a responsabilização penal mediante cegueira deliberada, objetivando verificar a possibilidade de responsabilização objetiva quando transplantado os critérios da cegueira deliberada para o direito pátrio.

De início, dentro do Direito Penal brasileiro, buscou-se delimitar o campo da responsabilidade apresentando as concepções de dolo e culpa, além de observar o conceito de ação normativa e seus indicadores externos para constatação do elemento subjetivo. Passou-se então, a análise da teoria da cegueira deliberada, revelando sua origem dentro do sistema *common law* e, em especial, seu desenvolvimento dentro do direito penal norte-americano; da pesquisa jurisprudencial junto aos tribunais brasileiros extraiu-se os primeiros critérios da teoria da cegueira deliberada “abrasileirada” com aplicação vinculada ao dolo eventual.

A partir de então, apresentou-se posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários a adoção da cegueira deliberada, além dos principais julgados que evidenciaram a utilização da teoria da cegueira deliberada no Brasil. Enquanto a jurisprudência brasileira trabalha com o argumento de

que o direito comparado – no caso direito penal americano – reconhece a existência do dolo eventual através da teoria da cegueira deliberada e, por isso, aqui poderia ser aplicada, doutrinadores de renome como Luís Regis Prado, se contrapõe a importação e aplicação do instituto. Nesse mesmo compasso, assinalou o advogado e doutor Guilherme Brenner Lucchesi em seu estudo acurado da cegueira deliberada frente aos sistemas penais americano e brasileiro.

Com relação aos resultados da presente pesquisa, a primeira reflexão que se faz é acerca do esforço do poder jurisdicional para “transplante” do que aqui é denominado como teoria da cegueira deliberada, verificou-se verdadeira manobra jurídica descuidada e temerária à constitucionalidade e à sistematização do ordenamento jurídico, acometendo, principalmente, o princípio da legalidade. Nota-se, que o próprio direito comparado não fornece uma base sólida a respeito dos critérios da cegueira deliberada, a doutrina brasileira muito menos, visto que o assunto é recente e pouco desenvolvido nas academias e pelos estudiosos no Brasil, o que evidencia a desarrazoabilidade da atividade jurisdicional e o desamparo de fontes legais.

No tocante a fundamentação realizada pela jurisprudência brasileira, de plano é possível admitir dois resultados: i) o direito penal americano não reconhece o dolo eventual; ii) *Willful Blindness doctrine* desenvolvida pelo direito americano e a teoria da cegueira deliberada aplicada no Brasil são desiguais. Restou claro, que o dolo eventual, ou qualquer outro elemento subjetivo do direito penal brasileiro (dolo direto, culpa, culpa consciente etc.) não encontram correspondentes no direito americano, nessa perspectiva, verificou-se também que a criação da *Willful Blindness* teve como propósito a substituição do elemento *knowledge*. Portanto, conclui-se, que *Willful Blindness* não equivale ao dolo eventual, isto porque, dolo eventual sequer é conhecido pelo direito americano, não podendo ser comparado ao elemento *knowledge*, elemento o qual a *Willful Blindness doctrine* está vinculada.

Acrescenta-se, que embora a reprodução descontextualizada da cegueira deliberada realizada pela jurisprudência brasileira esteja nitidamente viciada, admite-se que a reformulação dos critérios resultou de fato na aproximação da cegueira deliberada ao dolo eventual, isto porque, os critérios por vezes nela inseridos são típicos do dolo eventual, como é o caso da indiferença frente ao possível resultado jurídico. Logo, entende-se que sua aplicação se torna desnecessária, haja vista que o dolo eventual possui seus contornos delimitados pela lei, jurisprudência e doutrina, sendo plenamente capaz por si de resolver as situações postas.

De outro modo, se diante de um caso concreto o dolo eventual não restar caracterizado por seus próprios fundamentos, não é possível que neste mesmo caso, o dolo eventual fique caracterizado quando aplicado em conjunto da teoria da cegueira deliberada, estar-se-ia ampliando o conceito de dolo eventual, invadindo o campo da culpa e, por consequência, responsabilizando o autor objetivamente.

Por fim, conclui-se que a utilização da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros é perigosa e compromete preceitos básicos do ordenamento jurídico pátrio. A insistência na necessidade de sua aplicação tem como resultado a violação do princípio da culpabilidade, quando não ilegal, é desnecessária.

REFERÊNCIAS

BARROS, M. A.; SILVA, T. M. A. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos tribunais**. [S.I], vol. 957, p. 203-256, jul. 2015.

BRASIL. **Decreto lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 18, inciso I. Atualizado até lei nº 13.964, 2019. Diário Oficial da União, 31/12/1940.

_____. Justiça Federal de Primeiro Grau 5º Região Seção Judiciária do Estado do Ceará 11º Vara. **Ação Penal Pública**. Processo nº 2005.81.014586-0 Ação Penal Pública, Ceará. Ministério Público Federal versus Antônio Jussivan dos Santos e outros. Juiz Danilo Fontelle Sampaio sentença de 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/02/Senten%C3%A7a-Final.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. **Ação penal originária**. Preliminares rejeitadas, salvo a de cerceamento de defesa pela não intimação de advogado constituído. Anulação do processo em relação ao réu Carlos Alberto Guaglia, a partir da defesa prévia. Consequente prejudicialidade da preliminar de cerceamento de defesa pela não inquirição de testemunhas arroladas pela defesa. Ação Penal 470. Ministério Público Federal versus José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 17 de dezembro de 2012. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

BURGEL, L. A teoria da cegueira deliberada na ação penal 470. **Revista dos Tribunais**. [S.I], vol. 129, p. 479 – 505, mar. 2017.

BUSATO, P. C. **Direito Penal: parte geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. A cegueira deliberada da Common Law à Civil Law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. **Revista dos tribunais**. [S.I], vol. 133, p. 17-35, jul. 2017.

EDINGER, C. **A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GOMES, L. F. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Salvador. JusPodivm, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná 2ª Câmara Criminal. **Ação Penal Pública**. Processo nº 0000255-53.2018.8.16.0115, Matelândia/PR. Apelante: Marcelo Augusto Erthal Moreira e outros; Apelado: Ministério Público do Paraná. Relator: Mauro Bley Pereira Junior. Acórdão de 24 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007238461/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000255-53.2018.8.16.0115#>. Acesso em: 01 out. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná 3ª Câmara Criminal. **Ação Penal Pública**. Apelação crime 1261277-8, Foz do Iguaçu/PR. Apelante: Eunices Arrua Lopez; Apelado: Ministério Público Juíza Ângela Regina Ramina de Lucca. Acórdão de 09/04/2015. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11886234/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1261277-8#>. Acesso em: 30 mai. 2020.

QUEIROZ, P. **Direito Penal: parte geral**. 12.ed. Salvador. JusPodivm, 2016.

PRADO, L. R.; GOMES, L.R. Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa. **Revista dos tribunais**. [S.I], vol. 1007, p. 227-256, set. 2019.

JESUS, D. **Direito Penal: parte geral**. 32.ed. São Paulo. Saraiva, 2011.